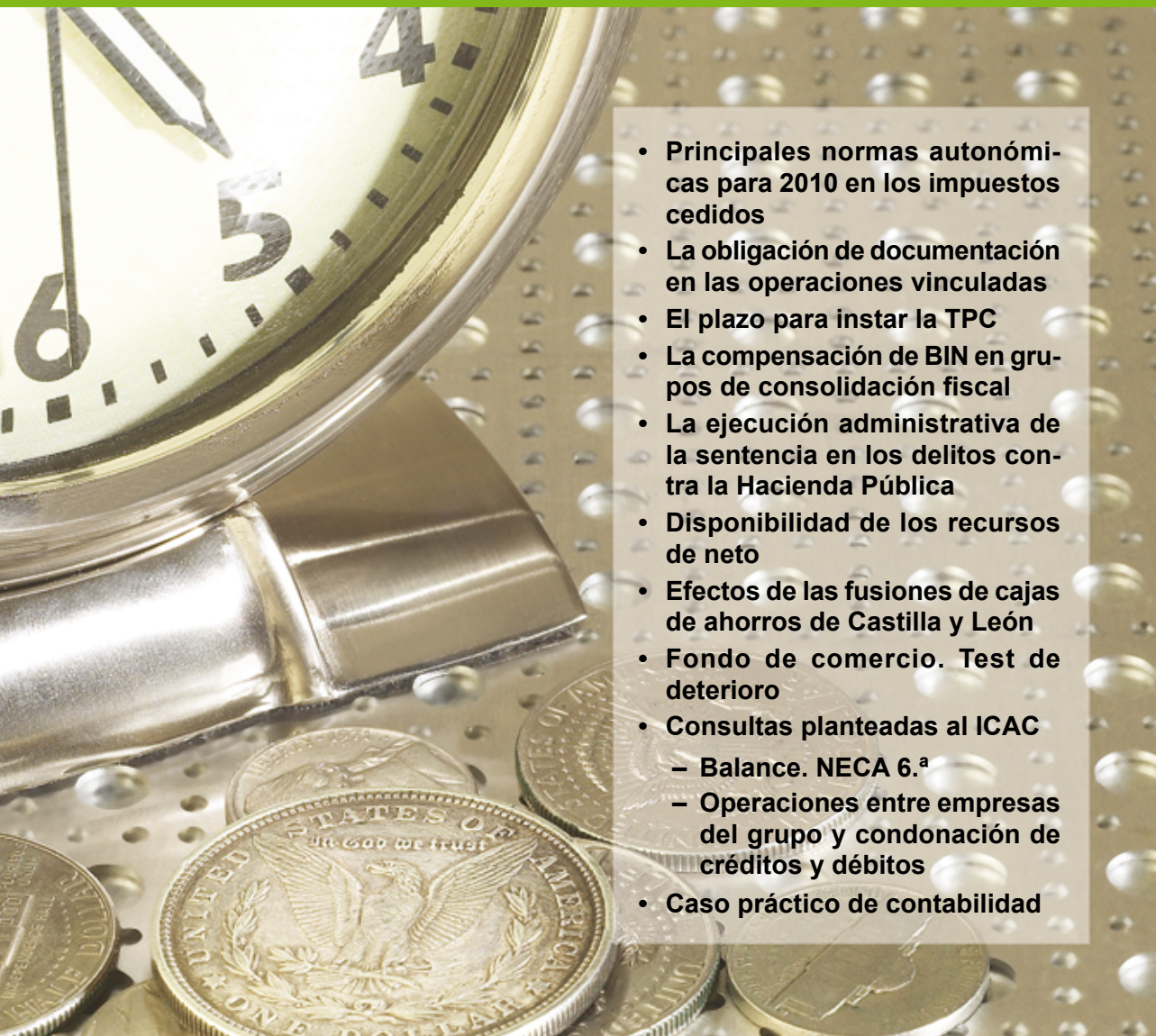




- Principales normas autonómicas para 2010 en los impuestos cedidos
- La obligación de documentación en las operaciones vinculadas
- El plazo para instar la TPC
- La compensación de BIN en grupos de consolidación fiscal
- La ejecución administrativa de la sentencia en los delitos contra la Hacienda Pública
- Disponibilidad de los recursos de neto
- Efectos de las fusiones de cajas de ahorros de Castilla y León
- Fondo de comercio. Test de deterioro
- Consultas planteadas al ICAC
 - Balance. NECA 6.^a
 - Operaciones entre empresas del grupo y condonación de créditos y débitos
- Caso práctico de contabilidad

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

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

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

MAYO 2010 – NÚMERO 326

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

Maria 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 (Completo):

– 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. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

SUMARIO

Página

TRIBUTACIÓN

38/2010 Principales normas autonómicas para 2010 en los impuestos cedidos.	5
<i>(Francisco de Asís Pozuelo Antón)</i>	
39/2010 La obligación de documentación en las operaciones vinculadas.	33
<i>(Teodoro Cordón Ezquerro)</i>	
40/2010 Disquisiciones acerca del plazo para instar la TPC habiendo mediado su reserva previa.	69
<i>(Javier Gómez Taboada)</i>	
41/2010 La compensación de bases imponibles negativas individuales y previas en grupos de consolidación fiscal.	79
<i>(Pere M. Pons)</i>	
42/2010 La ejecución administrativa de la sentencia en los delitos contra la Hacienda Pública.	97
<i>(Joan Iglesias Capellas)</i>	

CONTABILIDAD

43/2010 Nivel de disponibilidad de los recursos de neto.	143
<i>(Miguel Ángel Villacorta Hernández)</i>	
44/2010 Efectos sobre la adecuación de capital, calidad de activos y rentabilidad de las fusiones entre las cajas de ahorros de Castilla y León.	187
<i>(María Cristina de Miguel Bilbao)</i>	
45/2010 Fondo de comercio. Test de deterioro.	203
<i>(Javier Romano Aparicio)</i>	
46/2010 Consultas planteadas al ICAC.	217
<i>(Ángel Montes Carrillo y Miguel Ángel Gálvez Linares)</i>	
47/2010 Segundo ejercicio para el ingreso en Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social (especialidad Auditoría y Contabilidad).	235
<i>(Elena Gómez Díaz y Ángel Montes Carrillo)</i>	

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	269
---	-----

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

38/2010 Main 2010 regional regulations on the central government ceded taxes. <i>(Francisco de Asís Pozuelo Antoni)</i>	5
39/2010 The obligation of providing documentary proofs in linked operations. <i>(Teodoro Cordón Ezquerro)</i>	33
40/2010 Disquisitions about the deadline to request the contradictory expert pricing after having previously reserved. <i>(Javier Gómez Taboada)</i>	69
41/2010 The offsetting of previous individual carried forward losses in tax consolidated groups. <i>(Pere M. Pons)</i>	79
42/2010 The administrative execution of the sentence in crimes against Public Finances. <i>(Joan Iglesias Capellas)</i>	97

CONTABILIDAD

43/2010 Level of availability of net resources. <i>(Miguel Ángel Villacorta Hernández)</i>	143
44/2010 Effects on capital adequacy, asset quality and profitability derived from merger process among the saving banks of Castilla y León. <i>(María Cristina de Miguel Bilbao)</i>	187
45/2010 Goodwill. Impairment test. <i>(Javier Romano Aparicio)</i>	203
46/2010 Questions formulated to ICAC. <i>(Ángel Montes Carrillo y Miguel Ángel Gálvez Linares)</i>	217
47/2010 Second exam to enter the management body of the social security administration (speciality in audit and accounting). <i>(Elena Gómez Díaz y Ángel Montes Carrillo)</i>	235

BIBLIOGRAPHIC REVIEWS	269
------------------------------------	-----

PRINCIPALES NORMAS AUTONÓMICAS PARA 2010 EN LOS IMPUESTOS CEDIDOS

FRANCISCO DE ASÍS POZUELO ANTONI

Inspector de Hacienda del Estado.

Dirección General de Tributos. Comunidad Autónoma de Aragón

Extracto:

COMO en años anteriores, se analizan en este trabajo las principales novedades que en las distintas Comunidades Autónomas se han aprobado en los impuestos cedidos. Los tributos que se estudian son fundamentalmente el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. También existen algunas referencias a la tributación sobre el Juego.

Aunque con alguna excepción, no hay cambios especialmente relevantes para 2010, año que va a ser el primero de aplicación del nuevo modelo de financiación autonómica que, por incorporar alguna modificación importante respecto de la capacidad normativa de estos entes, puede propiciar para el futuro inmediato un mayor ejercicio legislativo.

Palabras clave: impuestos cedidos, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

MAIN 2010 REGIONAL REGULATIONS ON THE CENTRAL GOVERNMENT CEDED TAXES

FRANCISCO DE ASÍS POZUELO ANTONI

Inspector de Hacienda del Estado.

Dirección General de Tributos. Comunidad Autónoma de Aragón

Abstract:

As in previous years, this paper surveys the chief innovations enacted on by the autonomous regions (*Comunidades Autónomas*) to the Central Government ceded Taxes, essentially the Inheritance and Gift Tax, and the Transfer and Stamp Tax. Some references are also made on the Gambling Tax.

Apart from some exception, there are no especially significant changes in 2010, the first tax year to apply the new financing system of the *Comunidades Autónomas*, despite the fact that it may give rise to a higher legislative activity in the future, as it increases the pre-existing regional legislative powers.

Keywords: Central Government ceded Taxes, Transfer and Stamp Tax and Inheritance and Gift Tax.

Sumario

1. Andalucía. Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.
2. Aragón. Ley 13/2009, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.
3. Principado de Asturias. Ley del Principado de Asturias 4/2009, de 29 de diciembre, de Medidas Administrativas y Tributarias de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2010.
4. Islas Baleares. Ley 9/2009, de 21 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2010.
5. Canarias. Ley 13/2009, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2010.
6. Cantabria. Ley de Cantabria 6/2009, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Contenido Financiero.
7. Castilla y León. Ley 10/2009, de 17 de diciembre, de Medidas Financieras.
8. Cataluña. Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas.
9. Extremadura. Ley 8/2009, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2010.
10. Galicia. Ley 4/2009, de 20 de octubre, de medidas tributarias relativas al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados para el fomento del acceso a la vivienda y a la sucesión empresarial, y Ley 9/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2010.
11. La Rioja. Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2010.
12. Madrid. Ley 10/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.
13. Región de Murcia. Ley 13/2009, de 23 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, tributos propios y medidas administrativas para el año 2010.
14. Comunidad Valenciana. Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

La producción normativa autonómica en materia tributaria durante 2009 no se ha limitado a las tradicionales leyes de presupuestos o de acompañamiento sino que, por las especiales circunstancias económicas, se han aprobado medidas fiscales, a través de leyes ordinarias o mediante decreto-ley, a lo largo de todo el periodo. Tanto en éstas como en aquéllas es recurrente, en sus exposiciones de motivos, la alusión a las dificultades financieras sufridas durante el ejercicio.

Sin embargo, y con alguna excepción, centramos nuestro comentario en las normas publicadas en el último tramo del año 2009 por ser, a estas alturas, las más novedosas.

Como en otras ocasiones, el artículo se centra en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD) y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), aunque existen también algunas referencias tanto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) como a la tributación sobre el juego. En este último caso motivadas por la singularidad de su origen (valga de ejemplo la normativa andaluza, que es resultado de la trasposición en España de una directiva europea) o de la propia medida (tarifa balear especial en los casinos, si hay creación de empleo).

De la regulación de los impuestos cedidos clásicos hay que destacar la profunda reforma que ha efectuado Cantabria, tanto al «resucitar» el gravamen por las adquisiciones sucesorias como por la elevación (parcial) del tipo de las transmisiones patrimoniales onerosas al 8%. Y, en sentido recaudatorio distinto, la incorporación de importantes beneficios fiscales en las adquisiciones sucesorias gravadas en Cataluña.

Con una menor trascendencia práctica deben señalarse, finalmente, las distintas opciones que se han seguido respecto del Impuesto sobre el Patrimonio y su actual estado de congelación. Así, mientras Valencia deroga su normativa sobre este tributo, Madrid la mantiene. Y aunque tales actitudes no revelen ningún juicio o estimación de ambos poderes legislativos sobre el futuro del impuesto, sí que podrían ilustrar sobre las dos salidas que le quedan a un impuesto que existe, pero con su gravamen suprimido: o desaparecer definitivamente (en cuyo caso el impuesto habría que calificarlo de *moriturus*) o tener alguna expectativa de retorno (opción «ave fénix» del impuesto). Alternativamente, su actual estado (existir, existe) bien pudiera verse como una coherente simetría con las condiciones de transitoriedad con que nació en 1977: se creó en la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, con el declarado carácter de transitorio, y se «suprime» también transitoriamente (esta vez sin declaración pero, de momento, así es fácticamente) con la Ley 4/2008.

1. ANDALUCÍA. DECRETO-LEY 3/2009, DE 22 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICAN DIVERSAS LEYES PARA LA TRANSPOSICIÓN EN ANDALUCÍA DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR

En el artículo 9 de esta norma se modifican, para adaptarlos a la Directiva 2006/123/CE, determinados aspectos de la liquidación de la tasa correspondiente a las rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias regulados en el artículo 47 del Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos.

La directiva europea que motiva el decreto-ley establece, conforme a su artículo 1, las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios. La consecuencia de tal objetivo es que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando reúnan unas excepcionales condiciones de interés público y no discriminación, y siempre que no pueda conseguirse la finalidad buscada con un control a posteriori menos restrictivo que la autorización. Por «régimen de autorización» se entiende cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

Por lo que respecta a nuestro país, y en concreto a la tributación sobre el juego –complicado ámbito en el que se entrecruzan legislación estatal y autonómicas pero además normativa tributaria y normativa sectorial–, debe comenzarse destacando la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Esta norma, adaptando la legislación española a la mencionada directiva, estableció que su ámbito sería el de los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica y que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro. Pero quedaron exceptuadas, entre otras, las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario. También establece que no se aplicará al ámbito tributario.

Tras ese primer paso, el siguiente, todavía dentro del ámbito estatal, fue la disposición adicional primera de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Este precepto introduce la supresión del régimen de autorización para la organización, celebración y desarrollo de combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales, siempre que la participación en las mismas sea gratuita y en ningún caso exista sobreprecio o tarificación adicional alguna, cualquiera que fuere el procedimiento o sistema a través del que se realicen.

Pues bien, por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía adapta su normativa tributaria a este nuevo marco al establecer la siguiente distinción en las rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias:

- Como regla general, en los casos en que subsista la autorización, la Agencia Tributaria de Andalucía girará liquidación por el importe total de la tasa.

- Sin embargo, se establece el régimen de autoliquidación para el caso de combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales, siempre que la participación del público en estas actividades sea gratuita y que en ningún caso exista sobreprecio o tarificación adicional alguna cualquiera que fuere el procedimiento o sistema a través del que se realice. Es decir, se establece el régimen de autoliquidación para los supuestos en que la Ley 25/2009 ha suprimido el régimen de autorización.

2. ARAGÓN. LEY 13/2009, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS TRIBUTARIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

Mediante la citada ley, además de actualizar la normativa relativa a su órgano revisor encargado de conocer de las reclamaciones económico-administrativas, se han incorporado, modificando los correspondientes preceptos del Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de Tributos Cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, las siguientes novedades:

1. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

- a) En 2009 se incorporó una bonificación del 90% de la cuota tributaria en los arrendamientos de inmuebles destinados exclusivamente a vivienda del sujeto pasivo, siempre que la renta anual satisfecha no fuera superior a 9.000 euros. Para 2010 los cambios sobre este beneficio son dos: se eleva el porcentaje al 100% y se libera de la obligación de formalizar y presentar autoliquidación por los arrendamientos que, sujetos al concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto (en adelante TPO), resultaran bonificados al 100%.
- b) Bonificación de la cuota tributaria en la cesión de derechos sobre viviendas de protección oficial.

Mediante la Ley 4/2008 las Cortes Generales reformaron el régimen tributario de las VPO ampliando los beneficios y, sobre todo, estableciendo mayor claridad en la aplicación de la exención.

En ese contexto, y con ese precedente, lo que aprueba la legislación aragonesa es un nuevo beneficio fiscal sobre este tipo de viviendas, pero no en forma de exención (concepto sobre el que las Comunidades Autónomas no tienen capacidad normativa), sino a través de una bonificación del 100%. Evidentemente, dado que este elemento de la liquidación, en ese porcentaje del 100%, opera el mismo resultado que la exención sobre la obligación tributaria principal, el efecto práctico es el mismo.

Lo que se bonifica en el concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» es la cesión total o parcial a un tercero de los derechos sobre una vivienda de protección oficial en construcción, antes de la calificación definitiva. Varios comentarios pueden hacerse de este beneficio:

- Lo que se bonifica es el concepto TPO, por lo que, obviamente, no alcanza al de Actos Jurídicos Documentados (en adelante, AJD). La precisión puede tener cierto interés en aquellos casos –no tan raros en este tipo de viviendas– en los que compran en pro indiviso dos personas y posteriormente se decide que sólo una de ellas se queda con la vivienda. Si, mediando documento público (por ejemplo, porque el régimen de construcción es en comunidad de propietarios y existe escritura de compra del terreno), se considera que hay una disolución de condominio sujeta a AJD, la operación quedaría sin beneficio.
 - El objeto de la transmisión son derechos sobre una VPO. Por eso se incluye cualquier tipo de derechos, incluyendo el de propiedad, pero nunca sobre el bien ya terminado (se exige que esté «en construcción»). En cualquier caso, lo normal será que la entrega del bien ya terminado esté sujeta a IVA, y por tanto no a TPO.
 - Es también relevante en el beneficio que la cesión se produzca antes de la calificación definitiva.
- c) Bonificación de la cuota tributaria en AJD de determinadas operaciones de modificación de créditos hipotecarios.

Las primeras copias de escrituras que documentan determinadas operaciones recogidas en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, tienen reconocido en esa norma el beneficio de la exención. Ya para 2009, en Aragón se amplió el privilegio –aunque en forma de bonificación del 100%– a la modificación de determinadas condiciones financieras recogidas en esa ley, pero no amparadas por la exención.

Lo que se hace para 2010 es extender la normativa autonómica ya existente sobre los préstamos a los créditos hipotecarios. Debe repararse en que lo que se «traslada» a los créditos hipotecarios es exclusivamente la bonificación autonómica ya existente para los préstamos, pero no la exención reconocida por la legislación general en determinados casos.

La expresa extensión es necesaria porque no pueden igualarse sin más en el ámbito fiscal el crédito y el préstamo, y así lo tiene dicho la DGT, por ser figuras claramente deslindables en la operatoria bancaria. Además, la extensión de beneficios previstos específicamente para los préstamos a otras figuras conculcaría los límites que el Derecho tributario fija para la interpretación analógica.

Las posibles situaciones de operaciones de novación de préstamos o créditos hipotecarios en esta Comunidad Autónoma, referidas a su tributación en el ITP y AJD, son las siguientes:

Possible contenido	Régimen fiscal
La ampliación o reducción de capital	Sujeta y no exenta si contiene acto inscribible y se trata de un préstamo
La alteración del plazo	Sujeta y exenta Ley 2/1994 si se trata de un préstamo
Las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente	Sujeta y exenta Ley 2/1994 si se trata de un préstamo
.../...	

.../...	
El método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo	Bonificada al 100% en Aragón (préstamos o créditos hipotecarios sobre inmuebles radicados en dicha Comunidad Autónoma)
La prestación o modificación de las garantías personales	Sujeta y no exenta si contiene acto inscribible (y cumple el resto de requisitos para su sujeción)

2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Con efectos desde 1 de enero de 2009 se estableció en Aragón una reducción para las donaciones entre parientes más cercanos con un límite de 300.000 euros. Entre otros requisitos se estableció que debía constar la donación en escritura pública.

Para 2010 no es necesario tal tipo de formalización en dos supuestos:

- Cuando la donación se efectúe como consecuencia de un proceso de separación o divorcio, siempre que conste en el convenio regulador aprobado judicialmente. La excepción parece lógica porque, existiendo aprobación judicial, la fehaciencia de la donación no requiere de escritura pública para el adecuado control tributario.
- En los contratos de seguros sobre la vida, en los que el titular efectúa aportaciones a favor del cónyuge o de los hijos, será suficiente la presentación de la póliza o documento contractual de cobertura del riesgo. Aquí a lo que se da credibilidad es a un documento privado que las partes intervinientes, normalmente entidad financiera y clientes, firman en el momento de contratar el producto. Debe destacarse que, a pesar de tratarse de «seguros sobre la vida», el concepto impositivo concernido en el impuesto es el de donaciones. Existe adquisición lucrativa íter vivos en estos casos, porque una persona (en el esquema habitual, el padre o la madre) efectúa unos pagos a la entidad bancaria para que ésta entregue un capital al hijo cuando se produzca una determinada contingencia. El devengo se produce, no en el momento de las aportaciones, sino en el rescate de las mismas.

3. PRINCIPADO DE ASTURIAS. LEY DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS 4/2009, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS Y TRIBUTARIAS DE ACOMPAÑAMIENTO A LOS PRESUPUESTOS GENERALES PARA 2010

El Principado de Asturias, a través de esta ley, ha legislado exclusivamente sobre el IRPF creando una nueva deducción cuyo objeto es fomentar los acogimientos familiares de menores que no tengan carácter preadoptivo y haciendo una aclaración técnica sobre la ya existente deducción para familias monoparentales.

4. ISLAS BALEARES. LEY 9/2009, DE 21 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS PARA EL AÑO 2010

Antes de comentar la modificación que ha introducido esta Comunidad Autónoma en el ITP y AJD hay que hacer una mención, por su novedad, a cómo ha regulado la tasa que grava la actividad en los casinos de juego.

El planteamiento novedoso es que distingue dos tarifas, una con carácter general y otra, lógicamente más beneficiosa para el contribuyente, «con creación de empleo». El ir introduciendo en tributos, en principio poco idóneos para ello, una modulación de la carga fiscal en función del tratamiento del empleo no es nuevo en esta Comunidad Autónoma. Así, en el año anterior se introdujeron tanto reducciones por la adquisición lucrativa *inter vivos* de bienes y derechos afectos a actividades económicas (o por la adquisición de participaciones sociales en entidades), cuando se mantengan los puestos de trabajo, como una reducción del 99% en las donaciones dinerarias de padres a hijos o a otros descendientes para constituir o adquirir una empresa individual (o un negocio profesional o para adquirir participaciones en entidades), exigiéndose para ésta que se creen nuevos puestos de trabajo

En la medida introducida en la tributación sobre el juego, se entiende por creación de empleo superar en un año natural la plantilla media utilizada en el conjunto de sus actividades económicas a lo largo del anterior año natural.

Si comparamos este incentivo con los «equivalentes» que la legislación estatal ha previsto en la Ley de Presupuestos para 2010 en el IRPF y en el Impuesto sobre Sociedades resultará, entre otras diferencias ahora irrelevantes, que la autonómica exige realmente creación de empleo (hay que superar la plantilla del año anterior) mientras que los beneficios estatales (en forma de reducción sobre el rendimiento neto en el IRPF y como escala especial de tributación en el Impuesto sobre Sociedades), a pesar de su denominación («creación o mantenimiento» de empleo), se alcanzan simplemente por conservar el mismo nivel de empleo que el tenido en 2008.

A los efectos de calcular la plantilla media total y su incremento ha de tenerse en cuenta, conforme a la remisión que la legislación balear hace al artículo 109.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, las personas empleadas, en los términos que disponga la legislación laboral, teniendo en cuenta la jornada contratada en relación con la jornada completa.

En cuanto al resto de impuestos cedidos, esta ley ha introducido un régimen específico aplicable a la transmisión onerosa de vehículos a motor en el ITP y AJD.

La medida, similar a la existente en otras Comunidades Autónomas, es doble:

- Respecto de la obligación principal de pago se establece un tipo de gravamen del 0% en el impuesto aplicable a las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de ciclomotores, así como de motocicletas, turismos y vehículos todoterreno con una antigüedad igual o superior a diez años.

Como excepción, tributarán al tipo de gravamen general los vehículos calificados como históricos y los vehículos cuyo valor sea igual o superior a 20.000 euros, de acuerdo con los precios medios de venta publicados por orden ministerial que sean de aplicación a la gestión del impuesto.

- Se complementa la medida anterior liberando de presentar la autoliquidación a los sujetos pasivos beneficiados por el tipo del 0%.

Analizadas las dos cuestiones en su conjunto, puede entenderse la medida en parte como beneficio fiscal (lo es evidentemente para el que hubiera tenido que pagar con la legislación anterior y deja de hacerlo con la nueva), y en parte como minoración de obligaciones formales y como racional técnica de ganar eficiencia administrativa al no tener que tramitar expedientes de los que no resulte obligación de pago.

5. CANARIAS. LEY 13/2009, DE 28 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS PARA 2010

En el IRPF se crea, con efectos desde el 1 de enero de 2009, una deducción de 100 euros para residentes canarios desempleados, siempre que la suma de los rendimientos íntegros del trabajo esté entre 11.200 y 22.000 euros, y que la suma de la base imponible general y del ahorro, excluida la parte correspondiente a los rendimientos del trabajo, no exceda la cantidad de 1.600 euros.

6. CANTABRIA. LEY DE CANTABRIA 6/2009, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES Y DE CONTENIDO FINANCIERO

Mediante la Ley 6/2009, y modificando el Texto Refundido de la Ley de Cantabria 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales en materia de Tributos cedidos por el Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo 62/2008, de 19 de junio, ha introducido esta Comunidad importantes modificaciones en su legislación tributaria.

1. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

a) Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

- Los tipos impositivos en la transmisión de bienes inmuebles, así como en la constitución y en la cesión de derechos reales que recaigan sobre los mismos, excepto en los derechos reales de garantía, serán:
 - Con carácter general, el 7%.

- Y el 8% para el tramo del valor real del bien inmueble, o derechos reales constituidos o cedidos respecto al mismo, que supere la cuantía de 300.000 euros o 30.000 para las plazas de garaje, salvo en el caso de los garajes anejos a la vivienda con un máximo de dos.

Con esta medida, Cantabria pasa a ser la primera Comunidad que llega al 8% en este concepto impositivo. Debe destacarse además que, en una misma operación, por ejemplo una compraventa de vivienda, podrán concurrir dos tipos impositivos cuando su valor supere los 300.000 euros. Así, si su valor es de 500.000, los «primeros» 300.000 tributarán al 7% y el resto (200.000) al 8%.

- Se establece un tipo del 7% para el otorgamiento de concesiones administrativas, así como para la constitución o cesión de derechos reales que recaigan sobre las mismas, excepto en el caso de constitución de derechos reales de garantía, y en los actos y negocios administrativos equiparados a ellas.

En la legislación estatal, las concesiones administrativas se gravan en TPO al tipo del 4%, aunque algunas Comunidades Autónomas (por ejemplo, Aragón) lo elevan al 7%, pero sólo para aquellas que recaigan sobre bienes inmuebles. Por eso destacamos que en Cantabria la tributación es al 7% para cualquier tipo de concesión.

- Los tipos impositivos reducidos reconocidos en años anteriores sólo serán aplicables para la adquisición de viviendas que no superen un valor real de 300.000 euros. El tramo de valor real comprobado que exceda de 300.000 euros tributará al tipo de gravamen que corresponda.

Tales tipos reducidos son del 5% en aquellas transmisiones de viviendas y promesas u opciones de compra sobre las mismas que vayan a constituir la vivienda habitual del sujeto pasivo titular de familia numerosa o persona con minusvalía física, psíquica o sensorial que tenga la consideración legal de minusválida, con un grado de disminución igual o superior al 33 e inferior al 65, o de quien tenga menos de 30 años cumplidos, o cuando se trate de viviendas de Protección Pública que no gocen de exención, o viviendas situadas en municipios con problemas de despoblación o de alta dispersión de la población. Y del 4% en la vivienda habitual del sujeto pasivo con disminución igual o superior al 65%.

- Para los bienes muebles se sigue manteniendo el tipo del 4%, salvo para vehículos de turismo y vehículos todoterreno que superen los 15 caballos de potencia fiscal, así como a las embarcaciones de recreo con más de ocho metros de eslora y aquellos otros bienes muebles que se puedan considerar como objetos de arte y antigüedades, que se eleva al 8%.
- Se crea a favor de determinados colectivos una bonificación en cuota en los arrendamientos de viviendas que constituyan la vivienda habitual del arrendatario, siempre que la renta anual satisfecha no sea superior a 8.000 euros.

b) Actos Jurídicos Documentados.

De manera análoga a lo que se ha hecho en el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas, en el de actos jurídicos documentados se pone un límite al valor sobre el que aplicar determi-

nados tipos reducidos ya existentes en la legislación cántabra. De este modo, tales tipos especiales sólo serán aplicables para la adquisición de viviendas que no superen un valor real de 300.000 euros. En las adquisiciones por encima de dicha cifra, el tramo de valor real que supere los 300.000 euros tributará al tipo de gravamen del 1%.

2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Esta Comunidad Autónoma fue, entre las de régimen común, la primera en suprimir prácticamente la tributación por adquisiciones mortis causa entre los parientes más cercanos. Para ello, y entre una pluralidad de alternativas (reducciones de la base imponible, deducciones o bonificaciones), decidió utilizar coeficientes multiplicadores de la cuota íntegra inferiores a la unidad. De este modo, por ejemplo, la cuota ajustada que resultaba de aplicar el coeficiente 0,01 a la cuota íntegra equivalía al 1% de ésta. Posteriormente, para 2004, otro grupo de Comunidades Autónomas (Asturias y Galicia) siguió esa senda, estableciendo para los parientes del grupo I un coeficiente multiplicador de 0,01 cuando el sujeto pasivo tenga patrimonio previo de hasta 402.678,11 euros, y de 0,02, 0,03 y 0,04 para los siguientes tramos de patrimonio preexistente del artículo 22 de la LISD. Quedaba entonces consagrado el uso de esta peculiar técnica de reducción de la carga tributaria, que utiliza un elemento pensado para aportar mayor progresividad (los coeficientes multiplicadores de la cuota íntegra) en el sentido justamente inverso.

Con la nueva legislación cántabra se eliminan los «efectos reductores» de los coeficientes multiplicadores, pues éstos retornan a su uso tradicional: incrementar la carga tributaria en función de la riqueza previa del heredero y de su más cercano o lejano parentesco con el fallecido. Eso en cuanto a su instrumentación técnica porque, sin perjuicio de los beneficios que luego se analizan, lo relevante es que la medida de cuasi supresión del impuesto adoptada hace nueve años (esto es, pagar un 1% de lo que se hubiera pagado en otro caso conforme a la legislación estatal) ha desaparecido.

En un tono menor debe hacerse un apunte sobre la definición de los tramos de medición del patrimonio preexistente porque, siendo sustancialmente idénticos (como también los coeficientes) a los de la legislación estatal, abandonan la práctica ya un tanto ilógica de fijar las cifras relevantes en una liquidación fiscal con decimales o con unidades o decenas distintas de cero. Así, el primer tramo, en lugar de los 402.678,11 euros, queda delimitado por la cantidad de 403.000. Quizás tal técnica pudo tener su sentido en el periodo de tránsito de la peseta al euro, pero mantenerla hasta la actualidad, como se hace en muchas otras legislaciones, no deja de ser un tanto absurdo.

Como contrapeso al restablecimiento de estos coeficientes se establece una bonificación autonómica del 99%, 95% o 90% de la cuota tributaria en función de que la base imponible no supere los 175.000 euros, 250.000 euros y 325.000 euros, respectivamente, en las adquisiciones mortis causa de los contribuyentes incluidos en los Grupos I y II. La bonificación aplicable en la cuota tributaria será la que proceda en función del valor de la base imponible de cada sujeto pasivo con arreglo a la siguiente tabla:

Valor de la base imponible	Bonificación en la cuota
Hasta 175.000 euros	99%
Hasta 250.000 euros	95%
Hasta 325.000 euros	90%
Más de 325.000 euros	0%

En el concepto «donaciones» se introducen determinados beneficios fiscales. Uno de ellos trata de incentivar el desarrollo de actividades económicas con el dinero recibido de los ascendientes. El resto gira en torno a la minoración de la carga tributaria cuando se va a adquirir una vivienda. Comenzamos el repaso con este bloque, en el que se contemplan distintos supuestos con requisitos muy parecidos, teniendo en cuenta que puede donarse directamente la vivienda o el terreno o bien puede donarse el dinero necesario para adquirir tales bienes:

- Bonificación del 99% en la cuota por la donación de la plena propiedad de la primera vivienda que vaya a constituir en Cantabria la residencia habitual del donatario. Sus principales requisitos son:
 - Los donatarios han de ser descendientes y adoptados. Si hay más de uno, deberán reunir individualmente las condiciones establecidas. Su patrimonio preexistente no podrá superar la cifra correspondiente al primer tramo de la escala establecida en el artículo 22 de la LISD, y deberá tener una renta familiar inferior a cuatro veces el IPREM anual.
 - Se aplica también, en los mismos términos, cuando se done un terreno para construir la residencia habitual. Ésta deberá haberse finalizado en el plazo de dos años desde la formalización de la donación.
 - El límite de la base de aplicación de la bonificación son 200.000 euros del valor real de la vivienda donada. En el caso de donación de una participación pro indiviso, la bonificación se prorrateará en proporción al valor real de la participación transmitida respecto del valor real total de la vivienda o del terreno.
 - La vivienda donada o construida sobre el terreno donado deberá permanecer en el patrimonio del donatario y ser su residencia habitual durante los cinco años siguientes a la donación, salvo los casos excepcionales que prevé la norma.
 - Debe constar el destino del bien en documento público. Se precisa, y es cuestión que en la práctica puede darse y que tiene conflictiva solución de no estar regulado, que las rectificaciones del documento que subsanen su omisión no operarán efecto una vez pasados tres meses desde la formalización de la donación.
- Bonificación del 99% en la donación de metálico destinada a la adquisición de la primera vivienda del donatario o para la adquisición del terreno para construir una vivienda que vaya a constituir la primera residencia habitual del donatario. Los requisitos principales son:
 - Los donatarios han de ser descendientes, adoptados, cónyuges o pareja de hecho inscrita. En estos dos últimos supuestos es necesario que la donación se produzca como con-

secuencia de un proceso de ruptura matrimonial o de la ruptura de la convivencia de hecho. Los donatarios deben cumplir los requisitos de renta y patrimonio previo preexistente exigidos para la bonificación anterior.

- La bonificación se aplica hasta los primeros 100.000 euros donados, excepto en el caso del terreno, que llega hasta 30.000. Estos límites se aplican tanto si se trata de una única donación como si, en el caso de donaciones sucesivas, provienen del mismo ascendiente o de diferentes ascendientes.
- Además de cumplir los requisitos de ubicación del inmueble en Cantabria y su permanencia en el patrimonio del donatario en los mismos términos que la anterior, el requisito de formalización en documento público con determinadas menciones se extiende también a justificar el origen de los fondos donados en metálico y manifestar su origen.
- La compra de la vivienda ha de efectuarse en el plazo de los seis meses posteriores a la formalización de la donación. En el caso de adquisición de terreno, la construcción de la vivienda deberá finalizarse en el plazo de dos años desde la formalización de la donación.
- Bonificación del 99% en la donación de la vivienda (o terreno) que vaya a constituir la residencia habitual del donatario, realizada a favor del cónyuge o pareja de hecho inscrita, cuando la donación se produzca como consecuencia de un proceso de ruptura matrimonial o de la ruptura de la convivencia de hecho, hasta los primeros 200.000 euros de valor real de la vivienda donada o 60.000 del terreno. Además de los requisitos generales aplicables en las bonificaciones anteriores, este beneficio se singulariza porque puede formalizarse también en convenio regulador de las relaciones futuras del matrimonio o pareja de hecho inscrita, que deberá ser aprobado judicialmente. En cualquier caso, deberá constar que el donatario no tiene otra vivienda de similar o superior superficie en Cantabria.
- Por otro lado, se crea una bonificación del 95% de la cuota tributaria para la puesta en marcha de una actividad económica o para la adquisición de una ya existente o de participaciones en determinadas entidades. Sus principales elementos son:
 - Los donatarios han de ser descendientes y adoptados con edad máxima del donatario de 35 años y renta inferior a cuatro veces el IPREM anual.
 - La donación ha de ser en metálico y se limita a los primeros 60.000 euros donados, haya una o varias donaciones de uno o varios donantes.
 - Se exige escritura pública, en la que se hará constar expresamente que el dinero donado se destinará por el donatario a la creación o adquisición de su primera empresa individual o de su primer negocio profesional, o a la adquisición de participaciones sociales.
 - La adquisición deberá realizarse en el plazo de seis meses desde la formalización de la donación.
 - En el caso de adquisición de empresa, ésta deberá ajustarse a la definición de PYME conforme a la normativa comunitaria. Si fueran participaciones, deben corresponder a entidades a las que sea de aplicación la exención del Impuesto sobre el Patrimonio, y el

donatario deberá ejercer de forma efectiva funciones de dirección en la empresa cuyas participaciones se adquieran.

- Se establece un doble requisito de mantenimiento al modo en que es usual en otras Comunidades Autónomas o en la normativa estatal. Así, por un lado, durante el plazo de cinco años deberá mantenerse el domicilio social y fiscal de la entidad creada o participada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Pero también deberá mantenerse lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los cinco años siguientes a la fecha de la escritura pública.

3. Aspectos procedimentales.

Se regulan también en la ley cántabra algunos aspectos de la tasación pericial contradictoria no contemplados en la legislación estatal. De entre ellos pueden destacarse los siguientes:

- La precisión de que la valoración debe ir referida a fecha de devengo del hecho imponible y garantizándose su realización por el perito designado por cualquier medio de prueba admitido en derecho.
- Se prevé también algo que en la práctica puede resultar trascendente porque, ante la laguna legal y la dificultad de tipificar adecuadamente el carácter con el que se inserta un perito tercero en los procedimientos tributarios, sus eventuales defectos, dificultades, conflictos de intereses, retrasos u omisiones pueden llegar a tener difícil corrección. En tal línea se fija que, en el caso de que el órgano competente de la Administración observe que el informe adolece de algún defecto o vicio, deberá remitírselo de nuevo para que, en un plazo de 15 días, lo subsane. Y que si el perito tercero no realiza la valoración en el plazo establecido o, en su caso, la subsanación de la misma, la Administración dejará sin efecto su designación. El incumplimiento de lo indicado dará lugar a la exclusión como perito tercero en el ejercicio corriente y en los dos posteriores.

7. CASTILLA Y LEÓN. LEY 10/2009, DE 17 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FINANCIERAS

1. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Se establece una bonificación del 100% de la cuota tributaria gradual en la modalidad de AJD para las primeras copias de escrituras que documenten:

- a) La modificación del método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras de los préstamos hipotecarios a que se refiere el apartado IV) del punto 2 del artículo 4

de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, siempre que se trate de préstamos concedidos para la inversión en vivienda habitual.

- b) La alteración del plazo, o la modificación de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, el método o sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras de los créditos hipotecarios, siempre que se trate de créditos concedidos u obtenidos para la inversión en vivienda habitual.

Se especifica además que en ningún caso se aplicará esta bonificación a la ampliación o reducción del capital del préstamo o del crédito. Dado que este tipo de modificación es separable de las que privilegia la bonificación, la utilidad principal de la precisión es aportar claridad en aquellos casos en los que, existiendo una de las operaciones bonificadas, se diera también una ampliación o reducción del préstamo.

Las posibles situaciones de operaciones de novación de préstamos o créditos hipotecarios en esta Comunidad Autónoma, referidas a su tributación en el ITP y AJD, son las siguientes:

Possible contenido	Régimen fiscal
La ampliación o reducción de capital	Sujeta y no exenta si contiene acto inscribible y se trata de un préstamo
La alteración del plazo	Sujeta y exenta Ley 2/1994 si se trata de un préstamo. Bonificada al 100% en Castilla y León siempre que se trate de créditos concedidos u obtenidos para la inversión en vivienda habitual
Las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente	Sujeta y exenta Ley 2/1994 si se trata de un préstamo
el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo	Bonificada al 100% en Castilla y León siempre que se trate de préstamos o créditos concedidos para la inversión en vivienda habitual
La prestación o modificación de las garantías personales	Sujeta y no exenta si contiene acto inscribible (y cumple el resto de requisitos para su sujeción)

Dos comentarios pueden hacerse sobre estas modificaciones:

- a) En primer lugar, sobre el concepto «alteración del plazo» que se bonifica. A través de distintas consultas, la Dirección General de Tributos (DGT) ha ido perfilando qué tipo de operaciones se incluyen en cada categoría. Su seguimiento tendrá relevancia también en la norma autonómica, porque entendemos que los actos que la DGT del Ministerio de Economía y Hacienda tipifique como alteración del plazo deberían también considerarse así en Castilla y León para fijar el alcance de la bonificación.

Como ejemplo, puede aportarse la Consulta V2735-09 (NFC036894). Esta resolución entiende que una novación modificativa consistente en la renuncia a la solicitud de determinados aplazamientos de pago equivale a una modificación referente a la alteración del plazo del préstamo, y por tanto concluye que estará exenta de la cuota gradual de la modalidad de

actos jurídicos documentados, documentos notariales, del ITP y AJD, conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 9 de la referida Ley 2/1994. De prosperar la traslación de criterios que proponemos entre lo fijado por la DGT y la interpretación de la norma castellano-leonesa, procedería la bonificación en los créditos para adquisición de vivienda en los que se diera el tipo de renuncia analizado por la DGT.

El fijar criterios como éste que se pone de ejemplo resulta, en el concepto documentos notariales de AJD, y en concreto sobre el requisito que exige contenido valuable a los actos escriturados, especialmente importante por la dificultad de su interpretación. En este sentido interesa especialmente destacar la Consulta V1248-09 (NFC033323), relativa a una ampliación de plazo. En ella, la DGT desliza algunas ideas de gran importancia. La más relevante es que niega el contenido valuable si la suma total garantizada (que es como define la ley a la base imponible) no se modifica. Quizás con esa unión se está entremezclando un elemento del hecho imponible (eso es, en definitiva, el requisito de contenido valuable que se le pide a un acto jurídico documentado) con la cuantificación de la base imponible (y, por lo tanto, otra solución hubiera sido concluir diciendo que había hecho imponible, pero con base imponible cero), pero el resultado final parece lógico. Ahora bien, a la hora de aplicarla al caso concreto consultado, la propia DGT entiende que lo habitual en una ampliación de plazo es que se generen nuevos intereses y que por tanto se modifique la suma total garantizada. Señalamos esta consulta porque, de no existir modificación de la responsabilidad hipotecaria (cuestión que, como se acaba de decir, la DGT entiende altamente improbable en el caso de modificación del plazo), alguno de los supuestos contemplados en la legislación autonómica no estarían realmente bonificados sino, simplemente, no sujetos.

- b) Sobre la distinción entre préstamos y créditos hipotecarios. Como se ve, esta Comunidad Autónoma equipara parcialmente, y de modo parecido a lo ya comentado para Aragón, la tributación en AJD de los préstamos y créditos hipotecarios. Ya se ha razonado antes que, siendo figuras distinguibles mercantilmente, su régimen fiscal puede ser distinto, salvo que expresamente se diga otra cosa. Tal distinción había venido siendo más o menos pacífica hasta la publicación de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria de préstamos hipotecarios. Tal norma provocó alguna duda sobre si préstamos y créditos debían equipararse a los efectos de la Ley 2/1994 y la exención en AJD. El interrogante surgió al decirse en la nueva redacción que «Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos».

Sin embargo, la DGT, razonando sobre la propia modificación de la Ley 2/1994 e invocando la prohibición de la analogía para extender el ámbito de las exenciones, ha negado en varias Consultas [V1291-08 (NFC030217), V1829-09 (NFC035013), V1987-09 (NFC035549) o V0081-10 (NFC037206)] tal interpretación, concluyendo que el ámbito de aplicación de esa ley se extiende a la subrogación de préstamos hipotecarios en los términos y con las condiciones en ella regulados, pero no a la subrogación de créditos hipotecarios.

Explica la DGT la modificación introducida por la Ley 41/2007 diciendo que, en el caso de que una entidad financiera desee subrogarse en un préstamo hipotecario, si existe más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito sobre la finca en cuestión y a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos, con independencia de que sean préstamos hipotecarios o créditos hipotecarios.

8. CATALUÑA. LEY 26/2009, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, FINANCIERAS Y ADMINISTRATIVAS

1. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

1.1. Reducciones de la base imponible.

A pesar de que se está tramitando actualmente una completa regulación del impuesto en esta Comunidad Autónoma, el reconocimiento de beneficios fiscales en el mismo se adelantó a diciembre del año pasado. Estos beneficios aparecen en distintos elementos liquidatorios. Comenzamos el repaso por los relativos a las reducciones de la base imponible, destacando ya que algunas de las nuevas medidas (en concreto, la ampliación de las reducciones personales y la nueva reducción adicional) tienen su pleno reconocimiento condicionado a la concurrencia o no con otros beneficios preexistentes (estatales o autonómicos), y que se introduce una llamativa novedad liquidatoria en forma de reducción adicional a las en principio ya aplicadas.

El que el contribuyente tenga que elegir entre aplicar determinados beneficios ya existentes (los regulados en el art. 22.2 de la ley) con la mitad del importe de las nuevas reducciones personales y la adicional o, alternativamente, beneficiarse plenamente de estas últimas, ha llevado al legislador catalán a regular ese régimen de opción.

La disyuntiva debe ejercitarse en el plazo de presentación voluntaria, prevaleciendo su última elección en el caso de haberse manifestado más de una vez (y en sentido distinto, claro). Con este mandato legal resulta que, si no se ha hecho en plazo, no es posible hacerlo ni instando la rectificación de la autoliquidación ni presentando una declaración extemporánea.

En la misma línea se contempla el caso concreto de que, habiendo optado por la aplicación de la mitad de las nuevas reducciones en concurrencia con otros beneficios, resulte de un posterior procedimiento de comprobación que no se tiene derecho a estos últimos. Para este supuesto, se niega la posibilidad de entender rehabilitado el derecho a optar por la aplicación «plena» de las nuevas reducciones personales o la adicional.

Como última nota en común hay que destacar que los importes tanto de las nuevas reducciones personales como de la adicional, que luego señalamos, tienen un proceso gradual de introducción:

- Para hechos imponible devengados desde el 1 de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2010: 25%.
- Para hechos imponible devengados desde el 1 de julio de 2010 hasta el 30 de junio de 2011: 62,5%.
- Para hechos imponible devengados a partir del 1 de julio de 2011: 100%.

Las modificaciones han sido las siguientes:

a) Reducciones personales.

Es en este elemento de la liquidación donde se sitúa buena parte del beneficio que se recoge en la ley. Frente a reducciones anteriores prácticamente iguales a las estatales, se establecen para las adquisiciones mortis causa las siguientes:

- a) Grupo I (adquisiciones por descendientes y adoptados menores de 21 años): 75.000 euros, más 33.000 euros por cada año de menos de 21 que tenga el causahabiente hasta el límite de 539.000 euros.
- b) Grupo II (adquisiciones por descendientes y adoptados de 21 años o más, cónyuges, ascendientes y adoptantes):
 - Cónyuge: 500.000 euros.
 - Hijos: 275.000 euros.
 - Resto de descendientes: 150.000 euros.
 - Ascendientes: 100.000 euros.
- c) Grupo III (adquisiciones por colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad): 50.000 euros.
- d) Grupo IV (adquisiciones por colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños): no se aplica ninguna reducción por razón de parentesco.

En el plano teórico, tan importante como conocer las cantidades que se reducen es destacar su peculiar juego. Porque esos importes quedan reducidos a la mitad cuando concurren en un mismo contribuyente con otros beneficios (los recogidos, como ya se ha anticipado, en el art. 22.2) instrumentados como reducciones o como exenciones (ejemplo de estas últimas son las reguladas por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias). Debe destacarse que esta modulación y el que se refiera a un elemento liquidatorio sobre el que no tienen competencia las Comunidades Autónomas (la exención) no es ninguna extralimitación, porque lo que se minorra es la reducción autonómica y en ningún momento se condiciona la aplicación de beneficios reconocidos por la legislación estatal ni, señaladamente, las exenciones.

Además de éstas, reducen a la mitad las nuevas reducciones los siguientes beneficios autonómicos: las reducciones del artículo 2.1 d) de la Ley 21/2001 (salvo la reducción por vivienda habitual) y las de los artículos 9 y 10 de la Ley 17/2007. Como cláusula de cierre se establece la minoración de las nuevas reducciones por parentesco cuando concurren con cualquier otra reducción de la base imponible o exención que requiera solicitud por parte del contribuyente o que dependa de la concurrencia de determinados requisitos cuyo cumplimiento corresponda exclusivamente a la voluntad del contribuyente.

b) Reducción para personas de la tercera edad.

En las adquisiciones por causa de muerte por personas de 75 años o más se aplica una reducción de 275.000 euros, que es incompatible con la ya existente reducción autonómica por discapacidad.

c) Reducción por la adquisición de la vivienda habitual.

Este beneficio ya existía, pero se modifica en un punto muy concreto. El núcleo central del mismo permanece inalterado: la reducción tiene un límite de 500.000 euros por el valor conjunto de la vivienda, aunque debe prorratearse entre los sujetos pasivos en proporción a su participación, no pudiendo ser inferior a 180.000 euros.

Cambia una de las precisiones que en la práctica resulta de más difícil prueba, y que es una situación (que el fallecido no viviera en la fecha de devengo en su «vivienda habitual» o, específicamente, que estuviera en un centro residencial) en absoluto excepcional o rara. Para ello se dispone que, si en el momento de la realización del hecho imponible el causante tenía la residencia efectiva en otro domicilio del que no era titular, también tiene la consideración de vivienda habitual la que lo hubiera sido hasta cualquier día de los 10 años anteriores a su muerte. La limitación de los 10 años no se tiene en cuenta si el causante ha tenido su último domicilio en un centro residencial o sociosanitario.

Con anterioridad, ese plazo se extendía sólo a los dos últimos años y se especificaba que esa vivienda podía considerarse la habitual a efectos del beneficio sólo si no estaba cedida a terceros en ese periodo.

d) Reducción adicional.

Una vez aplicadas todas las reducciones a las que se tenga derecho, los contribuyentes del grupos I o II pueden reducir el saldo resultante («el exceso de base imponible») en un 50% con el límite de 125.000 euros para Grupo I y, para los del grupo II, 150.000 para el cónyuge, 125.000 para el hijo, 50.000 resto de descendientes y 25.000 para ascendientes.

Ese porcentaje del 50% será del 25% y se reducirán también a la mitad los importes máximos anteriores si se opta por aplicar las reducciones y exenciones que antes se han señalado como limitadoras también de las reducciones personales.

1.2. Tarifa y coeficientes multiplicadores.

Cataluña tenía ya establecida tanto una tarifa del impuesto distinta de la general (y especialmente reducida en las adquisiciones lucrativas *inter vivos*) como unos coeficientes multiplicadores propios.

Con la nueva normativa se reducen los números de tramos de la escala aplicable a las adquisiciones *mortis causa* (pasan a ser cinco tramos) y se minoran también notablemente los coeficientes multiplicadores. En concreto, para los grupos I y II el coeficiente es el 1, para el III es el 1,5882, y para el grupo IV la cuota íntegra se multiplica por 2. Estos coeficientes son los que la legislación estatal prevé para el tramo más bajo de patrimonio previo preexistente (que se fija como menos de 402.678,11).

Junto al indudable beneficio que pueda reportar a los contribuyentes esta reducción de coeficientes, hay que resaltar, desde un ámbito más general, la trascendencia que esta modificación tiene en el debate sobre el sentido y finalidad del impuesto.

Una de las críticas más habitual sobre el ISD (presente ya en las discusiones parlamentarias en la elaboración de la Ley del Impuesto en 1987) es la de mantener unos elevados tipos impositivos multiplicados por el efecto que sobre la cuota provocan los coeficientes de patrimonio preexistente. De hecho, quien llegara al tipo marginal máximo del 34% (tal es el tope en la legislación estatal, aunque el catalán fuera hasta ahora el 32,98%), si tenía un lejano parentesco con el causante (calificable como de grupo IV), y además un patrimonio previo preexistente encuadrable en el tramo superior (4.020.770,98 en la ley general y prácticamente igual en Cataluña) podía llegar a un tipo de tributación efectiva del 81,6% sobre su adquisición hereditaria. Además de esta objeción central, es frecuente el situar el debate técnico sobre el sentido de combinar estos dos elementos de la liquidación.

La finalidad de estos coeficientes en la ley general es la de gravar en mayor medida a quien sea el más lejano pariente del fallecido y tenga un mayor patrimonio preexistente. El que los parientes más cercanos paguen menos parece justificable (sobre todo desde una visión sociológica de la cuestión) sin necesidad de mayor comentario. El que quien más rico sea antes de heredar pague más puede responder a una cierta idea de progresividad y a la consecución de un efecto distributivo de los patrimonios heredados. Aunque, en sentido contrario, también es cierto que, realmente, la capacidad contributiva que grava el hecho imponible del ISD es la puesta de manifiesto con la adquisición de una determinada forma de renta. Y si en el IRPF no se grava más a quien más tenía antes de obtener renta, sería coherente actuar igual en el ISD. Por eso, y porque mantener la finalidad redistributiva de los coeficientes exige extensa argumentación, la decisión catalana de reducir su impacto sobre la cuota final a pagar nos parece que goza de un buen respaldo teórico.

2. Normas procedimentales.

2.1. Aplazamiento excepcional del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por las oficinas de gestión.

Con declarado carácter excepcional (evidenciado además porque su aplicación se restringe a las cuotas del impuesto correspondientes a hechos impositivos devengados en el periodo que va del

1 de agosto de 2009 al 31 de diciembre de 2011), se regula la posibilidad de un aplazamiento de hasta dos años del pago de las liquidaciones practicadas por causa de muerte con unos requisitos prácticamente idénticos a los contemplados por el artículo 38 de la LISD para el aplazamiento de hasta un año sin exigencia de garantías.

Se condiciona por tanto a que no haya en el inventario de la herencia efectivo o bienes fácilmente realizables suficientes para pagar las cuotas liquidadas y a que la solicitud del aplazamiento se efectúe antes de finalizar el plazo reglamentario de pago. La concesión del aplazamiento implica la obligación de satisfacer el correspondiente interés de demora.

2.2. Obligaciones formales en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Como en el IRPF ha establecido esta Comunidad dos nuevas deducciones en cuota de cierta enjundia (por inversión en acciones o participaciones de empresas nuevas o de creación reciente y por inversión en acciones de entidades que cotizan en el segmento de empresas en expansión del Mercado Alternativo Bursátil), se obliga a que en la autoliquidación del impuesto correspondiente a operaciones societarias de constitución y ampliación de capital en que los suscriptores quieran aplicar tales deducciones se hagan constar los datos identificativos de los suscriptores y el importe del capital suscrito por cada uno de ellos.

La primera deducción, en concepto de inversión de un «ángel inversor», por la adquisición de acciones o participaciones sociales de entidades nuevas o de reciente creación domiciliadas en Cataluña y que, entre otros requisitos, no tengan por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, de acuerdo con el artículo 4.8.dos de la Ley 19/1991 del Impuesto sobre el Patrimonio, es del 20%, con un límite de 20.000 euros.

La otra deducción, por inversión en acciones de entidades que cotizan en el segmento de empresas en expansión del Mercado Alternativo Bursátil, es del 20% de las cantidades invertidas, con un importe máximo de 10.000 euros.

Desde la perspectiva del ejercicio de la capacidad normativa en aspectos procedimentales debe destacarse que, con esta disposición, se está estableciendo una obligación formal «autonómica» en el ITP y AJD (en el concepto de operaciones societarias), pero realmente coadyuvante en el control del IRPF que sigue gestionando la AEAT.

9. EXTREMADURA. LEY 8/2009, DE 28 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA PARA 2010

A través de la disposición adicional tercera de esta ley se da nueva redacción al artículo 26 del Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en mate-

ria de Tributos Cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2006, de 12 de diciembre, atinente a la tributación sobre el juego.

En la disposición adicional cuarta se establece una disposición de vigencia limitada (aplicable a hechos imponible devengados durante 2010) consistente en un tipo del 0,1% en AJD para las escrituras públicas que documenten las adquisiciones de inmuebles de protección pública calificados de viviendas medias y destinados a vivienda habitual del sujeto pasivo, así como la constitución de préstamos hipotecarios destinados a su financiación.

10. GALICIA. LEY 4/2009, DE 20 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS TRIBUTARIAS RELATIVAS AL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS PARA EL FOMENTO DEL ACCESO A LA VIVIENDA Y A LA SUCESIÓN EMPRESARIAL, Y LEY 9/2009, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA PARA EL AÑO 2010

1. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Ley 4/2009).

Se establecen dos clases de beneficios hasta finales de 2011: un tipo especial de gravamen aplicable a la adquisición de vivienda habitual y otro aplicable a la adquisición de inmuebles incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial.

El beneficio para la adquisición de la vivienda habitual (entendida en los términos en que se define en el IRPF), aplicable desde el 1 de julio de 2009, se concreta en un tipo del 4% en el concepto de TPO y del 0,3% en AJD cuando:

- Se sea miembro de familia numerosa y la suma del patrimonio de todos los miembros de la familia no supere la cifra de 400.000 euros, más 50.000 euros adicionales por cada miembro superior al mínimo necesario para obtener la condición de familia numerosa.
- Se tenga una edad inferior a 36 años y la suma del patrimonio de todos los miembros de la unidad familiar no supere la cifra de 250.000 euros, más 30.000 euros adicionales por cada miembro de la unidad familiar que exceda del primero. Se incluye también en la unidad familiar, para el cómputo de este límite, a los adquirentes de la vivienda para los que vaya a constituir su vivienda habitual. Como en el caso anterior, la valoración del patrimonio se realizará de conformidad con las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio referidas a la fecha de la adquisición del inmueble, incluyendo el mismo por su valor de adquisición y sin deducción de las deudas asumidas en los supuestos de adquisición con precio aplazado o financiación ajena.

Como hay en Galicia un beneficio en el concepto donaciones que comparte finalidad con éste del ITP y AJD, se establece que en caso de haber disfrutado de tal reducción en el ISD, los tipos anteriores se aplicarán al importe resultante de minorar la base liquidable en la cuantía del importe de la donación.

El otro beneficio actúa sobre una operación que ya se privilegió el año pasado, con otros matices y requisitos, en Baleares. En esta ocasión es un tipo del 4% en TPO cuando se adquieran inmuebles incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, siempre que tal entrega resulte no sujeta al IVA en virtud del artículo 7.1 de la LIVA, y siempre que se den dos requisitos: que la empresa o el negocio profesional hubiera venido ejerciendo efectivamente las actividades de su objeto social durante un periodo superior a los dos años anteriores al devengo del impuesto, y que el centro principal de gestión de la empresa o del negocio profesional se encuentre ubicado en Galicia y que se mantenga durante los cinco años siguientes a la fecha de devengo del impuesto.

Existe también un requisito de mantenimiento consistente en que durante el mismo periodo de cinco años el adquirente no podrá:

- a) Hacer actos de disposición u operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de adquisición.
- b) Enajenar los inmuebles objeto de tipo reducido, salvo que la totalidad del importe se reinvierta en la adquisición de otros inmuebles ubicados en Galicia. La reinversión del importe obtenido en la enajenación deberá efectuarse, de una sola vez o sucesivamente, en un periodo no superior a los dos años desde la fecha de transmisión. También se entenderá cumplido este requisito si las cantidades obtenidas en la enajenación se destinan a satisfacer el precio del inmueble que se adquirió en el plazo de los dos años anteriores a la transmisión.
- c) Desafectar los inmuebles objeto del tipo reducido o bien los inmuebles objeto de reinversión de la actividad empresarial o profesional.

El supuesto de transmisión de bienes empresariales incluyendo inmuebles es uno de los que mayores problemas ofrece en el deslinde entre IVA e ITP y AJD. En el supuesto de hecho que se privilegia en Galicia se precisa que debe transmitirse la totalidad de un patrimonio empresarial (incluyendo también el profesional) siendo que, realmente, el supuesto de no sujeción en el IVA gravita sobre la transmisión de una unidad económica autónoma. Es decir, que, literalmente, no toda transmisión de una unidad económica autónoma no sujeta al IVA va a permitir aplicar el tipo reducido gallego. La explicación es que se exige que, siendo unidad económica autónoma (pues si no, no se alcanza la no sujeción en el IVA), suponga además la transmisión de todo el patrimonio empresarial o profesional del transmitente. En la medida en que éste tuviera otros activos o pasivos empresariales no incluidos en la unidad económica autónoma, el tipo aplicable a los inmuebles sería el general de TPO.

Pero también se da la falta de identidad, por llamativo que en principio resulte, en sentido contrario: no siempre la totalidad de un patrimonio empresarial o profesional supone una unidad económica autónoma. El ejemplo paradigmático es el caso del alquiler, en el que la transmisión de todo el patrimonio empresarial (que puede ser exclusivamente el bien arrendado) no supone entregar una unidad económica autónoma. Además de la recientemente modificada dicción literal del artículo 7 de la LIVA, lo explica perfectamente el TEAC [en Resolución de 12-5-2009 (NFJ035046)]: «Si bien los transmitentes se dedican a la actividad de arrendamiento, no tienen medios personales y materiales dedicados a dicha actividad. Es cierto que para llevar a cabo una actividad de arrendamiento los medios materiales necesarios son los bienes a arrendar, bienes que sí poseen, pero también es nece-

sario que *haya personal* dedicado a dicha actividad para que la actividad empresarial pueda continuar de forma autónoma. Ni siquiera se transmite el contrato de arrendamiento vigente en el momento de la operación, sino que la adquirente permite al arrendatario ocupar la fábrica en concepto de precario sin contraprestación alguna y durante el periodo de un año.

Por tanto, no se podrá realizar la actividad de arrendamiento por "X, SL" sólo con el inmueble adquirido, sino que tendrá que aportar su organización empresarial para realizar cualquier actividad sobre el mismo, de lo que se deriva que lo que se ha transmitido no es una empresa o una parte autónoma de una empresa, sino que únicamente se ha transmitido un activo.

En definitiva, no resultará de aplicación el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.1 a) de la Ley 37/1992. Asimismo, la actual redacción del artículo 7.1 a) de la Ley 37/1992, dada por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, viene a refrendar esta postura».

2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Ley 9/2009).

Se precisa alguna cuestión relativa a la ya existente reducción del 99% por la adquisición de explotaciones agrarias y elementos afectos.

3. Aspectos procedimentales (Ley 9/2009).

Se regula la «convalidación» de las solicitudes de valoración previa de bienes inmuebles en los impuestos cedidos gestionados por la Comunidad Autónoma cuando, empleando medios electrónicos, informáticos o telemáticos, se hubiera incumplido el requisito de identificación previa del solicitante

11. LA RIOJA. LEY 6/2009, DE 15 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS PARA EL AÑO 2010

Las principales novedades contenidas en esta ley se refieren al ITP y AJD:

- a) Deducción de la cuota de AJD del 20%. Se aplica a los sujetos pasivos con residencia habitual a efectos fiscales en la Comunidad Autónoma de La Rioja por la adquisición de vivienda en su territorio que vaya a constituir su vivienda habitual.
- b) Deducción en determinadas operaciones de subrogación y modificación de préstamos y créditos hipotecarios.

Aunque bajo la fórmula de deducción en lugar de bonificación, introduce la Ley 6/2009 un beneficio muy similar al que ya se ha comentado en la legislación castellanoleonesa. El beneficio es del 100% de la cuota de la modalidad de AJD que resulte de los documentos que recojan la modificación del método o sistema de amortización y cualesquiera otras con-

diciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios a que se refiere, en este segundo caso, el apartado IV del punto 2 del artículo 4 de la Ley 2/1994, siempre que sean concedidos u obtenidos para la inversión en vivienda habitual.

- c) Existe en la legislación riojana una medida procedimental singular que debe destacarse adecuadamente. Es la obligación a cargo de las oficinas liquidadoras de solicitar del Registro de la Propiedad correspondiente una anotación preventiva que refleje que un inmueble está afecto al pago del ITP y AJD en el caso de que, siendo aplicable el artículo 20.Uno.22 c) de la Ley 37/1992 del IVA, el adquirente no proceda a su demolición y promoción antes de efectuar una nueva transmisión.

La explicación de la norma arranca del hecho de que el citado artículo deniega la exención en el IVA a las entregas de edificaciones que vayan a ser objeto de demolición con carácter previo a una nueva promoción urbanística pero sin fijar plazo para el derribo. Lo que pretende el precepto riojano es asegurarse de que una de las medidas de control más efectivas en el ITP y AJD (la afectación registral de los inmuebles) se proyecte sobre una situación de pendencia como la que decide la exención o no de los inmuebles destinados a su demolición.

- d) Tipo reducido del 0,3% aplicable a las sociedades de garantía recíproca.

Este beneficio ya se aplica en buen número de Comunidades Autónomas y beneficia, en este caso, a las escrituras que formalicen la constitución de derechos reales de garantía cuyo sujeto pasivo sea una sociedad de garantía recíproca que tenga su domicilio fiscal en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

12. MADRID. LEY 10/2009, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS

Las principales novedades que presenta esta ley corresponden al ITP y AJD.

Por un lado, y siguiendo a otras Comunidades Autónomas que establecieron una medida similar hace varios años, se establece un tipo impositivo reducido del 2% en la modalidad de TPO para la adquisición de viviendas por empresas inmobiliarias (entendiendo por tales las que deban aplicar las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad) que vayan a transmitirlas en el plazo de tres años.

Excluye del beneficio dos negocios concretos:

- a) Las adjudicaciones de inmuebles en subasta judicial.
- b) Las transmisiones de valores que incurran en los supuestos a que se refiere el artículo 17.2 del TRITP y AJD (que son los supuestos del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores).

El otro cambio es una disposición transitoria que aprueba un tipo impositivo reducido del 0,5% en TPO para las adquisiciones de vehículos para su reventa, cuando dichas adquisiciones se hayan

beneficiado provisionalmente de la exención del impuesto (art. 45.I.B.17) y se haya incumplido el plazo establecido para la reventa y por tanto no se haya podido elevar a definitiva la exención provisional. Es necesario que se trate de transmisiones de vehículos usados con motor mecánico para circular por carretera adquiridos en 2008 y 2009. Por tanto, el beneficiado es el empresario dedicado habitualmente a la compraventa de este tipo de vehículos para su reventa y ha incumplido el plazo de uno año para transmitir el vehículo.

El resultado final es que, conforme a la normativa estatal, la transmisión en plazo supone elevar a definitiva la exención que provisionalmente se le concedió al adquirir el turismo. E incumplir el plazo supone, por normativa madrileña, un gravamen del 0,5% frente al 4% general.

13. REGIÓN DE MURCIA. LEY 13/2009, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS EN MATERIA DE TRIBUTOS CEDIDOS, TRIBUTOS PROPIOS Y MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PARA EL AÑO 2010

1. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

- a) Reducción del 4% al 3% del tipo aplicable en TPO por la adquisición de inmuebles que radiquen en la Región de Murcia por parte de sujetos pasivos que tengan la consideración legal de familia numerosa. El requisito de renta exige que la suma de la base imponible general menos el mínimo personal y familiar de todas las personas que vayan a habitar la vivienda sea inferior a 44.000 euros, límite que se incrementará en 6.000 euros por cada hijo que exceda del mínimo para alcanzar la condición legal de familia numerosa.
- b) Con los mismos requisitos, las primeras copias de escrituras públicas que documenten préstamos hipotecarios, tanto de nueva constitución como subrogación con ampliación, destinados a la financiación de la adquisición de viviendas por parte de sujetos pasivos que tengan la consideración legal de familia numerosa o sean sujetos pasivos discapacitados con un grado de minusvalía igual o superior al 65%, tributarán en AJD al 0,1%.
- c) El tipo de gravamen aplicable a la adquisición de inmuebles que radiquen en la Región de Murcia por parte de sujetos pasivos de edad inferior o igual a 35 años será del 3% en TPO y del 0,1% en AJD si en el IRPF su base imponible general menos el mínimo personal y familiar es inferior a 26.620 euros, siempre que la base imponible del ahorro no supere los 1.800 euros y que el valor real de la vivienda no supere los 150.000 euros.
- d) Tributarán también al 0,1% en AJD las primeras copias de escrituras públicas que documenten la constitución y modificación de préstamos y créditos hipotecarios, afectos a una empresa individual o negocio profesional cuyo titular sea un trabajador por cuenta propia o autónomo, con domicilio fiscal en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Esta reducción sólo podrán aplicarla los contribuyentes cuyo volumen de rendimientos íntegros en el año inmediato anterior no supere los límites establecidos en el artículo 31.1.30 b) de la LIRPF.

2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Además de modificaciones técnicas en las ya existentes reducciones del 99% en los conceptos de sucesiones y donaciones del ISD por la adquisición de bienes empresariales y en la reducción propia del 99% en el caso de donación de inmuebles que vaya a constituir la residencia habitual del sujeto pasivo, se crean los siguientes beneficios:

- Una reducción propia del 99% para los sujetos pasivos (de grupos I y II) que adquieran por donación el pleno dominio de un solar en la Región de Murcia, en el que vaya a construir su vivienda habitual. La vivienda deberá estar construida en el plazo máximo de cuatro años desde que se otorgue el documento público de donación.

La reducción complementa la ya existente y análoga por adquisición de otro tipo de inmuebles urbanos. Si el valor real del inmueble supera el resultado de multiplicar 50.000 euros por el número de donatarios, esta reducción se aplicará con el límite de esa cuantía. El exceso que pudiera producirse en el valor real del solar sobre esta cuantía tributará al tipo fijo del 7%.

- Reducción propia del 99% para las donaciones entre agricultores profesionales del pleno dominio de la totalidad de una explotación agrícola a favor del cónyuge, descendientes o adoptados, encuadrados dentro de los grupos I y II. La donación deberá constar en escritura pública, en la que se reflejará la obligación del donatario de conservar en su patrimonio y ejercer de forma personal y directa la explotación agraria durante diez años.

La reducción prevista es incompatible con la general del impuesto recogida para la transmisión lucrativa de bienes empresariales en el artículo 20.6 de la LISD.

14. COMUNIDAD VALENCIANA. LEY 12/2009, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA, Y DE ORGANIZACIÓN DE LA GENERALITAT

Esta norma deroga cualquier legislación autonómica del Impuesto sobre el Patrimonio e incluye el supuesto de suspensión temporal de la explotación de máquinas recreativas tipo B en las reglas de cálculo y gestión de la tasa fiscal correspondiente.

En el resto de impuestos cedidos regula los requisitos para la acreditación de la presentación de documentos y autoliquidaciones, así como del pago de deudas tributarias, que resulten procedentes por ITP y AJD o ISD cuando deban llevarse a cabo ante la Generalitat para permitir la admisión de documentos sujetos a los citados impuestos por autoridades, funcionarios, oficinas o dependencias administrativas y la producción de efectos de los mismos en juzgados, tribunales, oficinas o registros públicos, o a cualquier otro efecto previsto en las disposiciones vigentes.

LA OBLIGACIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN LAS OPERACIONES VINCULADAS

TEODORO CORDÓN EZQUERRO

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

CON este trabajo se trata de poner de manifiesto las obligaciones de documentación a las que se encuentran sometidas las operaciones vinculadas de acuerdo con el Real Decreto 1793/2008, que en sus artículos 18, 19 y 20 desarrolla el contenido y características de su elaboración. También se analizan las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2010, en cuanto a la exoneración de la obligación de documentar para las empresas de reducida dimensión cuando el conjunto de las operaciones vinculadas a valor de mercado no supere los 100.000 euros.

Palabras clave: operación vinculada, obligación de documentación del grupo, obligación de documentación del obligado tributario y empresa de reducida dimensión

THE OBLIGATION OF PROVIDING DOCUMENTARY PROOFS IN LINKED OPERATIONS

TEODORO CORDÓN EZQUERRO

Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

THE aim of this work is to highlight the obligations of providing documentary proofs in linked operations pursuant to Royal Decree 1793/2008, which determines in articles 18, 19 and 20 the content and characteristics of its development. In the same way, the amendments introduced by Royal Decree Law 6/2010 are analyzed concerning the exoneration of the obligation of providing documentary proofs for small enterprises when all their linked operations do not exceed 100.000 euros at market value.

Keywords: linked operation, group's obligation of providing documentary proofs, documentary proofs of the tax obligor and small enterprises.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Modificaciones del Real Decreto-Ley 6/2010.
- III. La obligación de documentación en el Real Decreto 1793/2008.
 - 1. Marco general de la obligación de documentación.
 - 2. Las obligaciones de documentación del grupo al que pertenece el obligado tributario.
 - 3. Las obligaciones de documentación del obligado tributario.

NOTA: El presente trabajo está basado en el capítulo 9 del libro *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. CEF. Madrid 2010.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 16.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), en la nueva redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, para la prevención del fraude, introduce por primera vez en nuestro ordenamiento tributario la obligación de documentar la valoración realizada a valor de mercado en las operaciones vinculadas y de mantener dicha documentación a disposición de la Administración. Ahora bien, esta novedad hay que entenderla enmarcada dentro de unos parámetros internacionales, como así se reconoce explícitamente en la exposición de motivos de la Ley 36/2006 en los siguientes términos: «El segundo objetivo es adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada. De esta manera, se homogeneiza la actuación de la Administración Tributaria española con los países de nuestro entorno, al tiempo que además se dota a las actuaciones de comprobación de una mayor seguridad al regularse la obligación de documentar por el sujeto pasivo la determinación del valor de mercado que se ha acordado en las operaciones vinculadas en las que interviene.

El correspondiente desarrollo reglamentario establecerá la documentación que deberá estar a disposición de la Administración Tributaria a estos efectos. Las obligaciones específicas de documentación deberán responder al principio de minoración del coste de cumplimiento, garantizando a la vez a la Administración tributaria el ejercicio de sus facultades de comprobación en esta materia, especialmente en aquellas operaciones susceptibles de ocasionar perjuicio económico para la Hacienda Pública. Para ello, el futuro desarrollo reglamentario podrá fijar excepciones o modificaciones de la obligación general de documentación, de acuerdo con las características de los grupos empresariales, las empresas o las operaciones vinculadas, en particular cuando la exigencia de determinadas obligaciones documentales pudiera dar lugar a unos costes de cumplimientos desproporcionados».

Como vemos, el legislador nacional intenta seguir los criterios de la OCDE y de la Unión Europea, como también hace el Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre (BOE de 18 de noviembre) por el que se desarrolla la obligación de documentar, cuando en la justificación de su preámbulo señala que «Se distinguen dos tipos de obligaciones de documentación: la correspondiente al grupo al que pertenece el obligado tributario, y la relativa al propio obligado tributario. Estas obligaciones están inspiradas tanto en el Código de Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigida a las empresas asociadas en la Unión Europea, que ha sido fruto de las actividades del Foro Conjunto de la Unión Europea sobre precios de transferencia en el ámbito de la fiscalidad de las empresas asociadas en la Unión Europea, como en la exposición de motivos de la propia Ley 36/2006.

Al tratarse de una documentación armonizada y parcialmente centralizada, para los contribuyentes constituye una garantía de simplificación de sus obligaciones formales en relación con sus actividades transfronterizas. En la medida en que otros Estados miembros adopten disposiciones análogas, se evitará la exigencia de distintas obligaciones documentales por cada una de las Administraciones implicadas».

Además, hay que tener en cuenta que la obtención de información genera un coste para quien debe elaborarla, por lo que es necesario que exista un equilibrio entre el coste en que incurre el sujeto pasivo en su preparación y la utilidad que genera para el usuario de la misma, la Administración tributaria, como así se recoge tanto en la exposición de motivos de la LIS, como en el preámbulo del Real Decreto 1793/2006 en estos términos: «En la configuración de estas nuevas obligaciones se ha ponderado la necesidad de garantizar la actividad de comprobación de las operaciones vinculadas por parte de Administración tributaria y el principio de minoración del coste de cumplimiento para los obligados tributarios.

Así, la exigencia de las obligaciones de documentación se ha modulado en función de dos criterios: las características de los grupos empresariales y el riesgo de perjuicio económico para la Hacienda Pública, de tal forma que para las empresas de reducida dimensión y para las personas físicas se simplifican al máximo estas obligaciones salvo que se refieran a operaciones de especial riesgo, en cuyo caso se exige la documentación correspondiente a la naturaleza de las operaciones de que se trate. Finalmente, no se exige documentación alguna en relación con operaciones en las que el riesgo fiscal es reducido».

Esta exigencia de proporcionalidad trata de resolverla el Real Decreto 1793/2006, en el artículo 20 mediante la exoneración de determinadas obligaciones de documentación teniendo en cuenta las características de los sujetos pasivos y la existencia de un riesgo fiscal reducido. Principio de proporcionalidad que ha sido cuestionado en sus criterios de aplicación lo que ha motivado su revisión por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril (BOE de 13 de abril), de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, que después analizaremos, al establecer la exclusión de la obligación de documentar cuando el conjunto de las operaciones a valor de mercado no supere los 100.000 euros en el periodo impositivo.

Por tanto, la obligación de documentación no es un fin en sí mismo, sino el medio a través del cual acreditar que el valor de mercado declarado es el que habrían convenido partes independientes. Por ello, la documentación es un medio de prueba fundamental para probar que el valor declarado es el que habrían convenido partes independientes.

Además, no hay que olvidar que detrás de esta obligación de documentar las operaciones vinculadas, en el artículo 16.10 de la LIS se crea un tipo infractor específico vinculado a dicha obligación y sobre la adecuación del valor declarado con respecto al que se obtiene de la documentación aportada, con un régimen sancionador específico y objetivo.

Atendiendo a su expresa referencia en el preámbulo de la Ley 36/2006, la correcta interpretación de los deberes de documentación se debe realizar a la luz de los trabajos de la OCDE y del Foro Europeo de Precios de Transferencia sobre esta materia.

Así, el capítulo V de las *Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias de la OCDE*, se dedica a la documentación, con el objeto de lograr un equilibrio entre los intereses de los contribuyentes y de las Administraciones Tributarias de forma equitativa para todas las partes, la conocida como regla de proporcionalidad y a la que se refiere también el artículo 3 de la Ley General Tributaria (LGT) .

El citado capítulo V, por una parte, propone a las Administraciones Tributarias unos criterios generales a la hora de establecer normas y/o procedimientos acerca de la documentación que han de solicitar a los contribuyentes en el marco de una investigación sobre precios de transferencia y, por otra, ofrece orientación para ayudar a los contribuyentes para identificar la documentación que resulta más útil para demostrar que sus operaciones vinculadas cumplen con el principio de plena competencia y, así, resolver cuestiones sobre precios de transferencia y facilitar las comprobaciones tributarias. La OCDE considera a la documentación una obligación instrumental y la conecta con los problemas derivados de la prueba de la valoración de los precios de transferencia, de acuerdo con el principio de plena competencia. En este sentido, considera que las obligaciones en materia de documentación sobre precios de transferencia se verán condicionadas por las normas reguladoras de la carga de la prueba en cada Estado. Estas reflexiones sobre la documentación contenidas en las *Directrices* no pretenden establecer más obligaciones a cargo de los contribuyentes que las impuestas por las normas internas. Por todo ello, las *Directrices* consideran que lo más importante es, con independencia de la obligación formal de quien soporte la carga de la prueba en la legislación interna, que tanto la Administración Tributaria como el contribuyente hagan un esfuerzo de *buena fe* para demostrar que sus valoraciones de precios de transferencia satisfacen el principio de plena competencia. Además la OCDE fija unos criterios a seguir sobre procedimientos y normas de elaboración de la documentación.

Por otra parte, el Foro Europeo sobre Precios de Transferencia tiene su origen en la propuesta realizada por la Comisión en su Comunicación de 23 de octubre de 2001 «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del Impuesto sobre Sociedades para sus actividades a escala comunitaria».

Su objetivo consiste en proponer soluciones pragmáticas para conseguir una aplicación más uniforme de las normativas sobre precios de transferencia de los Estados miembros de la Unión Europea y, muy especialmente, conseguir la efectiva eliminación de la doble imposición derivada de los ajustes en materia de precios de transferencia mediante el procedimiento previsto en el Convenio de Arbitraje de 1990.

La Resolución del Consejo de 27 de junio de 2006 aprueba con este fin un Código de Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigible a las empresas asociadas en la Unión Europea.

El Foro Europeo abordó el examen de la documentación con un doble objetivo: por un lado, garantizar a las Administraciones Tributarias una documentación adecuada para poder efectivamente ejercer sus funciones de comprobación y, por otra, limitar los costes de cumplimiento para las empresas.

El ámbito de la propuesta no se refiere a toda la información que puede solicitarse a un sujeto pasivo en el curso de una comprobación tributaria, que es exclusiva competencia de la Administra-

ción Tributaria que lleva a cabo la comprobación, y que puede abarcar cuanta información adicional se requiera en el curso de dicha comprobación. La propuesta sólo incluye aquella información que se suele o puede pedir a un sujeto pasivo, ya sea con ocasión de un requerimiento o al inicio de una comprobación, con la finalidad de evaluar, a la vista de estos documentos, su grado de riesgo fiscal.

Por otra parte, el Foro Europeo ha considerado que esta propuesta ofrece al sujeto pasivo mayores garantías y reduce los costes de preparación de la documentación puesto que el formato e incluso los documentos pueden ser muy similares en los distintos países de la Unión Europea.

El Anexo del Código de Conducta fija los contenidos específicos de documentación. La DPT UE armonizada y coherente de un grupo de empresas multinacionales consta de dos partes principales:

- a) Un conjunto de documentos con información común armonizada pertinente para todos los miembros del grupo establecidos en la Unión Europea (*masterfile*).
- b) Varios conjuntos de documentos armonizados, cada uno de los cuales contiene información relativa a un único país (documentación específica de cada país).

Por otra parte, la DPT UE abarca todas las entidades del grupo establecidas en la Unión Europea, incluidas las transacciones controladas entre empresas establecidas en terceros países y entidades del grupo establecidas en la Unión Europea, siendo voluntaria su aceptación.

- El *masterfile* debe reflejar la realidad económica de la empresa y ofrecer una descripción general del grupo de empresas multinacionales y de su método de fijación de los precios de transferencia pertinente y accesible para todos los Estados miembros de la Unión Europea interesados.
- La *documentación específica* de cada país complementa el *masterfile*. Ambas partes constituyen, en conjunto, el expediente de documentación para el Estado miembro de que se trate.

La experiencia internacional en la regulación de los precios de transferencia pone de manifiesto, como se observa en los cuadros siguientes, que la mayoría de los países la ha incorporado a su ordenamiento tributario tomando como referencia las Directrices de la OCDE, siendo destacable las excepciones del caso de Brasil que introduce reglas propias en los métodos de valoración y el caso de Bélgica respecto del principio de no discriminación en el ámbito del derecho comunitario al no exigir la valoración a mercado para las operaciones internas o domésticas. Este criterio ha sido ratificado recientemente por la STJUE de 21 de enero de 2010, SGI, C-311/08 (NFIJ036705) que llega a la conclusión de que «La legislación belga en materia de operaciones vinculadas a pesar de desplegar sus efectos frente a operaciones internacionales fundamentalmente y generar una restricción a la libertad comunitaria de establecimiento, está justificada sobre la base de dos exigencias imperativas de interés general consideradas de forma conjunta, el reparto equilibrado del poder tributario entre los Estados miembros y la necesidad de prevenir la evasión fiscal»¹.

¹ MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo: «Operaciones vinculadas y derecho comunitario: ¿Es necesaria una nueva reforma del artículo 16 del TRLIS? Capítulo 2 del libro *Fiscalidad de los precios de transferencias (operaciones vinculadas)*. CEF. Madrid 2010.

PAÍSES EUROPEOS ²

Países	Miembro de la OECD	Legislación específica en materia de Precios de Transferencia	Aceptación de métodos aceptados internacional.	Uso de <i>safeharbors</i>	Requerimiento de documentación específica	Alcance de la documentación	Normativa específica para APA	Sanciones específicas
Alemania	Sí	Sí	Sí	Subcapitalización	Sí	Internacional	Sí	Sí
Austria	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Nacional e internacional	No	No
Bélgica	Sí	Sí	Sí	No	No	Nacional e internacional	Sí	No
Bulgaria	No	Sí	Sí	No	No	Nacional e internacional	No	Sí
Dinamarca	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Nacional e internacional	No	Sí
Eslovaquia	Sí	Sí	Sí	No	Sí	internacional	Sí	No
Eslovenia	No	Sí	Sí	No	Sí	Nacional e internacional	No	Sí
España	Sí	Sí	Sí	Subcapitalización	Sí	Nacional e internacional	Sí	Sí
Estonia	No	Sí	Sí	No	Sí	Nacional e internacional	No	No
Finlandia	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Nacional e internacional	Sí	Sí
Francia	Sí	Sí	Sí	No	Sí, para grandes empresas	Nacional e internacional	Sí	Sí
Grecia	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Nacional e internacional	No	Sí
Hungría	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Nacional e internacional	Sí	Sí
Irlanda	Sí	No	Sí	No	No	Internacional	No	No
Italia	Sí	Sí	Sí	No	No	Internacional	Sí	No
Letonia	No	Sí	Sí	No	No	Nacional e internacional	No	No
Lituania	No	Sí	Sí	No	La administración la puede solicitar	Nacional e internacional	Sí	No
Luxemburgo	Sí	Sí	Sí	No	No	Internacional	No	Sí
Países Bajos	Sí	Sí	Sí	Subcapitalización	Sí	Nacional e internacional	Sí	No
.../...								

² GONZÁLEZ CARCEDO, Javier: «Los precios de transferencia en el derecho comparado: Europa y América Latina». Capítulo 4 del libro *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. CEF. Madrid 2010.

.../...								
Polonia	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Nacional e internacional	Sí	Sí
Portugal	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Nacional e internacional	Sí	Sí
Reino Unido	Sí	Sí	Sí	No	Sí (autocomprobación)	Nacional e internacional	Sí	Sí
República Checa	Sí	Sí	Sí	No	No obligatorio pero altamente recomendable	Nacional e internacional	Sí	No
Rumanía	No	Sí	Sí	Sí	Sí	Internacional	Sí	Sí
Suecia	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Internacional	No	No

Como se aprecia en el cuadro de Europa, en la mayoría de los países la documentación tiene alcance nacional e internacional con las excepciones de Alemania, que en 2003 modificó sus obligaciones de documentación dando una gran importancia a la documentación relativa a los procesos de reestructuración empresarial, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Rumanía y Suecia. Por su parte Francia la exige sólo a partir de 2010 para empresas con un volumen de cifra de negocios superior a 400 millones de euros. A su vez, en cuanto a las sanciones específicas vemos que existe un número elevado de países que no la tienen establecida, 11 sobre 25. En el caso de Estados Unidos ³, desde la reforma de 1990 la elaboración de documentación no es una obligación sino un medio de exención de responsabilidad por infracciones en materia de precios de transferencia, de tal manera que en las actuaciones de comprobación no se está obligado a aportarla ante el IRS (Internal Revenue Services), pero si se aporta puede reducir la sanción, siguiéndose así las Directrices de la OCDE en cuanto a la reducción de las obligaciones formales.

PAÍSES DE IBEROAMERICA ⁴

Países	Miembro de la OECD	Legislación específica en materia de Precios de Transferencia	Aceptación de métodos aceptados internacional.	Uso de safeharbors	Requerimiento de documentación específica	Alcance de la documentación	Normativa específica para APA	Sanciones específicas
Argentina	No	Sí	Sí	No	Sí	Internacional	No	Sí
Brasil	No	Sí	Sólo en el CUP	Sí	No	Internacional	No	Sí
Chile	Sí	Sí	Sí	No	No	Internacional	No	Sí
Colombia	No	Sí	Sí	No	Sí	Internacional	Sí	Sí
.../...								

³ GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo: «La experiencia norteamericana en los precios de transferencia». Capítulo 3 del libro *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. CEF. Madrid 2010.

⁴ GONZÁLEZ CARCEDO, Javier: «Los precios de transferencia en el derecho comparado: Europa y América Latina». Capítulo 4 del libro *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. CEF. Madrid 2010.

.../...								
Ecuador	No	Sí	Sí	No	Sí	Nacional e internacional	No	No
México	Sí	Sí	Sí	Para las maquilas	Sí	Nacional e internacional	Sí	Sí
Perú	No	Sí	Sí	No	Sí	Nacional e internacional	Sí	Sí
Rep. Dominicana	No	Sí	No está definido	No	No	Internacional	Sí	No
Uruguay	No	Sí	Sí	No	No	Internacional	No	No
Venezuela	No	Sí	Sí	No	Sí	Internacional	Sí	Sí

De estos países podemos destacar que sólo dos pertenecen a la OCDE, México y Chile, aunque en su regulación de precios de transferencia todos siguen mayoritariamente a la OCDE, salvo el caso más destacable de Brasil que, cuando en 1997 regula los precios de transferencia, se aparta del principio de plena competencia o *arm's length principle*. Por su parte, México es el país que tiene una mayor experiencia, sobre todo, en la aplicación del régimen especial de APA, mientras que el resto de países justo acaban de empezar, por lo que su praxis es muy reducida, como en el caso de Perú donde no se ha concluido ninguna comprobación. Por ello, sus obligaciones de documentación se refieren básicamente a operaciones internacionales, aunque en el caso de Perú se debe aportar un informe técnico.

II. MODIFICACIONES DEL REAL DECRETO-LEY 6/2010

El Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril (BOE de 13 de abril de 2010), de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, dentro del capítulo III de medidas de apoyo a las PYMES, en su artículo 14 introduce una medida orientada a la simplificación de las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas a favor de dichas empresas para lo que modifica el artículo 16.2 de la LIS en los siguientes términos «2. Las personas o entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración Tributaria la documentación que se establezca reglamentariamente.

Dicha documentación no será exigible a las personas o entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el periodo impositivo sea inferior a ocho millones de euros, siempre que el total de las operaciones realizadas en dicho periodo con personas o entidades vinculadas no supere el importe conjunto de 100.000 euros de valor de mercado. Para determinar el importe neto de la cifra de negocios se tendrán en consideración los criterios establecidos en el artículo 108 de esta ley. No obstante, deberán documentarse en todo caso las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que residan en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que residan en un Estado miembro de la Unión Europea y el sujeto pasivo acredite que las

operaciones responden a motivos económicos válidos y que esas personas o entidades realizan actividades económicas».

De acuerdo con su disposición final tercera, este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al su publicación en el BOE, es decir, el 14 de abril. De esta regulación queremos destacar los siguientes aspectos:

1. Exclusión de la obligación de documentar y del régimen sancionador. Si el obligado tributario cumple simultáneamente con los dos requisitos exigidos no hay que documentar ninguna operación de ese periodo impositivo y la sanción vinculada a la documentación desaparece para dicho periodo. No obstante, las operaciones vinculadas deben valorarse a valor de mercado y el sujeto pasivo tendrá que probar en una comprobación de la Administración que el valor declarado es el de mercado, con los medios de prueba que considere más ajustados a sus intereses de acuerdo con el artículo 105 de la LGT.
2. Fecha de entrada en vigor u operaciones a las que resulta aplicables. Esta exclusión lo es con efectos para los periodos impositivos que concluyan a partir del 19 de febrero de 2009, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1793/2008, como más adelante veremos, de tal forma que para las operaciones realizadas antes de dicha fecha no existe obligación de documentar.
3. Requisito de los 100.000 euros a valor de mercado en el periodo impositivo. La norma se refiere al conjunto de todas las operaciones vinculadas realizadas por el obligado tributario durante el periodo impositivo. De esta forma, cada periodo impositivo es independiente entre sí y no se tiene en cuenta la cuantía del año anterior. La suma de todas las operaciones es a valor de mercado declarado, no por el valor convenido. Entendemos que si como consecuencia de una comprobación dicho valor declarado se incrementa y se excede de los 100.000 euros no, debería proceder sanción por no haber documentado.
4. Para el cómputo de las operaciones se tendrán en cuenta todas las operaciones realizadas por el obligado tributario con otras entidades vinculadas, cualquiera que sea su naturaleza, incluidas las que realice con un socio persona física en el ámbito de su actividad personal en las que dicha persona física no tiene obligación de documentar por no ser una actividad económica.
5. No obstante, deberán documentarse las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que residan en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que residan en un Estado miembro de la Unión Europea y el sujeto pasivo acredite que las operaciones responden a motivos económicos válidos y que esas personas o entidades realizan actividades económicas.
6. Cuando en el periodo impositivo el conjunto de las operaciones supera los 100.000 euros a valor de mercado no opera la exclusión y hay que documentar todas las operaciones de ese periodo, sin que exista una franquicia de 100.000 euros sin documentar.
7. Para determinar el importe neto de la cifra de negocios se tendrán en consideración los criterios establecidos en el artículo 108 de la LIS para las empresas de reducida dimensión.

8. A estos efectos, se considera empresa de reducida dimensión aquella cuyo importe neto de cifra de negocios en el periodo impositivo anterior haya sido inferior a 8 millones de euros. Si el periodo impositivo anterior hubiese tenido una duración inferior al año, la cifra de negocios se elevará al año. Si la empresa es de nueva creación para calcular la cifra de negocios habrá que estar al primer periodo impositivo en el que efectivamente se realice la actividad económica, no computándose el periodo necesario para la puesta en marcha, con aplicación del criterio anterior si procede si el periodo impositivo es inferior al año.
9. Para las entidades que no desarrollan actividades económicas pero que cumplen el requisito de la cifra neta de negocios existe una posición administrativa contrapuesta entre la DGT [V0614-07 (NFC025458) y V1866-07 (NFC027284)] y el TEAC [Resoluciones de 15 de febrero de 2007 (NFJ026129) y 14 de marzo de 2008 (NFJ027284)] respecto de si tales entidades pueden acogerse o no a este régimen. Sin entrar a analizar este debate, creemos que como a estas entidades se les debe aplicar siempre el régimen de las operaciones vinculadas, si cumplen el requisito de la cifra neta de negocios deben tener derecho a acogerse a la no documentación, si el total de sus operaciones es inferior a 100.000 euros.
10. La cifra neta de negocios no está definida en el artículo 108 de la LIS, pero sí en la normativa contable, Norma 11.^a de elaboración de las cuentas anuales del Plan General de Contabilidad (PGC), que establece que el importe neto de la cifra anual de negocios se determinará deduciendo del importe de las ventas de los productos y de las prestaciones de los servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, el importe de cualquier descuento (bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas) y el del Impuesto sobre el Valor Añadido y otros impuestos directamente relacionados con las mismas que deban ser objeto de repercusión.
11. Para evitar fraccionamientos de la cifra neta de negocios cuando la entidad forme parte de un conjunto de entidades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio ⁵, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, el importe de la cifra de negocios se referirá al conjunto de entidades pertenecientes a dicho grupo. Para la DGT en este caso no se eliminan las operaciones intergrupo [V0949-08 (NFC029873)].
12. Con la misma finalidad se aplicará el criterio de acumulación cuando una persona física por sí sola o conjuntamente con el cónyuge u otras personas unidas por vínculos de parentesco en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el segundo grado inclusive,

⁵ Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otra persona.

se encuentre con relación a otras entidades de las que sean socios en algunas de las situaciones a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia de las entidades y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

EJEMPLO 1:

A) Suponiendo que la cifra de negocios en 2009 es inferior a 8 millones de euros se realizan las siguientes operaciones vinculadas y en cada caso son las únicas en el periodo impositivo:

1. Una SA1 compra a su socio único persona física un inmueble por valor de 180.000 euros. El inmueble no está afecto a ninguna actividad económica.

El socio no tiene obligación de documentar al no ejercer ninguna actividad económica pero la sociedad sí de acuerdo con el artículo 20.3 c) del RIS.

Si el valor de mercado hubiese sido de 80.000 euros no tendría obligación de documentar la SA1.

2. Una SA2 realiza con su socio mayoritario persona física una operación de compra de mercaderías por importe de 60.000 euros, en el ámbito de su actividad económica; a su vez le vende una plaza de garaje para su vivienda habitual, por importe de 50.000 euros.

Como la suma de ambas operaciones es superior a 100.000 euros la SA2 debe documentar por las dos operaciones. Por el contrario, el socio no debe documentar la venta de mercaderías por ser inferior al límite de referencia, y la compra de la plaza de garaje como la realiza en el ámbito personal no tiene ninguna obligación de documentar cualquiera que sea su cuantía.

B) Una SA3 factura 6 millones de euros en 2009 y realiza las siguientes operaciones vinculadas y en cada caso son las únicas en el periodo impositivo:

1. Con una SL que factura 9 millones ha realizado operaciones vinculadas por 80.000 euros.

La SA3 no tiene obligación de documentar pero la SL sí.

Si la operación hubiese tenido un valor de 110.000 euros ambas hubiesen tenido que documentar.

2. Con una persona física a la que le compra por 10.000 euros en el ámbito personal y en su actividad económica por 20.000 euros. También a otra SA4, cuya cifra de negocios en 2009 ha sido de 5 millones de euros le compra por valor de 20.000 euros y a otra SL, cuya cifra de negocios en 2009 ha sido de 10 millones de euros, le vende por valor de 30.000 euros.

Como la suma de todas las operaciones es inferior a 100.000 euros, SA3 no tiene obligación de documentar, así como la persona física por la operación en el ámbito

.../...

.../...

de su actividad económica y SA4 si no tienen otras operaciones vinculadas. Por su parte la SL sí que tiene que documentar por exceder su cifra de negocios los 8 millones de euros.

C) Una persona física (PF1) cuya cifra de negocios en el ámbito de su actividad económica es inferior a 8 millones de euros y realiza las siguientes operaciones vinculadas y en cada caso son las únicas en el periodo impositivo:

1. Vende a una SA5, cuya cifra de negocios es de 6 millones de euros, por importe de 130.000 euros y a otra SA6, cuya cifra de negocios es de 20 millones de euros, le compra por importe de 30.000 euros. Con el socio persona física que controla las dos sociedades ha realizado una operación de venta por importe de 130.000 euros en el ámbito de su actividad económica.

Para el cómputo de las operaciones vinculadas del ejercicio no tenemos en cuenta las realizadas con el socio de control de las dos sociedades al ser una persona física pues entre personas físicas no hay operaciones vinculadas. La suma de las operaciones vinculadas realizadas es de 160.000, por lo que tiene obligación de documentar con independencia del volumen de operaciones de cada sociedad.

También el Real Decreto-Ley 6/2010, en su artículo 14, introduce modificaciones al artículo 16.10 de la LIS, intentando suavizar el régimen sancionador cuando no proceda efectuar correcciones valorativas, en los siguientes términos:

«10.1.º Cuando no proceda efectuar correcciones valorativas por la Administración Tributaria respecto de las operaciones sujetas al Impuesto sobre Sociedades, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 1.500 euros por cada dato y 15.000 euros por conjunto de datos, omitido, inexacto o falso, referidos a cada una de las obligaciones de documentación que se establezcan reglamentariamente para el grupo o para cada entidad en su condición de sujeto pasivo o contribuyente.

En los supuestos de las personas o entidades a que se refiere el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo a las que no resulte de aplicación la exoneración establecida en dicho párrafo, la sanción a que se refiere este número 1.º tendrá como límite máximo la menor de las dos cuantías siguientes:

El 10 por 100 del importe conjunto de las operaciones a que se refiere este número 1.º realizadas en el periodo impositivo.

El 1 por 100 del importe neto de la cifra de negocios.»

Como vemos, en el supuesto de que no proceda efectuar correcciones valorativas se mantiene con carácter general la sanción de 1.500 euros por cada dato y 15.000 euros por cada con-

junto de datos, omitido, inexacto o falso. Ahora bien, cuando se trate de empresas de reducida dimensión, con una cifra de negocios inferior a 8 millones de euros en el periodo impositivo en cuestión, y no puedan acogerse a la regla de exoneración de documentación antes comentada, por exceder el conjunto de sus operaciones vinculadas de 100.000 euros o realizar las mismas en paraísos fiscales sin motivos económicos válidos, se modifica la cuantía sancionadora estableciéndose un límite máximo de sanción relacionado con dos variables, tomándose como límite la menor de las dos:

1. El 10 por 100 del conjunto de las operaciones del obligado tributario, a valor de mercado, en el periodo impositivo.
2. El 1 por 100 de la cifra neta de negocios. En este caso la duda puede surgir respecto de si el 1 por 100 es aplicable respecto de la cifra de negocios resultante de la aplicación de las reglas del artículo 108 de la LIS anteriormente comentada.

Si ambas variables son objeto de modificación en una actuación comprobadora, ello afectará a los límites.

A su vez, en la disposición adicional única prevé el Real Decreto-Ley 6/2010, que en un plazo de tres meses se adapten las obligaciones de documentación a la jurisprudencia comunitaria y el derecho comparado en los siguientes términos: «Sin perjuicio de las modificaciones introducidas en el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, a la vista de la jurisprudencia comunitaria y del derecho comparado, el Gobierno, en los tres meses siguientes a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, tramitará la modificación de la normativa tributaria que regula las obligaciones de documentación de las operaciones entre personas o entidades vinculadas, para reducir las cargas formales a cumplir por las empresas, atendiendo fundamentalmente a los siguientes factores: que se trate de operaciones internas (no internacionales), que intervengan pequeñas y medianas empresas, que su importe no sea muy significativo y que no intervengan paraísos fiscales».

Con esta declaración de intenciones habrá que esperar a la aprobación de la norma que introduzca los cambios que considere adecuados en relación con las obligaciones de documentación, teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria ¿caso belga?, y el derecho comparado ¿reforma reciente en Francia? En principio con este mandato sólo se beneficiarían de la mejora las operaciones domésticas o internas en las que intervengan pequeñas y medianas empresas, la duda es si se definirán las mismas de acuerdo con el criterio del artículo 108 de la LIS o con el de Comisión ⁶.

⁶ Es conveniente recordar que de acuerdo con la Recomendación de la Comisión 2003/361/CE de 6 de mayo de 2003 se considera:

- Mediana empresa, aquellas que ocupan menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o balance anual no exceda de 43 millones de euros.
- Pequeñas empresas, aquellas que ocupan menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no excede de 10 millones de euros.
- Microempresas, aquellas que ocupan menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no excede de 2 millones de euros.

Por su parte, para algunos autores el alcance de la reforma debería ser mayor incluyéndose también las reglas de valoración ⁷. «Es en esta fase de conclusiones donde procede responder a la pregunta con la que se abría el título de este trabajo: ¿es necesaria una nueva reforma del artículo 16 del TRLIS? A la vista de lo expuesto en epígrafes anteriores y tras analizar la norma a la luz del Derecho comunitario, la respuesta debe ser, muy probablemente, un rotundo "sí". En primer lugar, no era necesario extender, a la luz del Derecho comunitario, la misma regulación a las operaciones vinculadas internas e internacionales. En segundo lugar, y a la espera todavía de algún pronunciamiento definitivo del TJCE en materia de operaciones vinculadas, existe una importante línea jurisprudencial que acoge una configuración del principio de plena competencia muy distinta de la que contiene el artículo 16 del TRLIS y las Directrices OCDE en la materia, en la que la objetividad de la configuración del principio de plena competencia propia de las Directrices OCDE queda mitigada por la introducción de un test subjetivo, fundado en los motivos económicos válidos que llevan al contribuyente a apartarse del precio/rango de mercado que partes independientes emplearían. Y, por ello, sería preciso, como demanda el TJCE, reformar el artículo 16 del TRLIS para permitir al contribuyente probar que su comportamiento, aunque se aparte de los precios/condiciones a los que llegarían partes independientes, responde a motivos económicos válidos y no a una finalidad puramente abusiva o defraudatoria. En tercer lugar, tampoco en lo que respecta a las operaciones vinculadas internacionales resulta el artículo 16 del TRLIS plenamente respetuoso con el Derecho comunitario, ya que es posible encontrar toda una serie de violaciones de la libertad de establecimiento que han sido identificadas más arriba.

En fin, son motivos más que suficientes para que el legislador acometa, o al menos se plantee seriamente, una nueva reforma del régimen del artículo 16 del TRLIS que corrija los defectos de la normativa actualmente vigente, que esté más meditada, sea más depurada desde el punto de vista técnico y menos desproporcionada que la legislación actualmente en vigor. Mientras tanto, existen motivos más que fundados para que los afectados por el actual artículo 16 del TRLIS y su normativa de desarrollo esgriman las vulneraciones del Derecho comunitario que existen en la actual regulación de las operaciones vinculadas en los correspondientes recursos judiciales y, desde luego, para que los tribunales nacionales dirijan las correspondientes cuestiones prejudiciales al TJCE».

III. LA OBLIGACIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN EL REAL DECRETO 1793/2008

El Real Decreto 1793/2008 da nueva redacción al Capítulo V del RIS, desarrollando en su Sección 3.^a «Las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas», sección que es en la que nosotros nos vamos a centrar en este análisis, teniendo en cuenta las tres partes claramente diferenciadas en que la misma está dividida. Así, la primera, artículo 18, está dedicada al marco general de la obligación de documentación; la segunda, artículo 19, a la obligación de documentación del grupo al que pertenezca el obligado tributario; y, la tercera, artículo 20, a la obligación de documentación del obligado tributario.

⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo: «Operaciones vinculadas y derecho comunitario: ¿Es necesaria una nueva reforma del artículo 16 del TRLIS?» Capítulo 2 del libro *Fiscalidad de los precios de transferencias (operaciones vinculadas)*. CEF. Madrid 2010.

Como vamos a ver a continuación en el análisis de estos tres artículos del RIS, la normativa española adapta sus exigencias de documentación al modelo de aplicación y gestión del sistema impositivo y Administración tributaria desarrollado, que es muy exigente en relación con la cuantía y tipología de información que los contribuyentes deben aportar para atender los requerimientos de control por parte de la Administración, en comparación con los países de nuestro entorno. Por tanto, frente a la prudencia con la que la OCDE y la Unión Europea plantean la información a elaborar y aportar, rechazando en general la aplicación de sanciones, salvo supuestos de fraude o evasión, a partir del principio de buena fe y de proporcionalidad, el artículo 16.10 de la LIS regula un régimen sancionador especial y los artículos 18, 19 y 20 del RIS un contenido y formato que muchas veces puede ser de difícil o imposible cumplimiento, sobre todo en relación con determinada información del grupo, como su política de precios. En este sentido consideramos, sobre todo para las operaciones domésticas o internas en las que participan fundamentalmente empresas de reducida dimensión, que la carga fiscal indirecta puede ser desproporcionada y con un alto riesgo de sanción sobre sus espaldas.

1. Marco general de la obligación de documentación.

El artículo 18 del RIS al regular las obligaciones de documentación de las operaciones entre personas o entidades vinculadas le da el siguiente contenido:

- a) Finalidad: permitir a la Administración comprobar que el valor declarado en la operación vinculada se ajusta a lo previsto en el artículo 16 de la LIS.
- b) Fecha de elaboración: una vez realizada la operación vinculada, por lo que no se establece una fecha específica de elaboración de la documentación acreditativa de la misma.
- c) Fecha de declaración: el obligado tributario deberá incluir en las declaraciones que así se prevea, dentro del periodo voluntario de declaración, modelo 200, la información relativa a sus operaciones vinculadas en los términos que se establezca por la Orden del Ministro de Economía y Hacienda. La finalidad de dicha información es poder realizar valoraciones de riesgo fiscal dentro de las competencias de control de la Administración Tributaria. La LIS en su artículo 16 no dice nada en relación con esta obligación de aportar documentación específica a través de las declaraciones tributarias, razón por la que cabe plantearse si es ajustado a derecho esta delegación que realiza el Real Decreto a favor del Ministro de Economía y Hacienda.
- d) Fecha de puesta a disposición y aportación: la documentación deberá estar a disposición de la Administración Tributaria a partir de la finalización del plazo voluntario de declaración o liquidación y deberá aportarse a requerimiento de la misma, cualquiera que sea el procedimiento en el que se solicite. Por tanto, cuando el ejercicio fiscal sea igual al año natural, sólo se tendrá obligación de tenerla a disposición a partir del 25 de julio de 2010.
- e) Documentación adicional: junto a las obligaciones de documentación de los artículos 19 y 20 del RIS, la Administración Tributaria puede solicitar aquella documentación o información adicional que considere necesaria en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con la

LGT y en línea con lo señalado por el Código de Conducta de la Unión Europea. Como es conocido, la LGT da amplios poderes a la Administración para solicitar información al obligado tributario y a terceros, pero entendemos que esta información adicional, distinta de la obligatoria de los artículos 19 y 20 del RIS, no entra dentro del régimen sancionador específico a que se refiere el artículo 16.10 de la LIS, sin perjuicio de la sanción que corresponda por no atender los requerimientos en los que se solicite la misma. De esta forma, por una parte, podemos hablar de un paquete de información obligatorio con un contenido regulado reglamentariamente, para dar seguridad jurídica desde el punto de vista sancionador y, por otra, de un paquete adicional, a criterio de la Administración, quien en cada caso valorará en el ámbito de sus competencias la necesidad de dicha información adicional.

- f) Criterio de elaboración: la documentación deberá elaborarse teniendo en cuenta la complejidad y el volumen de las operaciones, siguiendo el criterio de las Directrices de la OCDE y el Código de Conducta, de forma que permita a la Administración comprobar que la valoración se ha ajustado a lo previsto en el artículo 16 de la LIS. Es decir, aquí se vuelve a suscitar la aplicación del principio de proporcionalidad, en función de lo que se entienda por complejidad y volumen de las operaciones por cada una de las partes: obligado tributario y Administración. En principio, cada operación individual debe ser objeto de documentación, cuya facilidad o dificultad va a depender de cada caso en particular. Así, cuando el obligado tributario no pertenece a un grupo y suponemos que realiza 240 transacciones de un bien o servicio al año con la misma parte vinculada doméstica, con una media de 20 al mes, y las operaciones son las mismas en cuanto a sus características y condiciones, en el análisis de comparabilidad, mediante la agregación correspondiente si procede, se habrá determinado, en función de los comparables, cuál ha sido el método de valoración elegido y, por tanto, generado la documentación acreditativa del valor de mercado teniendo en cuenta la operación realizada. Si el bien o servicio no está sometido a oscilaciones cíclicas o coyunturales la información de una de ellas podría ser suficiente para todas mediante la correspondiente acumulación y agrupación de las mismas. La economía de medios y la regla de proporcionalidad son evidentes, pues de lo contrario al obligado tributario se le puede imponer unos costes excesivos que no aportan información relevante para la labor de control de la administración. Pero, si hay oscilaciones cíclicas o estacionales, se podrían agrupar las de cada ciclo o estación sin necesidad de realizar una documentación individual por cada operación.

Si la operación vinculada se refiere a muchos bienes y servicios con diferentes partes vinculadas, la agrupación o acumulación de la documentación puede resultar más compleja o imposible, pues habrá que determinar las características y condiciones de cada operación, los comparables de que se ha dispuesto, internos o externos, y los métodos de valoración elegidos para ver qué documentación es la más adecuada para cada operación y si la misma sirve para otras operaciones. Por tanto, la documentación conjunta o individual va a estar muy condicionada por la posibilidad de realizar el análisis de comparabilidad de forma conjunta o individual, de los comparables que se puedan utilizar y, por tanto, de los métodos de valoración que se elijan. En este sentido conviene recordar que si utilizamos el método del precio libre comparable necesitaremos información sobre los comparables, generalmente de carácter externo y, a veces, difícil de obtener, pero que por su mayor objetividad puede ser

más difícilmente cuestionable por la Administración. Sin embargo, cuando el método utilizado es el de coste incrementado o el de precio de reventa, como para calcular el margen bruto ya no se tienen en cuenta tanto las características de los bienes y servicios sino las funciones, activos y riesgos de las entidades comparadas inherentes a cada operación, el tipo de información es otro, lo que puede llevar a interpretaciones diferentes sobre el criterio de elaboración teniendo en cuenta la complejidad y el volumen de las operaciones. Así, una empresa que opera con varios productos puede tener márgenes diferentes para cada uno de ellos, e incluso para un mismo producto los márgenes pueden ser distintos en función de los mercados y países; como todo ello hay que documentarlo, habrá que ver si se puede agrupar la documentación de las operaciones de un producto en cada país o por países y mercados.

En el supuesto de que sólo se realicen operaciones domésticas en el mercado español, para su agrupación habrá que tener en cuenta las características y condiciones de las mismas.

Además, esta complejidad se puede ver incrementada en el caso de las operaciones mixtas, como por ejemplo cuando se vende un bien, con pago único, que incluye la prestación de asistencia técnica y la cesión de un intangible. Como, de acuerdo con el artículo 16.3 del RIS, el análisis de comparabilidad se puede realizar conjuntamente aunque haya tres operaciones, la documentación debe ser suficientemente precisa teniendo en cuenta la naturaleza conjunta de la operación. En consecuencia, el criterio de elaboración debe respetar los costes en que incurren los sujetos pasivos y la necesidad de que en base a dicha documentación la Administración Tributaria pueda comprobar que el valor declarado se corresponde con el de mercado.

Nada dice la norma sobre el idioma en el que se debe elaborar y presentar, de tal forma que podemos entender que es válido en cualquier idioma que haya tenido una relación directa con la operación, sin perjuicio de que la Administración pueda exigir una traducción jurada.

- g) Concepto de grupo sobre el que hay que elaborar la información: el concepto de grupo fiscal es el definido en el artículo 16.3 de la LIS, y que no siempre tiene que coincidir con el concepto de grupo contable. A estos efectos de documentación se entiende también como grupo el constituido por una entidad residente en España y sus establecimientos permanentes en el extranjero, y los establecimientos permanentes en España de una entidad no residente.
- h) Quien debe preparar y conservar la documentación de todo el grupo: cuando se trate de un grupo de los definidos en el artículo 16.3 de la LIS, si la entidad dominante es residente podrá optar por elaborarla y conservarla; entendemos que si no opta por hacerlo, será el obligado tributario quien lo haga; si la entidad dominante no es residente deberá designar a una entidad residente del grupo para conservar la documentación, luego su elaboración corresponde al obligado tributario o como convengan. Esta configuración puede plantear en determinados supuestos una situación de inseguridad jurídica para el obligado tributario en relación con el tipo infractor y el régimen sancionador.
- i) Quién debe aportar la documentación del grupo: la documentación establecida en el artículo 19 del RIS debe ser aportada de forma veraz y completa, exclusivamente, por el obligado tributario a requerimiento de la Administración Tributaria y en plazo. Este plazo para aportar la documentación solicitada no será inferior a 10 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación del requerimiento, de acuerdo con el artículo 55.2 del Real

Decreto 1605/2007, por el que aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. Pero qué ocurre en el caso de que el obligado tributario no consiga la documentación del grupo, sea residente o no, acreditando su solicitud; ¿es la Administración quien se debe dirigir al grupo o a su representante haciendo uso de los convenios con cláusula de intercambio de información?, ¿puede ser sancionado sin culpabilidad cuando acredite haber sido suficientemente diligente?

- j) Si el obligado tributario no pertenece a ningún grupo: la obligación de preparar, conservar y aportar le corresponden en exclusiva a él, en los términos en los que se regula en el artículo 20 del RIS, como veremos más adelante.
- k) Uso de documentación elaborada para otras finalidades: el paquete de documentación fiscal puede elaborarse totalmente *ex novo* o bien proceder de otra documentación previa, como puede ser la Memoria a que se refiere el PGC dentro de las cuentas anuales, en concreto la contenida en el número 23 «Operaciones con partes vinculadas»⁸. De esta extensa docu-

⁸ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre. «23. Operaciones con partes vinculadas.

1. La información sobre operaciones con partes vinculadas se suministrará separadamente para cada una de las siguientes categorías:
 - a) Entidad dominante.
 - b) Otras empresas del grupo.
 - c) Negocios conjuntos en los que la empresa sea uno de los partícipes.
 - d) Empresas asociadas.
 - e) Empresas con control conjunto o influencia significativa sobre la empresa.
 - f) Personal clave de la dirección de la empresa o de la entidad dominante.
 - g) Otras partes vinculadas.
2. La empresa facilitará información suficiente para comprender las operaciones con partes vinculadas que haya efectuado y los efectos de las mismas sobre sus estados financieros, incluyendo, entre otros, los siguientes aspectos:
 - a) Identificación de las personas o empresas con las que se han realizado las operaciones vinculadas, expresando la naturaleza de la relación con cada parte implicada.
 - b) Detalle de la operación y su cuantificación, expresando la política de precios seguida, poniéndola en relación con las que la empresa utiliza respecto a operaciones análogas realizadas con partes que no tengan la consideración de vinculadas. Cuando no existan operaciones análogas realizadas con partes que no tengan la consideración de vinculadas, los criterios o métodos seguidos para determinar la cuantificación de la operación.
 - c) Beneficio o pérdida que la operación haya originado en la empresa y descripción de las funciones y riesgos asumidos por cada parte vinculada respecto de la operación.
 - d) Importe de los saldos pendientes, tanto activos como pasivos, sus plazos y condiciones, naturaleza de la contraprestación establecida para su liquidación, agrupando los activos y pasivos por tipo de instrumento financiero (con la estructura que aparece en el balance de la empresa) y garantías otorgadas o recibidas.
 - e) Correcciones valorativas por deudas de dudoso cobro relacionadas con los saldos pendientes anteriores.
 - f) Gastos reconocidos en el ejercicio como consecuencia de deudas incobrables o de dudoso cobro de partes vinculadas.
3. En todo caso, deberá informarse de los siguientes tipos de operaciones con partes vinculadas:
 - a) Ventas y compras de activos corrientes y no corrientes.
 - b) Prestación y recepción de servicios.
 - c) Contratos de arrendamiento financiero.
 - d) Transferencias de investigación y desarrollo.
 - e) Acuerdos sobre licencias.
 - f) Acuerdos de financiación, incluyendo préstamos y aportaciones de capital, ya sean en efectivo o en especie. En las operaciones de adquisición y enajenación de instrumentos de patrimonio, se especificará el número, valor nominal, precio medio y resultado de las mismas, especificando el destino final previsto en el caso de adquisición.

mentación contable queremos destacar, como características más significativas a nuestros efectos fiscales, la siguiente:

1. Se exige información del obligado tributario y del grupo.
 2. La información debe ser la adecuada para entender las operaciones vinculadas y sus efectos, con detalle de la operación y su cuantificación, así como la política de precios seguida en comparación con partes independientes.
 3. En todo caso deberá informarse de las operaciones vinculadas, las más frecuentes e importantes en general.
 4. Se permite la agregación de la información siempre que no afecten a una adecuada comprensión de las cuentas anuales.
-
- g) Intereses abonados y cargados; así como aquellos devengados pero no pagados o cobrados.
 - h) Dividendos y otros beneficios distribuidos.
 - i) Garantías y avales.
 - j) Remuneraciones e indemnizaciones.
 - k) Aportaciones a planes de pensiones y seguros de vida.
 - l) Prestaciones a compensar con instrumentos financieros propios.
 - m) Compromisos en firme por opciones de compra o de venta u otros instrumentos que puedan implicar una transmisión de recursos o de obligaciones entre la empresa y la parte vinculada.
 - n) Acuerdo de reparto de costes en relación con la producción de bienes y servicios que serán utilizados por varias partes vinculadas.
 - o) Acuerdos de gestión de tesorería, y
 - p) Acuerdos de condonación de deudas y prescripción de las mismas.
4. La información anterior podrá presentarse de forma agregada cuando se refiera a partidas de naturaleza similar. En todo caso, se facilitará información de carácter individualizado sobre las operaciones vinculadas que fueran significativas por su cuantía o relevantes para una adecuada comprensión de las cuentas anuales.
 5. No será necesario informar en el caso de operaciones que, perteneciendo al tráfico ordinario de la empresa, se efectúen en condiciones normales de mercado, sean de escasa importancia cuantitativa y carezcan de relevancia para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.
 6. No obstante, en todo caso deberá informarse sobre el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección. Asimismo, se incluirá información sobre indemnizaciones por cese y pagos basados en instrumentos de patrimonio. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representen. Estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo, recogiendo separadamente los correspondientes al personal de alta dirección de los relativos a los miembros del órgano de administración. También deberá informarse sobre el importe de los anticipos y créditos concedidos al personal de alta dirección y a los miembros de los órganos de administración, con indicación del tipo de interés, sus características esenciales y los importes eventualmente devueltos, así como las obligaciones asumidas por cuenta de ellos a título de garantía. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representen. Estas informaciones se podrán dar de forma global por cada categoría, recogiendo separadamente los correspondientes al personal de alta dirección de los relativos a los miembros del órgano de administración.
 7. Las empresas que se organicen bajo la forma jurídica de sociedad anónima, deberán especificar la participación de los administradores en el capital de otra sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social de la empresa.
 8. En el caso de pertenecer a un grupo de empresas, se describirá la estructura financiera del grupo

5. No hay que informar de las operaciones vinculadas de escasa cuantía que se realicen en condiciones de mercado y carezcan de relevancia para expresar la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa.
6. Hay que dar información de la retribución de los directivos y de los miembros del órgano de administración.
7. Cuando la entidad sea una sociedad anónima hay que informar sobre la participación de los administradores en el capital de otra sociedad.
8. En el caso de pertenecer a un grupo de empresas se describirá la estructura financiera del grupo.

Como vemos, al elaborar la Memoria se exige una amplia información que no tiene que ser la misma que en el ámbito fiscal pues su finalidad es dar información contable a los accionistas, inversores y terceros relacionados con la empresa, pero no trata de justificar la política de precios bajo el supuesto de libre competencia. Por el contrario, la documentación fiscal si que está condicionada por la exigencia de que la política de precios se adecue a la libre competencia, es decir, debe permitir a la Administración Tributaria determinar si la política de precios realizada por la empresa sigue los dictados de la que hubiesen acordado empresas independientes.

- l) Exclusión de la obligación de documentación: no será exigible tanto para el obligado tributario como para el grupo en las siguientes operaciones vinculadas:

1. *Las realizadas entre entidades que se integren en un mismo grupo de consolidación fiscal que haya optado por el régimen regulado en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Impuesto.*
2. *A las realizadas con sus miembros por las agrupaciones de interés económico de acuerdo con lo previsto en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico, y las uniones temporales de empresas, reguladas en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo industrial regional e inscritas en el registro especial del Ministerio de Economía y Hacienda.*
3. *Las realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición de valores.*

Esta exoneración de la obligación de documentar no afecta a la regla de valoración a criterios de mercado, es decir, estas operaciones se deben valorar por su valor de mercado. Cuando una empresa integrada dentro del grupo de consolidación realiza una operación vinculada con otra empresa que no forma parte del grupo de consolidación, para la operación vinculada realizada entre ambas, se mantiene la obligación de documentar por parte de cada una de ellas.

- m) Fecha de entrada en vigor: la disposición adicional séptima de la Ley 36/2006 establece que la obligación de documentación será exigible a los tres meses siguientes de la entra-

da en vigor de la norma reglamentaria que desarrolle dichas obligaciones, es decir, teniendo en cuenta que el Real Decreto 1793/2008 se publica en el BOE el 18 de noviembre, y lo dispuesto en su disposición transitoria tercera, las nuevas obligaciones de documentación serán exigibles para las operaciones vinculadas que se realicen a partir del 19 de febrero de 2009, según criterio de devengo contable. El criterio administrativo [DGT V1567-09 (NFC033753)] señala que todas las operaciones que se realicen a partir del 19 de febrero de 2009 sean puntuales, continuadas o de tracto sucesivo, deberán documentarse. Por ello, cuando el periodo impositivo de la entidad coincide con el año natural, la documentación obligatoria deberá estar disponible a partir del 25 de julio, pasados los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo, el 31 de diciembre en este caso.

Por tanto, ¿qué ocurre con todas las operaciones realizadas desde la entrada en vigor de la Ley 36/2006, el 1 de diciembre, y el 18 de febrero de 2009, pues sí que existía obligación de valorar a valor de mercado? En este sentido, creemos que la documentación acreditativa del valor de mercado declarado no tiene un formato específico como el establecido en los artículos 19 y 20 del RIS, desde su entrada en vigor; pero, de acuerdo con la remisión que hace la exposición de motivos de la Ley 36/2006 a las Directrices de precios de la OCDE y al Código de conducta de la Unión Europea, se puede pensar que hay que documentar, como justificación del análisis de comparabilidad realizado y del método de valoración elegido, pero sin que se pueda aplicar el régimen sancionador del artículo 16.10 de la LIS. Siendo esa documentación un medio de prueba más, en los términos a los que se refiere el artículo 105 de la LGT, que podríamos considerar dentro de un análisis de comparabilidad general, basado en la metodología de las Directrices de la OCDE, pues como ya hemos comentado anteriormente en la exposición de motivos de la Ley 36/2006, la aplicación de las operaciones vinculadas debe interpretarse en base a dichas Directrices.

2. Las obligaciones de documentación del grupo al que pertenece el obligado tributario.

El artículo 19 del RIS, de acuerdo con la redacción dada por el Real Decreto 1793/2008, regula la documentación del grupo que el obligado tributario deberá aportar a requerimiento de la Administración, siempre que el mismo pertenezca a un grupo tributario. De esta regulación queremos destacar las siguientes características:

1. Periodo al que se refiere la documentación del grupo: las obligaciones documentales se referirán al periodo impositivo o de liquidación en el que el obligado tributario haya realizado operaciones vinculadas con cualquier otra entidad del grupo. Con este requisito queda claro que la documentación debe referirse al ejercicio en el que se ha realizado la transacción, por lo que no pueden considerarse como válidas, sin más, la documentación de ejercicios anteriores o posteriores a aquellos en los que se realizaron las operaciones.
2. Plazo de validez: cuando la documentación elaborada para un periodo impositivo o de liquidación continúe siendo válida en otros posteriores porque se sigan realizando las mismas

operaciones con condiciones similares no será necesario elaborar nueva documentación, sin perjuicio de que deban efectuarse las adaptaciones necesarias.

3. Grupos excluidos de la documentación: no existirá obligación de aportar documentación del grupo por el obligado tributario cuando el grupo cumpla los requisitos del artículo 108 de la LIS para ser considerado empresa de reducida dimensión. Por tanto, no existe obligación de aportar documentación sobre los grupos de reducida dimensión. En consecuencia, sólo será exigible aportar documentación del grupo cuando para el conjunto de las entidades que lo forman el importe neto de la cifra de negocios del periodo anterior sea igual o superior a 8 millones de euros. Además, en el apartado 3 del citado artículo 108 se establece que cuando la entidad forme parte de un grupo de entidades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, el importe de la cifra de negocios se referirá al conjunto de entidades pertenecientes a dicho grupo. Teniendo en cuenta el régimen sancionador es muy importante tener claro si hay grupo en los términos del artículo 108 de la LIS o no, pues qué ocurre si como consecuencia de la comprobación sobre una de las empresas del grupo se incrementa su volumen de ventas por ajustes de valor, y no se ha elaborado la documentación del grupo por no alcanzar los 8 millones de euros antes de la comprobación. ¿Sería sancionable dicha ausencia por cada dato o conjunto de datos del artículo 19 del RIS?

En una Resolución de 29 de enero de 2009 (NFC032031), el TEAC ha considerado que para poder aplicarse el régimen fiscal beneficioso de las empresas de reducida dimensión es necesario realizar una actividad económica.

EJEMPLO 2:

1. La sociedad «A» controla el 60 por 100 del capital de la Sociedad «B», a la que compra a lo largo del año el 90 por 100 de las materias primas que necesita para su actividad industrial.

La cifra de negocios, en millones de euros, ha sido la siguiente:

	2008	2009
Sociedad «A»	6	5
Sociedad «B»	4	2
	10	7

Ambas sociedades constituyen un grupo en los términos del artículo 42 del Código de Comercio.

2009: como la cifra neta de negocios es superior a 8 de millones de euros en 2008, en el ejercicio 2009 no puede acogerse al régimen de las empresas de reducida dimensión, por lo que existe obligación de presentar la documentación del grupo.

.../...

.../...

2010: como en 2009 sólo facturan por 7 millones de euros, son empresas de reducida dimensión y no existe obligación de presentar documentación del grupo.

2. Don XX es titular del 60 por 100 del capital de la sociedad «A» y del 70 por 100 de la sociedad «B». Ambas sociedades realizan operaciones entre ellas.

La cifra de negocios, en millones de euros, ha sido la siguiente:

	2008	2009
Sociedad «A»	6	5
Sociedad «B»	4	2
	10	7

En este caso no hay grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

Ni en 2009 ni en 2010 existe obligación de presentar documentación del grupo, al no existir como tal, sólo la correspondiente a cada una de ellas.

4. Contenido de la documentación:

- «a) Descripción general de la estructura organizativa, jurídica y operativa del grupo, así como cualquier cambio relevante en la misma.
- b) Identificación de las distintas entidades que, formando parte del grupo, realicen operaciones vinculadas en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario.
- c) Descripción general de la naturaleza, importes y flujos de las operaciones vinculadas entre las entidades del grupo en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario.
- d) Descripción general de las funciones ejercidas y de los riesgos asumidos por las distintas entidades del grupo en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario, incluyendo los cambios respecto del periodo impositivo o de liquidación anterior.
- e) Una relación de la titularidad de las patentes, marcas, nombres comerciales y demás activos intangibles en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario, así como el importe de las contraprestaciones derivadas de su utilización.

- f) Una descripción de la política del grupo en materia de precios de transferencia que incluya el método o métodos de fijación de los precios adoptado por el grupo, que justifique su adecuación al principio de libre competencia.
- g) Relación de los acuerdos de reparto de costes y contratos de prestación de servicios entre entidades del grupo, en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario.
- h) Relación de los acuerdos previos de valoración o procedimientos amistosos celebrados o en curso relativos a las entidades del grupo en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario.
- i) La memoria del grupo o, en su defecto, informe anual equivalente.»

De este listado podemos ver que la documentación a aportar es fundamentalmente descriptiva, de carácter general, por lo que a veces puede ser de difícil concreción, letras a), c), d), f) e i), aunque en la letra f) se exige explícitamente la política de precios del grupo, con expresión del método elegido y su justificación. Como las entidades de un grupo pueden realizar diferentes operaciones entre sí, unas afectadas directamente y otras indirectamente, esta afectación indirecta es de muy difícil concreción a efectos de la elaboración de la documentación, pues por el concepto de grupo y la aplicación de la regla de las operaciones vinculadas las entidades que lo integran no conforman su voluntad de manera autónoma como en libre competencia entre empresas independientes. En consecuencia, se puede crear una situación de inseguridad jurídica ya que el grupo intentará maximizar el beneficio con independencia de las operaciones vinculadas realizadas por cada una de las entidades que lo integran y de la mayor o menor afectación indirecta que exista entre cada una de las operaciones.

Para cada entidad la documentación del grupo puede ser distinta según la naturaleza de las operaciones realizadas y de sus condiciones.

Resulta curioso que se pida información sobre la política de precios del grupo pero no sobre la naturaleza del negocio del grupo, su estrategia empresarial, los cambios recientes y las reestructuraciones de negocio habidas, como propone el Código de Conducta, mientras que se exige la memoria del grupo o informe anual que no plantea el citado Código.

Régimen sancionador.

También conviene recordar que a efectos del régimen sancionador, siempre aplicable sobre el obligado tributario, por cada dato o conjunto de datos omitido, inexacto o falso, tienen la consideración de:

- Conjunto de datos: la información a que se refieren cada una de las letras a), c), d), f) e i). En este sentido una cuestión frecuente puede ser cómo saber con certeza que las funciones ejercidas y los riesgos asumidos por una de las entidades del grupo no han afectado indirectamente a la operación vinculada realizada por el obligado tributario con otra entidad del grupo.

- Dato: la información relativa a cada una de las personas, entidades o importes mencionados en las letras b) y e). Muchas veces no será fácil determinar si cada una de las patentes, marcas, nombres comerciales y demás activos intangibles titularidad del grupo afectan o no indirectamente a la operación vinculada realizada por el obligado tributario; así como cada uno de los acuerdos de reparto de costes, contratos de prestación de servicios, sea escrito o no; acuerdos previos de valoración y procedimientos amistosos a los que se refieren las letras g) y h).

3. Las obligaciones de documentación del obligado tributario.

El artículo 20 del RIS, de acuerdo con la redacción dada por el Real Decreto 1793/2008, regula la documentación específica que el obligado tributario deberá aportar a requerimiento de la Administración, pertenezca o no a un grupo tributario. De esta regulación queremos destacar las siguientes características:

- a) Periodo al que se refiere la documentación: las obligaciones documentales se referirán al periodo impositivo o de liquidación en el que el obligado tributario haya realizado operaciones vinculadas con cualquier entidad, pertenezca o no a un grupo. Con este requisito queda claro que la documentación debe referirse al ejercicio en el que se ha realizado la transacción, por lo que no puede considerarse como válida sin más la documentación de ejercicios anteriores o posteriores a aquellos en los que se realizaron las operaciones.
- b) Plazo de validez de la documentación: cuando la documentación elaborada para un periodo impositivo o de liquidación continúe siendo válida en otros posteriores, porque se sigan realizando las mismas operaciones con condiciones similares, no será necesario elaborar nueva documentación, sin perjuicio de que deban efectuarse las adaptaciones necesarias. Ambos requisitos, referidos al periodo y plazo, obviamente, son idénticos a los que hemos visto anteriormente para el grupo.
- c) Contenido de la documentación.

3.1. Obligación general de documentación.

Todo obligado tributario que realice una operación vinculada según el artículo 20.1 del RIS debe elaborar la documentación específica de acuerdo con los criterios que vamos a analizar a continuación, excepto que se encuentre en alguno de los supuestos de excepción de esa obligación general, como consecuencia de la modulación ya comentada a que se refiere el preámbulo del Real Decreto 1793/2008 y que se concreta en el apartado 3 del artículo 20 del RIS como veremos más adelante.

Esta obligación documental se concreta en los siguientes contenidos:

- «a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, domicilio fiscal y número de identificación fiscal del obligado tributario y de las personas o entidades con las que

se realice la operación, así como descripción detallada de su naturaleza, características e importe.

Asimismo, cuando se trate de operaciones realizadas con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, deberá identificarse a las personas que, en nombre de dichas personas o entidades, hayan intervenido en la operación y, en caso de que se trate de operaciones con entidades, la identificación de los administradores de las mismas».

La información debe ser detallada para comprender la naturaleza y características de cada operación, sin perjuicio de la posibilidad de realizar la agregación de aquellas operaciones que sean agregables. El problema está en cuál es el límite del nivel de detalle hasta el que hay que descender, que no puede ser otro que el de la normal comprensión de la operación teniendo en cuenta la información que se va a suministrar dentro del conjunto de la obligación de documentación. Sorprende que no se pida información sobre el sector de actividad y la estrategia empresarial del obligado tributario, así como su relación con la del grupo. Cuando se trate de operaciones vinculadas realizadas con paraísos fiscales, además de la anterior información, se exige otra específica para identificar a la persona que haya actuado en nombre de los vinculados y, si se trata de una entidad residente, el nombre de los administradores; se intenta en definitiva tener una identificación personal de los residentes en el paraíso fiscal.

«b) Análisis de comparabilidad en los términos descritos en el artículo 16.2 del RIS.

c) Explicación relativa a la selección del método de valoración elegido, incluyendo una descripción de las razones que justificaron la elección del mismo, así como su forma de aplicación, y la especificación del valor o intervalo de valores derivados del mismo.»

Como vemos, el análisis de comparabilidad forma parte de las obligaciones de documentación. El artículo 16 del RIS regula dicho análisis como un proceso necesario para la determinación del valor de mercado, que junto con la información constituyen los factores que determinarán la elección del método de valoración más adecuado; por tanto, ambas exigencias de información están interrelacionadas, de tal forma que no se puede explicar razonablemente la elección de un método o métodos sin hacer referencia al análisis de comparabilidad realizado. También se exige que se explique cómo se ha aplicado el valor o intervalo de valores que se han obtenido y utilizado, pues como señalan las Directrices de la OCDE el valor de mercado no es un valor absoluto sino que éste puede moverse dentro de un rango de mercado y por ello el obligado tributario en su análisis de comparabilidad, de acuerdo con los comparables de que haya podido disponer habrá obtenido un valor o un intervalo de valores en función de las técnicas estadísticas de que se haya servido. En cualquier caso dicha explicación deberá ser suficientemente clara para que la Administración pueda entender por qué se ha elegido el método/os, cómo se han aplicado y el valor o valores considerados. Aquí habrá que identificar los comparables externos e internos que se han utilizado.

«d) Criterios de reparto de gastos en concepto de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, así como los correspondientes acuerdos, si los hubiera, y acuerdos de reparto de costes a que se refiere el artículo 17 del RIS.»

El artículo 16.5 de la LIS regula la deducción de los gastos en concepto de servicios entre entidades pero ahora lo que se pide es la información sobre el reparto de gastos realizado y, si los hubiere, los acuerdos alcanzados para su reparto, todo ello sin perjuicio de que como operación vinculada debe aportar la documentación exigible a la misma, pues tales servicios deben valorarse a valor de mercado. A su vez, el artículo 16.6 de la LIS regula la deducción de los gastos derivados de un acuerdo de reparto de costes. Pero en este caso el artículo 17 del RIS desarrolla los requisitos que deben cumplir dichos acuerdos suscritos por el obligado tributario para que los mismos sean deducibles, que son los siguientes:

- La identificación de las demás personas o entidades participantes, en los términos previstos en la letra a) del apartado 1 del artículo 20 del RIS.
- El ámbito de las actividades y proyectos específicos cubiertos por los acuerdos.
- Su duración.
- Criterios para cuantificar el reparto de los beneficios esperados entre los partícipes.
- La forma de cálculo de sus respectivas aportaciones.
- Especificación de las tareas y responsabilidades de los partícipes.
- Consecuencias de la adhesión o retirada de los partícipes.
- Cualquier otra disposición que prevea adaptar los términos del acuerdo para reflejar una modificación de las circunstancias económicas.

Toda esta información específica tiene como finalidad facilitar a la Administración la tarea de verificar si se cumple la regla de proporcionalidad entre los costes incurridos y los derechos y beneficios o utilidades que se derivan de los resultados conseguidos.

- «e) Cualquier otra información relevante de la que haya dispuesto el obligado tributario para determinar la valoración de sus operaciones vinculadas, así como los pactos parasociales suscritos con otros socios.»

Esta información es de carácter abierto y sometida al criterio del obligado tributario, quien deberá incorporarla cuando la considere adecuada y conveniente para una mejor comprensión de la operación vinculada.

Un «Pacto parasocial» es un acuerdo entre accionistas de una sociedad que se establece para definir la orientación del voto en las juntas generales, o con el fin de establecer límites o condiciones a la libre transmisibilidad de sus acciones (o de valores convertibles o canjeables por acciones). Los pactos parasociales son pactos privados amparados por el artículo 1.255 del Código Civil, que se utilizan para regular todos los aspectos que la propia sociedad y sus partícipes creen convenientes e imprescindibles. Se trata pues de un contrato privado entendido como un conjunto de pactos o normas que regirán el funcionamiento societario, las relaciones entre los socios y la sociedad, las relaciones de los socios entre sí y la forma

en que éstos actuarán frente a terceros. La LIS sólo plantea la exigencia de documentar las operaciones vinculadas, pero en este caso se está exigiendo información totalmente ajena en muchos casos a las mismas.

3.2. Obligaciones reducidas de documentación.

De acuerdo con el artículo 20.3 del RIS «Las obligaciones documentales previstas con carácter general no serán exigibles en su totalidad, cuando una de las partes que intervenga en la operación sea:

- Una de las entidades a que se refiere el artículo 108 de la LIS.
- O una persona física.
- Y no se trate de operaciones realizadas con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales».

EJEMPLO 3:

1. La sociedad «A» controla el 70 por 100 del capital de la sociedad «B» y realizan operaciones entre sí.

La cifra de negocios, en millones de euros, ha sido la siguiente:

	2008	2009	2010
Sociedad «A»	9	20	5
Sociedad «B»	5	4	2
	14	24	7

Ambas sociedades constituyen un grupo en los términos del artículo 42 del Código de Comercio.

2009 y 2010: ambas entidades pueden acogerse al régimen de las empresas de obligación reducida de documentación. En el caso de la sociedad «A» sólo para las operaciones que realiza con la sociedad «B». Si «A» hace operaciones vinculadas con otra sociedad «C», que factura 30 millones de euros, por todas estas operaciones está sometida al régimen general de documentación. Es decir, «A», puede estar sometida a los dos tipos de obligaciones de documentación.

2. Don XX es titular del 60 por 100 del capital de la sociedad «A» y del 70 por 100 de la sociedad «B». Ambas sociedades realizan operaciones entre ellas y el socio persona física, en el ámbito de su actividad económica, ha realizado a la sociedad «A» compras en cada año, 2009 y 2010, por valor de 10 millones de euros y a la sociedad «B» ventas por valor de 6 millones en 2009 y de 9 millones en 2010.

.../...

.../...

La cifra de negocios de las sociedades, en millones de euros, ha sido la siguiente:

	2009	2010
Sociedad «A»	20	15
Sociedad «B»	10	12
	30	27

En este caso no hay grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

Tanto en 2009 como en 2010, todas las partes vinculadas, la persona física y las entidades, pueden presentar documentación reducida por esas operaciones.

Por las operaciones que realicen entre sí «A» y «B», deben cumplir la obligación general de documentación.

3. Don XX, que como persona física no ejerce ninguna actividad económica, es titular del 60 por 100 del capital de la sociedad «A» a la que en 2009 vende una nave industrial y en 2010 compra una plaza de garaje.

La cifra de negocios de la entidad, en millones de euros, ha sido la siguiente:

	2009	2010
Sociedad «A»	6	20

En este caso no hay grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

Tanto en 2009 como en 2010, sólo la entidad tiene obligación de presentar documentación reducida.

Por tanto, es suficiente con que una de las dos partes que interviene en la operación vinculada cumpla estos requisitos, en el caso de tratarse de entidades estén integradas o no cualquiera de ellas en un grupo, para que se rebajen las obligaciones de documentación a ambas partes, excepto que alguna de ellas sea residente en un paraíso fiscal, en cuyo caso las obligaciones específicas de documentación de los obligados tributarios serán las generales.

Cuando en una operación vinculada intervenga una persona física entendemos que solamente tiene obligación de documentar si dicha operación ha sido realizada en el ámbito de su actividad económica, de acuerdo con el artículo 28 del LIRPF. Cuestión distinta es la regla de valoración especial del artículo 41 de la LIRPF, que remite obligatoriamente al artículo 16 de la LIS, se haya realizado la operación vinculada en el ámbito personal o dentro de una actividad económica.

Contenido de la documentación reducida:

De acuerdo con el artículo 20.3 del RIS esta documentación es la siguiente:

- «1. Cuando se trate de operaciones realizadas por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a los que resulte de aplicación el régimen de estimación objetiva con sociedades en las que aquéllos o sus cónyuges, ascendientes o descendientes, de forma individual o conjuntamente entre todos ellos, tengan un porcentaje igual o superior al 25 por 100 del capital social o de los fondos propios.

Sólo las previstas en las letras a), b), c) y e) del artículo 20.1 del RIS.

2. Cuando la operación consista en la transmisión de negocios o valores o participaciones representativos de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidades no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE.

Las previstas en las letras a) y e) del artículo 20.1 del RIS, así como las magnitudes, porcentajes, ratios, tipos de interés aplicables a los descuentos de flujos, expectativas y demás valores empleados en la determinación del valor.»

En este caso, frente a la lista cerrada de métodos de valoración que da el artículo 16.4 de la LIS, el RIS sigue el criterio del marco conceptual de la contabilidad, dentro del PGC, que, en el ordinal 6.º al describir el valor razonable y el uso de modelos y técnicas de valoración, se refiere al método de descuento de flujos de efectivo, abandonando así dicha lista a favor de una interpretación más abierta, siguiendo las propias Directrices de la OCDE, de tal forma que cuando se trata de estas operaciones, entendemos que con independencia de su volumen, la utilización de otros métodos resulta necesaria y oportuna.

- «3. En los supuestos de transmisión de inmuebles o de operaciones sobre intangibles.

Las previstas en las letras a), c) y e) del artículo 20.1 del RIS.

4. Cuando se trate de las prestaciones de servicios profesionales a las que les resulte de aplicación lo previsto en el artículo 16.6 del RIS.

La prevista en la letra a) del artículo 20.1 del RIS, así como la justificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 16.6 del RIS.

5. En los restantes casos.

Las previstas en las letras a) y e) del artículo 20.1 del RIS, así como la identificación del método de valoración utilizado y el intervalo de valores derivados del mismo.»

Es decir, todas las operaciones soportan unas obligaciones de documentación reducidas, en función de las características subjetivas de las partes o del tipo de operaciones.

Régimen sancionador.

También conviene recordar que a efectos de la aplicación del régimen sancionador por cada dato o conjunto de datos omitido, inexacto o falso, tienen la consideración de:

- Conjunto de datos: en relación con cada operación o conjunto de operaciones, cuando éstas se encuentren estrechamente ligadas entre sí o hayan sido realizadas de forma continua, constituyen distintos conjuntos de datos la información a que se refieren cada una de las letras b), c), d) y e) del apartado 1 del artículo 20 del RIS y las descritas en las letras b), d) y e) del apartado 3 del artículo 20 del RIS.
- Dato: la información relativa a cada una de las personas a que se refiere la letra a) del apartado 1.

En el siguiente cuadro podemos ver la documentación reducida del obligado tributario de acuerdo con el artículo 20.3 del RIS.

DOCUMENTACIÓN OBLIGADO TRIBUTARIO (art. 20 RIS)

Características Tipo Documentación general (art. 20.1 RIS)	Documentación reducida (art. 20.3 RIS)					RS
	P. física en EO con control 25% entidad [art. 20.3 a)]	Transmisión de negocios o valores no cotizados [art. 20.3 b)]	Transmisión de inmuebles u operaciones sobre intangibles [art. 20.3 c)]	Servicios profesionales socios a sociedades profesionales [art. 20.3 d)]	Resto casos	
a) Nombre, apellidos, razón social, NIF del OT y de los que realizan OV y descripción detallada, naturaleza, características e importes.	sí	sí	sí	sí	sí	Dato: La información de cada persona o entidad
b) Análisis de comparabilidad	sí	—	—	—	—	CD
c) Explicación y justificación método de valoración elegido y valor o intervalo de valores derivado	sí	—	sí	—	sí ⁽¹⁾	CD
d) Criterio reparto de gastos por prestación de servicios y acuerdo reparto de costes	—	—	—	—	—	CD
e) Cualquier otra información relevante utilizada y pactos parasociales	sí	sí	sí	—	sí	CD
[art. 20.3 b) RIS] Ratios, tipos de interés aplicables a los descuentos de flujos, expectativas y demás valores.	—	sí	—	—	—	CD
[art. 20.3 c) RIS] Justificación cumplimiento requisitos art. 16.6 RIS por profesionales socios.	—	—	—	sí	—	—
Régimen sancionador (RS)		CD		CD	CD	CD

OT: obligado tributario; OV: operación vinculada; EO estimación objetiva; CD: conjunto de datos.

⁽¹⁾ Sólo identificación del método de valoración elegido y el intervalo de valores derivado.

EJEMPLO 4:

Don XX ejerce la actividad económica de panadería y bollería en estimación directa en IRPF, siendo él el único titular de la actividad. Está casado con doña YY en régimen de separación de bienes. A su vez, don XX tiene el 70 por 100 del capital social de la sociedad anónima «La Harinera». Con otro socio que controla el 20 por 100 del capital de la sociedad anónima tiene suscrito un acuerdo por el que si durante los tres próximos años los beneficios crecen al 10 por 100 acumulado, le compra su participación a un precio convenido.

En el año anterior la facturación de la sociedad anónima ha sido de 9 millones de euros y don XX le adquiere el 80 por 100 de sus necesidades de harina en cuatro entregas trimestrales a lo largo del año, por igual importe y en las mismas condiciones. El local en el que ejerce su actividad de panadería es propiedad exclusiva de su cónyuge, que también tiene alquilada una nave industrial a la sociedad anónima «La Harinera»; en diciembre vende la nave a la sociedad anónima. La sociedad anónima controla el 20 por 100 del capital social de otra sociedad «La Triguera» a la que compra el 50 por 100 de sus necesidades de cereales, con entregas mensuales de las mismas cantidades y en idénticas condiciones. En el año anterior «La Triguera» ha facturado 10 millones de euros.

La información a suministrar será la siguiente:

a) Doña YY.

Como persona física que no ejerce actividad económica no tiene ninguna obligación de documentar. Por la cesión del local a su marido no hay operación vinculada, otro tema es la regla de valoración a que se refiere el artículo 30.2.3.^a del IRPF. Por el alquiler y venta de la nave a sociedad anónima «La Harinera» sí que hay operación vinculada, con obligación de valorar por el artículo 41 del IRPF a valor de mercado, pero no debe documentar la operación por el artículo 20 del RIS.

b) Don XX.

Como titular de la actividad económica, por la cesión del local donde ejerce su actividad cuyo titular es doña YY, debe valor la misma de acuerdo con el artículo 30.2.3.^a del IRPF, pero no hay operación vinculada. Por las compras que realiza a la sociedad anónima «La Harinera» sí que hay operación vinculada y como persona física sólo debe documentar el contenido de las letras a) y e) a que se refiere el artículo 20.1 del RIS, así como debe identificar el método de valoración utilizado y el intervalo de valores derivados del mismo y los pactos parasociales; si ha encontrado comparables externos o internos y el método utilizado ha sido el del precio libre comparable es suficiente con su identificación y los intervalos de valores derivados de los comparables.

También debe informar del acuerdo parasocial por el cual tiene previsto comprar a otro socio su participación a un precio convenido en función de los beneficios esperados.

c) Sociedad anónima «La Harinera».

Como en el año anterior su facturación ha sido de 9 millones no puede acogerse a la documentación reducida con carácter general, pero debemos distinguir las operaciones

.../...

.../...

vinculadas de venta a la persona física y las compras a la otra entidad vinculada en las que ambas partes tienen obligación de documentar.

1. Venta de harinas a don XX.

Es una operación vinculada pero como en la misma una de las partes es una persona física que ejerce una actividad económica se puede aplicar la regla de documentación reducida del artículo 20.3 del RIS.

Por tanto, su obligación de documentación se reduce a la prevista en el artículo 20.1 a) y e) del RIS, así como a la identificación del método de valoración empleado y el intervalo de valores derivados del mismo.

2. Compra de cereales a la sociedad anónima «La Triguera».

Como ambas entidades han facturado en el año anterior más de 8 millones de euros, y la compra es una operación vinculada, sin que haya grupo, debe cumplir con todas las obligaciones a que se refiere el artículo 20.1 del RIS, es decir, el paquete general.

3. Alquiler de la nave y compra a doña YY.

Como ya hemos comentado, doña YY no tiene obligación de documentar por estas operaciones, pero la sociedad «La Harinera» sí; ahora bien, como la operación se realiza con una persona física, sus obligaciones serán las del artículo 20.3 del RIS. Por el alquiler debe cumplir las obligaciones previstas en el artículo 20.3 e) del RIS, mientras que por la compra del inmueble las del artículo 20.3 c) del RIS, es decir, las previstas por el artículo 20.1 a), c) y e) del RIS. Así, aunque las obligaciones de información son las reducidas, de acuerdo con la diferente naturaleza de cada operación, arrendamiento del inmueble y posterior venta, para cada una se exige un contenido específico de documentación.

Por tanto, vemos cómo para cada tipo de operación vinculada puede existir diferente contenido de documentación, en función de las características subjetivas de las partes y de la propia naturaleza de la operación.

c) Sociedad anónima «La Triguera».

Como ha facturado en el año anterior 10 millones de euros, por su operación vinculada de venta de cereales a «La Harinera», que facturó 9 millones de euros, debe cumplir la obligación de documentación general del artículo 20.1 del RIS.

DISQUISICIONES ACERCA DEL PLAZO PARA INSTAR LA TPC HABIENDO MEDIADO SU RESERVA PREVIA

JAVIER GÓMEZ TABOADA

Abogado tributarista (miembro del Consejo Asesor de la AEDAF)

Extracto:

LA tasa pericial contradictoria (TPC) y su reserva previa se instrumentan como mecanismos básicos que buscan la efectiva y legítima defensa de los intereses de los contribuyentes en los procesos de comprobación de valores.

El plazo para instar efectivamente la TPC cuando ha mediado la reserva previa ha sido objeto de interpretaciones jurisdiccionales que conllevan distorsiones procedimentales. El debate se suscita, una vez más, a raíz del desafortunado concepto de «firmeza en vía administrativa» que ha sido indebidamente interpretado como la fecha de notificación del acuerdo que resuelva el recurso o reclamación interpuesta contra la comprobación de valores, siendo así que lo ortodoxo hubiera sido interpretar que la consagración de la firmeza se demora hasta el vencimiento del plazo para acudir a la siguiente instancia (sea ésta todavía administrativa o ya judicial).

La trascendencia de la fecha en la que la firmeza quede consagrada es que determinará el *dies a quo* para que se inste efectivamente la TPC (con sus relevantes efectos suspensivos).

Palabras clave: TPC, reserva, *dies a quo*, plazo y suspensión.

DISQUISITIONS ABOUT THE DEADLINE TO REQUEST THE CONTRADICTORY EXPERT PRICING AFTER HAVING PREVIOUSLY RESERVED

JAVIER GÓMEZ TABOADA

Abogado tributarista (miembro del Consejo Asesor de la AEDAF)

Abstract:

CONTRADICTORY Expert Pricing (CEP) and its reservation are configured as basic mechanisms aimed the effective and legitimate defense of the interests of taxpayers in the process of checking values.

The deadline for applying effectively the CEP after having previously reserved is a subject that has been judicial interpretations involving procedural distortions. The argument is raised, one more time, following the unfortunate concept of «finality in administrative proceedings» that has been wrongly interpreted as the date of notification of the agreement to settle the action or claim brought against the checking of values, whereas the orthodox interpretation would have been the consecration of the «finality in administrative proceedings» is delayed until the deadline to attend the next instance (whether administrative or even judicial already).

The significance of the date on which the firmly is consecrate determine the «dies a quo» for applying effectively the CEP (with its relevant suspense effects).

Keywords: CEP, reservation, *dies a quo* and suspension.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El núcleo de la controversia: el plazo.
 - a) El *dies a quo*.
 - b) El *dies ad quem*.
- III. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En el seno del procedimiento de comprobación de valores, genéricamente regulado en la Subsección 4.^a de la Sección 2.^a del Capítulo III del Título III («La aplicación de los tributos») de la Ley General Tributaria (LGT; Ley 58/2003, Ley de 17/12), se contempla en el artículo 135 la tasación pericial contradictoria (TPC) como un método de confirmación o, en su caso, corrección cuantitativa de las valoraciones que resulten de aplicar los medios valorativos específicamente contemplados en el artículo 57.1 de la LGT.

La TPC, método ya clásico en nuestro sistema tributario, adquiere una especial relevancia por las sustanciales ventajas garantistas que aporta al contribuyente: i) de fondo, pues permite someter la valoración administrativa al peritaje de terceros ajenos a la Administración Tributaria –aquí entendida como local, autonómica o estatal– con lo que ello supone en términos de objetividad e imparcialidad; e ii) de procedimiento, pues ya su mera solicitud conlleva la suspensión de la ejecución de la liquidación –que, a estos efectos, cabría identificar con el ingreso y algún otro eventual efecto extrarrecaudatorio colateral– y del plazo para impugnar ésta (aspecto este último que, entiendo, es con cierta frecuencia ignorado tanto por el contribuyente como por la propia Administración).

En lo que aquí interesa cabe destacar que el apartado 1 del ya mencionado artículo 135 de la LGT prevé la posibilidad de que «en los casos en que la normativa propia del tributo así lo prevea, el interesado podrá reservarse el derecho a promover la TPC cuando estime que la notificación no contiene expresión suficiente de los datos y motivos tenidos en cuenta para elevar los valores declarados y denuncie dicha omisión en un recurso o reclamación económico-administrativa». La *ratio legis* de esta posibilidad de reserva cabría entenderla en que, mediando una imposibilidad –real o meramente presunta– de entendimiento, de comprensión, de la comprobación de valores por adolecer de la necesaria motivación, lo más imperioso para intentar lograr un punto de posible entendimiento entre la Administración y el contribuyente será solventar ese aparente déficit de justificación, de sustento, del valor resultante de la comprobación administrativa realizada. Así, tras la resolución que finiquite las controversias acerca de la motivación, y si se mantienen las discrepancias respecto al cuántum concreto de la comprobación, será cuando quepa entrar en el procedimiento específico de TPC.

Pues bien, ubicada ya procedimentalmente la posibilidad de reserva de TPC, hay que señalar que ésta se contempla específicamente en el artículo 120 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RITPAJD; RD 828/1995, de 29/5) ¹, siendo así que este precepto reproduce literalmente las previsiones del 135.1 de la LGT (siendo éste, en puridad, trasunto de aquél) en lo que se refiere a los efectos de la solicitud de TPC o de su mera reserva, pues ambos artículos disponen que –cualquiera de esas dos pretensiones del contribuyente– «deter-

¹ Pese a la evidencia de la ausencia de esta previsión en el ámbito del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones [tal y como tajantemente ha reconocido la propia DGT; v.gr.: contestación de 17/4/2008 (V0799/2008, NFC028983), no es menos cierto que tanto las liquidaciones giradas por alguna Comunidad Autónoma (v.gr.: Madrid) como sus propios modelos de recurso de reposición y reclamación económico-administrativa que ofrece en su página web contemplan expresamente la posibilidad de reservarse el derecho a instar la TPC y los efectos que de ésta se derivan. También en este sentido –si bien anterior a la actual LGT– Resolución del TEAC de 2/4/2003 (R.G. 504/2003, NFJ014578) o Acuerdo de la Xunta de Galicia de 24/8/2006 (posterior, en este caso, a la entrada en vigor de la hoy vigente LGT). En este mismo sentido también se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla y León de 20/10/2000.

minará la suspensión de la ejecución [del "ingreso", afirma más restrictivamente –pues lo circunscribe al mero aspecto recaudatorio– el RITPAJD] de la liquidación y del plazo para interponer recurso o reclamación contra la misma».

Este efecto suspensivo –en su doble faceta ejecutiva y temporal–, expresamente estipulado por la LGT (y el RITPAJD) por la mera reserva de la TPC, dota a esta posibilidad procedimental de un inusitado y estratégico valor para el contribuyente en la medida en que le permite acudir a esta vía para lograr demorar sin coste alguno tanto la obligación de ingreso como las vías de recurso propiamente dichas contra la liquidación que haya tomado como base el valor cuya motivación se cuestiona. Quizá, o seguramente, precisamente por eso, la reserva de la TPC se ha convertido en una de las vías que legítima o abusivamente son más utilizadas para suspender la ejecución de las liquidaciones tributarias que así lo permiten.

II. EL NÚCLEO DE LA CONTROVERSIA: EL PLAZO

Descrita así en sus justos términos la trascendencia de la reserva de la TPC, así como la frecuencia con la que se acude a ella para lograr la defensa de las pretensiones del contribuyente, lo cierto es que –en la mayoría de las ocasiones– es un instrumento meramente temporal que se agotará con la inevitable extinción de la vía administrativa del recurso interpuesto contra el acuerdo de comprobación de valores que se consideró inmotivado. Y es ahí precisamente donde surge la controversia aquí objeto de análisis.

En efecto: el segundo párrafo *in fine* del artículo 135.1 de la LGT –así como el último inciso del 120.1 RITPAJD– dispone que, en el supuesto de haber mediado la previa reserva de TPC, «(...) el plazo a que se refiere el párrafo anterior [se refiere al válido a los efectos de promover efectivamente la TPC que será el correspondiente al del primer recurso o reclamación contra la liquidación que toma como base el valor comprobado] se contará desde la fecha de firmeza en vía administrativa del acuerdo que resuelva el recurso o reclamación interpuesta», siendo así que el supuesto de hecho aquí contemplado tendría en síntesis los siguientes hitos procedimentales:

- Notificación conjunta del acto de comprobación de valores y de la liquidación que se gira en función del valor comprobado.
- Impugnación (en reposición y/o reclamación económico-administrativa en única o doble instancia) del acto de comprobación de valores alegando su carencia o ausencia de motivación, reservándose el derecho al futuro ejercicio de la TPC lo que por sí solo conlleva la suspensión *ex lege* de la ejecución (ingreso u otros efectos adicionales) de la liquidación y de los plazos para su recurso.
- Resolución del recurso de reposición o reclamación económico-administrativa que, en su caso, extinga la vía administrativa (bien porque no quepan ulteriores instancias administrativas o porque, cupiendo éstas, se decida no agotarlas).
- Reapertura *ex novo* del plazo para promover efectivamente la TPC.

Siendo así las cosas, el debate se centra en dos aspectos de ese renovado plazo para instar la TPC:

a) Cuál es el *dies a quo* para el cómputo de ese nuevo plazo; y b) Cuánto dura ese plazo o, lo que es lo mismo, cuál es su *dies ad quem*. Seguidamente analizaremos estos dos aspectos por separado.

a) El *dies a quo*.

Debo partir de la convicción –subjetiva pero no por ello menos profunda– de que la idea de la «firmeza en vía administrativa» (a estos efectos, un concepto desafortunadamente importado de la normativa administrativa general, y más en concreto de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; LRJPAC, Ley 30/1992, de 26/11) introduce indeseadas y perversas distorsiones en el procedimiento aquí objeto de análisis. Y, lo grave, es que esas disfunciones eran previsibles pues esa «firmeza en vía administrativa» es en sí misma una entelequia en la medida en que la LRJPAC permite su uso –y sus perniciosos efectos– aun en el supuesto de que ese acto administrativo que ponga fin («agote», en nuestra terminología administrativa clásica y clara, o alternatively «causar estado en vía administrativa»²) a esa vía sea impugnado en sede ya jurisdiccional. En tal supuesto no parece (para mí, al menos, no lo es) dable hablar en puridad de «firmeza», pues se entiende ésta o no circunscrita a la vía administrativa, lo cierto es que ese acto no habría devenido firme bajo ningún concepto, precisamente por haberse impugnado (o aun ser susceptible de hacerlo durante el plazo habilitado para ello) en la consiguiente instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Afortunadamente esta interpretación no es original mía sino que ya el mismísimo Tribunal Supremo (TS) en varias ocasiones ha interpretado –en términos también sostenidos por doctrina más que autorizada³– que la firmeza sólo concurre cuando el acto es inatacable procesalmente, tanto por haberse consentido como por haber agotado las vías de recurso, sean éstas administrativas o judiciales (así, entre otras, en sus Sentencias de 12/6/2000⁴, 18/9/2001, 29/1/2003 y 5/2/2004⁵)

Dejando al margen la premisa de lo desacertado del concepto «firmeza en vía administrativa» que, al objeto de ser más purista, identificaré con el agotamiento de ésta, se debe profundizar en la búsqueda del *dies a quo* del plazo válido para instar la TPC, siendo así que las interpretaciones discrepantes atribuyen tal carácter bien a la fecha de notificación del acto administrativo con el que se extingue esa vía o a la fecha de vencimiento del plazo para impugnar aquél en la instancia superior (sea ésta aún administrativa -matiz de máxima relevancia al objeto de dirimir el debate aquí suscitado- o ya judicial).

² En tal sentido se ha pronunciado el TS en sus Sentencias de 5/10/04 (rec. 4793/1999, NFJ018637) y 7/3/2005 (rec. 715/1999, NFJ019083): «(...) sólo puede entenderse como "hasta que hayan causado estado en dicha vía" (y no quepa, ya, otro recurso administrativo o económico-administrativo)».

³ «Lo que ocurre con el concepto de firmeza es un ejemplo claro de la perversión del lenguaje jurídico cuyas consecuencias son, en no pocos casos, trascendentales. Se ha instalado en nuestro legislador la idea de que la firmeza es un concepto ambivalente, que tanto vale para denominar lo que simplemente ha causado estado en vía administrativa como para identificar lo que es irrecurrible. Y, obvio es señalar, no es lo mismo una cosa que la otra. Lo que ha causado estado en vía administrativa es susceptible de ser revisado en vía judicial. Lo que es firme no es susceptible de ser revisado en instancia alguna». J. MARÍN QUERALT: «Se confirma por los tribunales la innecesariedad de avalar la suspensión de las sanciones tributarias recurridas»; *Tribuna Fiscal* (CISS), n.º 181, 11/2005, pág. 5.

⁴ «(...) no sería necesario hablar de suspensión, porque hasta la resolución de este recurso de casación, en el supuesto de que fuera desestimado, no podría decirse que la sanción había quedado firme en vía administrativa, (...)».

⁵ «(...) no es necesario hablar de suspensión porque, hasta la resolución del oportuno recurso jurisdiccional, en el supuesto de que fuera desestimado, no podrá decirse que la sanción había quedado firme en vía administrativa».

Judicialmente se ha venido sosteniendo sin aparentes fisuras que el inicio de ese cómputo «(...) se produce en el momento en que *no cabe* recurso alguno, en sede administrativa, contra la resolución (...), *motivo* por el cual *la fecha de notificación de su resolución es el dies a quo* para el cómputo del plazo del mes en que la tasación pericial contradictoria debió solicitarse» [paradigmática, por su evidencia, la STSJ-Galicia de 18/11/2009 (rec. 15289/2008, NFJ036872)]. Sin embargo, obsérvese que el razonamiento (que no quepa recurso administrativo alguno) que sirve de base a esa conclusión (la fecha de notificación es el genuino *dies a quo*), no podría generar por sí solo una respuesta unívoca como la que jurisprudencialmente se aporta sino que, en puridad, entiendo que obligaría a diferenciar los siguientes supuestos:

1. Si interpuesto un potestativo recurso de reposición contra el acuerdo de comprobación de valores, se decide no impugnar la resolución expresa de éste, lo lógico sería que el *dies a quo* fuera el del vencimiento del mes para acudir al correspondiente TEA, pues hasta entonces no nos constará de modo efectivo que no quepa recurso alguno en sede administrativa. De otro modo, si se interpretara que el plazo se computa desde la fecha de notificación de la resolución, se daría la inconsistente paradoja de que el mismo día que venciera el plazo para decidir si continuamos o no impugnando —y, en su caso, impidiendo la firmeza (agotamiento, en la terminología por mí preferida) de la vía administrativa— también concluiría el habilitado para instar la TPC, lo cual no es razonable desde ninguna perspectiva lógico-jurídica.

«Además, la lógica de las cosas también abona esta conclusión. Obsérvese que lo que se pretende es que un acto unilateral de la parte (en nuestro caso, la decisión respecto a la impugnación o no de la resolución desestimatoria del recurso de reposición) modifique automáticamente el cómputo inicial del plazo para decidir de que la Administración dispone, dada la continuidad entre ambos plazos. Si este tipo de actuaciones no tienen cabida en el derecho privado por ser necesario el consentimiento de todos los intervinientes en el negocio jurídico, con mucha menos razón son viables en el derecho público, donde la indisponibilidad de los contenidos jurídicos es la regla» [STS de 3/6/2009 (rec. 5033/2003, NFJ035725)]⁶.

2. Si, interpuesto o no el potestativo recurso de reposición, la comprobación de valores (o la resolución del hipotético y potestativo recurso interpuesto contra aquélla) se recurre ante el TEAR en primera instancia, no será hasta el agotamiento del plazo para acudir al TEAC sin que se haya instado efectivamente la alzada, cuando tengamos la fehaciencia de la inexistencia de ulteriores trámites en la vía administrativa, con lo que en este supuesto el *dies a quo* también debería ser el del vencimiento del plazo para interponer el recurso de alzada (en otro caso concurriría asimismo la paradoja antes descrita sobre la coincidencia en un mismo día de la decisión de continuar la vía impugnatoria y de instar la TPC, lo cual por principio parece que pugna con toda lógica procedimental).
3. Sólo, por tanto, en el supuesto de que aquel acto de comprobación de valores se hubiera impugnado directamente ante el TEAR (en única instancia) o bien ante el TEAC (en alzada *per saltum*), cabría llegar a identificar la fecha de notificación de la resolución económico-

⁶ Esta sentencia, si bien se refiere a un caso distinto —cómputo del plazo de alegaciones al acta incoada por la Inspección de la AEAT—, no es menos cierto que su argumentación parece plenamente trasladable al supuesto que aquí nos ocupa.

administrativa con la de la indubitada constancia de la inexistencia de ulteriores instancias administrativas, razón por la que –siempre según el razonamiento esgrimido jurisprudencialmente y aquí no compartido– ése podría llegar a ser el *dies a quo* (y ello haciendo abstracción del supuesto que luego plantearemos respecto a la eventual incidencia de la interposición de un recurso de anulación).

No obstante lo anterior, ese razonamiento jurisprudencial que fija el *dies a quo* en la fecha de notificación no me parece de recibo pues no sólo no es homogéneo y unívoco (lo cual ya de por sí introduce un intolerable grado de inseguridad jurídica) sino que entiendo –insisto– que la «firmeza en vía administrativa» debe interpretarse como asimilada al agotamiento, en el sentido de que no será hasta la finalización efectiva del plazo para acudir a la siguiente instancia, sea ésta administrativa (decidiendo no agotarla) o ya judicial (que no habrá que identificar necesariamente con la fecha de interposición efectiva del correspondiente recurso contencioso, pues siempre cabría su desistimiento) cuando deba entenderse que es el *dies a quo* para instar la TPC pues lo contrario –además de la ya apuntada multiplicidad y disparidad de supuestos– obviaría la amplia casuística que podría concurrir aun sin haberse consumido el plazo para la vía contenciosa, tales como la interposición de un hipotético recurso de anulación (art. 239.6 LGT) o, incluso, de un extraordinario de revisión (art. 244 LGT).

No se debe perder de vista que la trascendencia del plazo para instar efectivamente la TPC no lo es a los únicos efectos de la pérdida o no de esa vía de defensa, sino también del mantenimiento de los efectos suspensivos derivados *ex lege* de su mera reserva, pues de entenderse que ha transcurrido el plazo para promover la TPC sin que se haya solicitado de modo efectivo, decaería la suspensión automática sobre la ejecución (*v.gr.*: obligación de ingreso e hipotéticos efectos extrarrecudatorios colaterales) pudiendo incurrirse en situaciones de procedimiento ejecutivo de recaudación, con sus relevantes y evidentes perjuicios económicos.

A este respecto cabe apuntar, además, que la interpretación de que el plazo para el ejercicio de la TPC transcurra desde la notificación del acto que pone fin a la vía administrativa podría generar efectos distorsionadores sobre la hipotética suspensión cautelar que el órgano jurisdiccional pueda conceder ya en el seno del recurso contencioso. En efecto, una vez vencido el plazo de un mes tras la notificación del acto que agota la vía administrativa, el contribuyente aún contaría con un mes adicional para acudir a la vía judicial impugnando ese acto y solicitando su suspensión cautelar que la Administración, probablemente, desatendería –aun habiéndosele comunicado en tiempo y forma la interposición del recurso con su consiguiente solicitud de suspensión (ex art. 233.8 LGT)⁷– precisamente por interpretar que ha decaído toda suspensión que pudiera operar sobre el acto impugnado⁸.

⁷ Sobre este particular se ha pronunciado muy certeramente, con un análisis detallado de los diversos supuestos de hecho que pueden darse, J.I. RUIZ DE PALACIOS VILLAVEDE: «Problemas prácticos derivados de la suspensión sin garantías de una liquidación tributaria por reserva de tasación pericial contradictoria»; *Revista Fiscal* (Francis Lefebvre) n.º 123 (2006).

⁸ Adicionalmente a lo anterior, la errónea identificación de la firmeza con el mero agotamiento de la vía administrativa (y no con su inimpugnabilidad ya sea en sede administrativa o jurisdiccional) podría provocar perversas distorsiones: piénsese así en que el pronunciamiento judicial que recaiga en el recurso contencioso planteado contra el acto de comprobación de valores estime las pretensiones del demandante y que esa sentencia se dicte cuando el procedimiento administrativo de la TPC (desarrollado paralela e independientemente del proceso judicial) ya hubiera concluido atribuyendo un valor que se ha trasladado a una liquidación ya firme y satisfecha por el contribuyente.

Adicionalmente a todo lo ya apuntado, cabe hacer algunas reflexiones acerca de una apreciación accesoria que aporta la ya mencionada Sentencia del TSJ-Galicia de 18/11/2009 (rec. 15289/2008, NFJ036872) al señalar expresamente que «(...) la firmeza en vía administrativa del acuerdo que resuelve la reclamación interpuesta, (...), se produce en el momento en que no cabe recurso alguno, en sede administrativa, contra la resolución del órgano económico-administrativo (*aunque se haya interpuesto uno improcedente*), (...)». Varias son las observaciones que merece este último inciso:

1. La improcedencia o no de ese eventual recurso interpuesto contra la resolución económico-administrativa será declarada, en su caso, por el órgano competente para ello y en el momento en que así proceda. Mientras tanto, lo cierto es que una interpretación básica del *fumus boni iuris* nos llevaría a sostener cautelarmente como conforme a derecho la interposición de ese recurso, lo que *prima facie* debería conllevar una automática dilación de la firmeza en vía administrativa y, en consecuencia, en el *dies a quo* para la solicitud efectiva de la TPC.
2. «El recurso de anulación (...), podrá interponerse contra los acuerdos y resoluciones que pongan término en cualquier instancia –eventual exceso reglamentario pues el art. 239.6 LGT parece restringir el recurso de anulación a las resoluciones dictadas en única o primera instancia por los TEAR, y no contra las del TEAC– a una reclamación económico-administrativa» (art. 60.1 Reglamento de desarrollo en materia de revisión en vía administrativa; RR, RD 520/2005, de 13/5).

Esta taxativa afirmación parece que vendría a suponer que sea la resolución expresa que, en su caso, se dicte en el seno de ese recurso de anulación la que efectivamente «ponga fin a la vía administrativa» (art. 249 LGT), máxime porque así lo contempla expresamente el artículo 60.4 del RR al disponer que «(...) cuando se dicte resolución expresa una vez transcurrido el plazo de resolución del recurso de anulación, esta resolución podrá ser impugnada de forma independiente» (respecto a –se refiere– la que quepa contra la reclamación económico-administrativa originaria de la que trae causa) ⁹. Ergo es factible sostener que la interposición de ese recurso de anulación haría que, aun cuando la resolución de la reclamación inicial ya sea impugnada individualmente en sede contenciosa, el agotamiento de la vía administrativa no se consagraría hasta que, a su vez, venciera el plazo para impugnar la propia resolución del recurso de anulación (sea éste o no improcedente, pues lo contrario supondría prejuzgar lo ajustado a derecho de esta vía impugnatoria, tal y como antes ya se apuntó). Esta interpretación parece que sería la sostenida por la propia DGT ¹⁰ al entender que la interposición del recurso de anulación dilataría la vía administrativa, demorándose así el acceso a la contenciosa, si bien ello no obsta para que el centro directivo del Ministerio de Hacienda insista en que, en cualquier caso, esa firmeza se produciría a la notificación de su resolución y no al vencimiento del plazo para impugnarla ante el correspondiente órgano jurisdiccional.

⁹ Así lo entienden tanto José Ignacio RUIZ TOLEDANO, «Artículo 60. Recurso de anulación», *La Ley*, ref. 23040/2008, febrero 2006; como Marta MARCOS CARDONA, «El recurso de anulación en el ámbito de la reclamación económico-administrativa»; *Impuestos* n.º 2, segunda quincena enero 2007.

¹⁰ Contestación de 8/10/2008 (V1785-08, NFC031133): «Obviamente en la firmeza hay que tener en cuenta las vías de recurso que contra las resoluciones de las reclamaciones económico-administrativas caben. Fundamentalmente, para el caso que nos ocupa, el recurso de alzada ordinario del artículo 241 de la LGT y el *recurso de anulación* del artículo 239.6 del mismo cuerpo legal que suspenden la firmeza hasta la resolución de los *mismos*».

b) El *dies ad quem*.

Tanto el artículo 135.1 de la LGT como el 120.1 del RITPAJD señalan que el plazo para instar efectivamente la TPC es el habilitado para interponer el primer recurso o reclamación contra la liquidación que toma como base el valor cuestionado. Entendemos que esta previsión legal debe interpretarse en el sentido de que una vez vencido el plazo que supone el genuino agotamiento de la vía administrativa (conforme a lo antes apuntado), se iniciará un periodo de un mes (pues ése es el plazo de interposición del potestativo recurso de reposición o, en su caso, de la oportuna reclamación económico-administrativa contra el acto liquidatorio) durante el que cabe la solicitud formal de la TPC.

Entiendo, por tanto, que deben descartarse interpretaciones como aquellas que puedan sostener que abierto el plazo de TPC éste dura dos meses pues ése es el tiempo disponible para acceder a la vía jurisdiccional desde la administrativa (el error de esta interpretación radica en que ése es el *iter* de la impugnación contra la comprobación de valores, pero no así el de la liquidación que toma aquella como base) pero no el hábil para recurrir la liquidación que será de un mes, periodo durante el que se podrá instar efectivamente la TPC ¹¹.

III. CONCLUSIÓN

En la medida en que tanto la reserva de la TPC como la instancia efectiva de ésta surten efectos suspensivos (no sólo de la ejecución de la liquidación que toma como base el acuerdo de valoración cuestionado, sino también de las vías impugnatorias contra ésta) cobra una importancia básica consensuar doctrinal y jurisprudencialmente el plazo hábil para instar oportunamente la TPC habiendo mediado una previa reserva de ésta. Desde esta perspectiva no parece que el concepto de «firmeza en vía administrativa» esté siendo interpretado de un modo unívoco sino que al identificarse judicialmente con la fecha de notificación de la resolución que (en apariencia, debemos añadir) ponga fin a la vía administrativa, genera una grave inseguridad jurídica pues, en tal caso, dependerá de qué recurso administrativo se haya interpuesto para localizar el *dies a quo* en una fecha (notificación de ese acto) u otra (vencimiento del plazo para acudir a la siguiente instancia), situación que no parece acorde con la necesaria y deseable claridad (y consiguiente seguridad jurídica) en la fijación y cómputo de los plazos procesales.

Por ello, de acuerdo con la doctrina y alguna corriente jurisprudencial, debería identificarse unívocamente la firmeza en vía administrativa con la consagración del carácter irrecurrible del acto administrativo, siendo así que no sería la fecha de su notificación sino la del efectivo e indudable agotamiento del plazo para impugnarlo (bien en la propia vía administrativa, bien ya en la jurisdiccional) la única que debiera de marcar el inicio del plazo para instar la TPC. En cualquier otro caso pueden generarse distorsiones procedimentales que perjudiquen gravemente los legítimos intereses de los contribuyentes.

¹¹ No así si la TPC la instaran los transmitentes pues en virtud del artículo 47.2 del TRITPAJD (RDLeg. 1/1993, de 24/9) en tal caso su plazo será de apenas 15 días hábiles.

LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS INDIVIDUALES Y PREVIAS EN GRUPOS DE CONSOLIDACIÓN FISCAL

PERE M. PONS

Abogado. Uría Menéndez

Extracto:

EN fecha 23 de marzo de 2009, la Audiencia Nacional concluyó que la compensación de bases imponibles negativas (BIN) de los grupos de consolidación fiscal está sometida a un orden de prelación, cuando concurren, por un lado, BIN generadas por el propio grupo fiscal y, por otro lado, BIN generadas por sociedades incluidas en dicho grupo, con carácter previo a su inclusión en el mismo (BIN individuales previas).

A pesar de que éste no fue el pronunciamiento central de la sentencia, lo cierto es que viene a ratificar la doctrina de la Dirección General de Tributos en la materia. Y ello, contrariando claramente la postura de la doctrina científica, de la Inspección de Tributos y de los Tribunales Económico-Administrativos, quienes fueron claramente favorables a la inexistencia de un orden de prelación y a la libertad de elección en la aplicación de BIN en el seno de grupos consolidados.

Se aviva pues un antiguo e importante debate, de gran actualidad en estos tiempos. A falta de un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, las implicaciones fiscales y económicas derivadas de la postura sostenida por la Audiencia Nacional pueden ser muy relevantes en la práctica para los grupos consolidados españoles. En este contexto, el presente artículo pretende revisar de forma sumaria los pronunciamientos administrativos y jurisprudenciales en materia de compensación de BIN del grupo fiscal y ofrecer algunos argumentos para disentir de la opción manifestada por la Audiencia Nacional.

Palabras clave: compensación, bases imponibles negativas y grupos consolidados.

THE OFFSETTING OF PREVIOUS INDIVIDUAL CARRIED FORWARD LOSSES IN TAX CONSOLIDATED GROUPS

PERE M. PONS

Abogado. Uría Menéndez

Abstract:

ON 23 March 2009, the National Court (*Audiencia Nacional*) concluded that there is an order of priority to offset carried forward losses (CFLs) within tax consolidated groups when there are, on the one hand, CFLs generated by the tax group itself and, on the other hand, CFLs generated by companies included in the group, but prior to their inclusion in the same (previous individual CFLs).

While this was not the main issue on which the National Court ruled, the judgment confirms the previous rulings issued by the General Directorate of Taxes (*Dirección General de Tributos*) on the matter. It is, however, clearly contrary to the opinion of scholars, the Tax Inspectorate and the Economic-Administrative Courts (*Tribunales Económico-Administrativos*), which argue that no ranking should apply to CFLs in consolidated groups.

This judgment reopens an old and very important debate, which is particularly relevant in the current climate. Unless the Supreme Court issues a ruling to the contrary, the fiscal and economic implications of the position taken by the National Court may be wide-ranging for Spanish consolidated groups. This article aims to summarise the administrative rulings and case law regarding the offsetting of previous individual CFLs within a tax group and to provide arguments against the National Court's approach

Keywords: offsetting, carried forward losses and tax groups.

Sumario

1. Introducción.
2. La compensación de BIN en los grupos de consolidación fiscal.
 - 2.1. Efectos de la remisión al artículo 25 de la LIS: el principio de existencia de renta positiva.
 - 2.2. La existencia de limitaciones adicionales a la compensación de BIN.
3. Breves apuntes sobre los pronunciamientos administrativos y jurisprudenciales.
 - 3.1. De las consultas de la Dirección General de Tributos.
 - 3.2. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central.
 - 3.3. La sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2009.
4. Relación de argumentos sobre las anteriores posiciones.
5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2009 (rec. n.º 551/2007, NFJ033418) concluyó que existe un orden de prelación en la compensación de las bases imponibles negativas (BIN) de los grupos de consolidación fiscal, cuando concurren, por un lado, BIN generadas por el propio grupo fiscal y, por otro lado, BIN generadas por sociedades incluidas en dicho grupo, con carácter previo a su inclusión en el mismo («BIN individuales previas»). De acuerdo con la sentencia, las BIN generadas durante la existencia del grupo fiscal deberían aplicarse en primer lugar.

El pronunciamiento de la Audiencia Nacional aviva un antiguo debate, de gran actualidad en estos tiempos, relativo a la posible existencia de un límite adicional a la compensación de BIN individuales previas (i.e. el citado orden de prelación), que estaría implícito en el redactado del artículo 71.1 d) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS).

Cabe adelantar que, en esta materia, la opinión de la Inspección de los Tributos, por un lado, y de la Dirección General de Tributos (DGT), por otro, no ha sido siempre coincidente. Adicionalmente, la postura favorable a la inexistencia de un orden de prelación que parecía apuntarse en los pronunciamientos de los Tribunales Económico-Administrativos ha sido rebatida por la resolución objeto de comentario. A falta de un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, el criterio de la Audiencia Nacional podría suponer un contrapeso importante a las tesis más favorables al contribuyente (y a la libertad de elección en la aplicación de BIN en el seno de grupos consolidados) defendidas por parte de la doctrina científica.

Las implicaciones fiscales y económicas derivadas de la postura sostenida por la Audiencia Nacional pueden ser muy relevantes en la práctica para los grupos consolidados españoles. En este

contexto, el presente artículo pretende revisar de forma sumaria los pronunciamientos administrativos y jurisprudenciales en materia de compensación de BIN del grupo fiscal que han servido de precedente a la sentencia de la Audiencia Nacional citada, así como realizar un breve análisis crítico del contenido y argumentos empleados en los mismos.

2. LA COMPENSACIÓN DE BIN EN LOS GRUPOS DE CONSOLIDACIÓN FISCAL

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74.1 de la LIS, la compensación de BIN generadas por el grupo fiscal se regirá por las reglas generales del artículo 25 de la LIS (esto es, en general, reducción de la base imponible hasta cero, compensación de las BIN en un plazo máximo de caducidad de 15 años, y limitación del importe de las BIN a compensar en función de las aportaciones realizadas por los socios, para evitar el doble aprovechamiento de pérdidas fiscales).

Como especialidad del régimen de consolidación fiscal, el artículo 74.2 de la LIS establece, con carácter adicional, que las BIN de cualquier sociedad pendientes de compensar en el momento de su integración en el grupo fiscal (a las que hemos llamado «BIN individuales previas») podrán ser compensadas en la base imponible del grupo, con el límite de la base imponible individual de la propia sociedad (y excluyéndose de la base imponible, a estos solos efectos, los dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el apartado 2 del art. 30 de esta ley).

De esta manera, como punto de partida, podemos afirmar sobre la base de la literalidad de la norma, lo siguiente:

1. La compensación de BIN en un grupo de consolidación fiscal, como en el caso de sociedades en tributación individual, se realiza reduciendo la base imponible positiva del grupo hasta cero, sin que, como resultado de la compensación de BIN, sea posible generar una base imponible consolidada negativa.
2. Adicionalmente, y según se ha adelantado, para la compensación de BIN individuales previas, es necesario que la sociedad que las generó tenga una base imponible individual positiva equivalente, como mínimo, a la BIN objeto de compensación. En otro caso, la compensación de la BIN se verá limitada al importe de la base imponible positiva que la sociedad individual aporta al grupo fiscal.

2.1. Efectos de la remisión al artículo 25 de la LIS: el principio de existencia de renta positiva.

Según hemos señalado, la compensación de BIN generadas por el grupo fiscal se regirá por las reglas generales del artículo 25 de la LIS y, por consiguiente, se realizará reduciendo la base imponible positiva del grupo hasta cero, sin que, como resultado de la compensación de BIN, sea posible generar una base imponible consolidada negativa.

Este límite deriva de una interpretación literal y teleológica del artículo 25 de la LIS, que se refiere a la compensación de BIN con «rentas positivas». Algunos autores afirman que éste es un principio (al que nos referiremos como **«principio de existencia de renta positiva»**) que está presente en toda regulación de compensación de BIN, ya sea en sede de grupos o en tributación individual.

Su aplicación en el caso de grupos consolidados respondería a un objetivo claro, según ha defendido la propia resolución de la Audiencia Nacional: el evitar el «rejuvenecimiento de pérdidas fiscales anteriores» mediante maniobras un tanto abusivas, como veremos a continuación ¹.

Sin embargo, ésta no fue inicialmente una opinión compartida de manera uniforme.

Con anterioridad a 31 de diciembre de 2002, algunos sectores habían sostenido que en el caso de que existieran BIN individuales previas, la LIS no imponía más límites a su compensación que la existencia de una base imponible positiva de la sociedad individual (y no del grupo consolidado); todo ello atendiendo al tenor literal de la norma.

En efecto, bajo la vigencia de la Ley 43/1995 (y con anterioridad a su modificación por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre), el antiguo artículo 85 de la LIS (actual 71 LIS) establecía que la base imponible del grupo se configuraba sumando: a) las bases imponibles correspondientes a todas y cada una de las sociedades integrantes del grupo, b) las eliminaciones, y c) las incorporaciones de las eliminaciones practicadas en ejercicios anteriores, pero no regulaba en dicho artículo ni la aplicación de BIN del grupo ni la necesidad de que la base del grupo fuera positiva (como sí ocurre a día de hoy).

La Ley 43/1995 regulaba la compensación de BIN en el artículo 88, disponiendo únicamente que «Si en virtud de las normas aplicables para la determinación de la base imponible del grupo de sociedades ésta resultase negativa, su importe podrá ser compensado con las bases imponibles positivas del grupo de sociedades en los términos previstos en el artículo 23 de esta ley» (actual art. 25 LIS), y «2. Las bases imponibles negativas de cualquier sociedad pendientes de compensar en el momento de su integración en el grupo de sociedades podrán ser compensadas en la base imponible del mismo con el límite de la base imponible de la propia sociedad».

En la interpretación a que nos referimos, el artículo 88 de la LIS transcrito, o bien sólo hacía referencia a la compensación de BIN generadas por el grupo durante su existencia y no a las BIN individuales previas, o bien no implicaba necesariamente un límite en la compensación de rentas positivas (pese a incluir una referencia clara al art. 23 LIS –actual 25 LIS–).

Así, la mención a la necesidad de que la base del grupo fuera positiva (más allá de la remisión genérica al art. 23 –actual 25– de la LIS) fue introducida, según esa opinión, por la Ley 24/2001 citada, que estableció el apartado d) del artículo 85, clarificando la necesidad de que existiera una renta

¹ Este planteamiento fue reforzado en 2001, durante la vigencia de la antigua LIS (i.e. Ley 43/1995) mediante la introducción del apartado d) del artículo 85 [actual art. 71.1 d) LIS], relativo a la configuración de la base imponible del grupo fiscal, que exige claramente la existencia de base positiva en sede del grupo.

positiva en el grupo, a la vez que introdujo la regulación de la compensación de BIN que es objeto de análisis en apartados posteriores («La compensación de las bases imponible negativas del grupo fiscal, **cuando el importe de la suma de las letras anteriores resultase positiva**, así como de las bases imponible negativas referidas en el apartado 2 del artículo 88 de esta ley»).

De esta forma, con base en los anteriores argumentos (i.e. literalidad del art. 88 y silencio del art. 85 LIS), se pretendía aplicar en la liquidación del IS de grupos fiscales en situación de pérdidas (o de escaso resultado) una pérdida adicional (en forma de BIN individual previa), con apoyo en que si bien la base del grupo no era positiva, la base de la sociedad individualmente considerada sí lo era, y la literalidad o el silencio de la norma permitía, en tal situación, que se acreditara la misma en la liquidación del impuesto.

Como resultado de lo anterior, dicho contribuyente podía proceder a la «compensación» de BIN con independencia de si el resultado del grupo era positivo o no ².

Esta interpretación fue claramente atacada por la Inspección de Tributos y constituye el caballo de batalla de algunos pronunciamientos jurisprudenciales, que siguen siendo objeto de recurso. Sin embargo, tal planteamiento no tendría, a día de hoy, ninguna virtualidad.

En primer lugar, porque de admitirse esta posibilidad, la compensación de BIN individuales previas más allá del importe de la base imponible positiva del grupo –esto es, más allá de cero y generando una nueva base consolidada negativa (o una base consolidada negativa aún mayor)– conllevaría la obtención de una ventaja fiscal no querida por el legislador, pues dichas BIN individuales previas –de una determinada antigüedad– se convertirían en «nuevas» pérdidas del grupo, renovándose, de esta forma, su periodo de caducidad (de 15 años, de acuerdo con el art. 25 LIS).

Y en segundo lugar, porque una vez modificada la dicción literal de la LIS para los ejercicios iniciados en 2002, quedó fuera de discusión la plena aplicación en las liquidaciones de grupos consolidados tanto del artículo 25 de la LIS como del principio de compensación de BIN (individuales previas o no) hasta que la base consolidada fuera cero ³.

Llegados a este punto es importante señalar, por lo que luego se dirá, que todos los pronunciamientos de los tribunales (ya sean económico-administrativos o jurisdiccionales) analizados a los efectos de este artículo, tienen como cuestión nuclear el análisis de si el principio de existencia de renta positiva es exigible a la aplicación de BIN individuales previas. No obstante, con carácter adi-

² Bajo esta interpretación, un grupo consolidado con una base imponible de –25 unidades monetarias (u.m.) podía compensar una base imponible negativa por importe de –100 u.m. y acreditar una nueva BIN del grupo por valor de –125 u.m., siempre que la sociedad que generó dicha BIN hubiera obtenido una base individual positiva por valor de 100 u.m. Como veremos más adelante, esta postura no es posible con el actual redactado de la norma.

³ Así, una sociedad o grupo con una base imponible de 100 u.m. en el ejercicio 2009 y BIN pendientes de aplicación por valor de 175 u.m. generadas en el ejercicio 1994, podrá aplicar dichas BIN en la liquidación del IS de 2009 únicamente por importe de 100 u.m., caducándole el derecho a compensar 75 u.m. en ese ejercicio. No es posible que exceda el límite de la base imponible (i.e. 100 u.m.) para generar nuevas BIN del año 2009 por valor de 75 u.m. y con caducidad en 2024. Esto es, no puede rejuvenecer las BIN de 1994.

cional, dichos pronunciamientos analizan, a lo largo de su argumentación, la posible existencia de un orden de prelación en la compensación de BIN del grupo, materia que constituye el punto central de este estudio.

2.2. La existencia de limitaciones adicionales a la compensación de BIN.

Establecido lo anterior, procede analizar si pueden deducirse del redactado de la LIS ulteriores limitaciones a la compensación de BIN (esto es, la existencia de un orden de prelación entre BIN del grupo y BIN individuales previas).

Como veremos, ésta es la postura de la Audiencia Nacional y de determinados órganos de la Administración Tributaria, que sostienen que el artículo 71.1 d) de la LIS incluye, en una interpretación literal y sistemática, una limitación adicional a la compensación de BIN individuales previas (en adelante, nos referiremos a dicha interpretación como la «**interpretación restrictiva**»).

En concreto, el artículo 71.1 d) de la LIS establece actualmente que:

«La base imponible del grupo fiscal se determinará sumando:

- a) Las bases imponibles individuales correspondientes a todas y cada una de las sociedades integrantes del grupo fiscal, sin incluir en ellas la compensación de las bases imponibles negativas individuales.
- b) Las eliminaciones.
- c) Las incorporaciones de las eliminaciones practicadas en ejercicios anteriores.
- d) La compensación de las bases imponibles negativas del grupo fiscal, cuando el importe de la suma de los párrafos anteriores resultase positiva, así como de las bases imponibles negativas referidas en el apartado 2 del artículo 74 de esta ley.»

De acuerdo con la interpretación restrictiva antes referida, confirmada en la reciente sentencia de la Audiencia Nacional, el precepto establecería dos tipos de prelación en la determinación de la base imponible del grupo fiscal:

1. Una prelación externa y pacíficamente aceptada, referida a la determinación de la base imponible del grupo, y que obliga a la suma de los anteriores conceptos (agregación de bases, exclusión e inclusión de eliminaciones y, finalmente, compensación de BIN) de forma lineal y cumulativa.
2. Otra interna, referida al orden de aplicación de las BIN a compensar, al establecer que si en la compensación de BIN concurren o existe disponibilidad de BIN generadas durante la existen-

cia del grupo y BIN individuales previas, se deberán compensar aquéllas en primer lugar, y sólo si resta base positiva suficiente se compensarán las BIN individuales previas (hasta eliminar el resultado). Resulta obvio que aceptar dicho orden supone imponer un nuevo límite a la compensación de BIN individuales previas, cuando existan otras BIN del grupo.

Si bien debemos admitir que ésta es una interpretación posible de la norma, dada su redacción actual, no podemos dejar de manifestar que podría resultar igualmente válida la interpretación contraria, esto es, que existe total libertad para la aplicación de las BIN de acuerdo con el criterio que pueda decidir el contribuyente, dentro de los límites generales (arts. 25 y 74 LIS), como veremos más adelante.

Serviría como criterio justificativo de tal libertad de elección, por ejemplo, el evitar la caducidad de una BIN individual previa, lógicamente anterior en el tiempo a la BIN generada por el grupo fiscal. Según describiremos, esta posición interpretativa también ha sido apreciada por algunos órganos de la Administración Tributaria.

3. BREVES APUNTES SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

3.1. De las consultas de la Dirección General de Tributos.

La posición de la DGT ha sido tradicionalmente restrictiva en esta materia. En las consultas de los años 2005 y 2004, 2005/2004, de 24 de noviembre de 2004 (NFC020226), y V1231-05, de 24 de junio de 2005 (NFC021039) (esta última con carácter vinculante), se refleja claramente su postura.

En las consultas anteriores se cuestionó a la DGT acerca de los límites existentes para la compensación de BIN individuales previas y ésta se manifestó a favor de la existencia de un orden de prelación en la aplicación de BIN del grupo fiscal, estableciendo como criterio básico la aplicación de las BIN generadas por el grupo con carácter prioritario a la aplicación de las BIN individuales previas.

Esta conclusión deriva, en opinión de la DGT, de considerar que el límite para la compensación de las BIN individuales previas debe tener en cuenta el importe de la base imponible positiva del grupo (y que, siempre según la DGT, debe incluir la compensación previa de las BIN del grupo):

«Por tanto, en el caso consultado, se aplicará como límite de compensación de la base imponible negativa procedente de una entidad del grupo generada con anterioridad a su inclusión en el mismo, el menor entre la base imponible positiva generada por la sociedad individual, y la base imponible positiva del grupo fiscal, una vez aplicadas en esta última las eliminaciones y las incorporaciones del periodo impositivo y, en su caso, las posibles compensaciones de bases imponibles negativas pendientes del propio grupo fiscal.»

3.1.1. Interpretaciones alternativas de la doctrina de la DGT.

Si bien la afirmación transcrita ha sido interpretada como la confirmación del establecimiento de un orden de prelación en la compensación de BIN en el caso de concurrencia de BIN individuales previas y BIN del grupo, podría intentar inferirse de la consulta una interpretación distinta.

Así, cabría argumentar que la referencia a «**en su caso, las posibles** compensaciones de bases imponibles negativas pendientes del propio grupo fiscal» da libertad al grupo fiscal para decidir si aplica o no BIN del grupo en la liquidación, de tal forma que únicamente si se aplicaran BIN del grupo en la liquidación del impuesto consolidado ello se realizaría en primer lugar, pero si –de acuerdo con la libertad de aplicación que la ley atribuye al sujeto pasivo– se decidiese no aplicar BIN del grupo en la liquidación (aun estando pendientes de compensación), las citadas BIN del grupo no deberían operar en el cálculo del límite y podrían entonces aplicarse las BIN individuales previas.

Un ejemplo permitirá facilitar la comprensión del lector: en el caso de que el grupo consolidado tuviera una base imponible positiva de 100 u.m. y dispusiera de BIN del grupo por valor de 50 u.m. así como de BIN individuales previas de una de las sociedades integrantes, por valor de 70 u.m., esta interpretación de las consultas DGT daría a escoger entre las siguientes opciones: a) o bien se aplicarían las BIN disponibles teniendo en cuenta la existencia de prelación (lo que permitiría aplicar todas las BIN del grupo por valor de 50 u.m. –con carácter prioritario–, así como 50 u.m. de las BIN individuales previas, hasta anular la base imponible del grupo); o bien b) se aplicarían exclusivamente las BIN individuales previas por valor de 70 u.m., rechazando la aplicación de las demás BIN del grupo.

Por consiguiente, de acuerdo con esta interpretación de las consultas: a) habría prelación en la compensación de BIN en caso de concurrencia de BIN individuales previas y BIN del grupo en una misma liquidación y, sin embargo b) existiría una cierta libertad, en la medida en que alternativamente cabría renunciar a aplicar BIN del grupo y compensar así un mayor importe de BIN individuales previas en la liquidación, aun estando disponibles o pendientes de compensación BIN de ambas categorías.

Es esta una interpretación voluntariosa, que intenta conjugar la literalidad de las consultas de la DGT con el escenario económico que viven algunas empresas españolas, en el que la acumulación de pérdidas fiscales es notoria. No obstante, debe admitirse que tal interpretación parece tener difícil encaje con el espíritu que emana de las consultas e, incluso, podría llegar a generar situaciones de cierta incoherencia, en la medida en que en todas aquellas situaciones similares a la del ejemplo propuesto (no infrecuentes) en las que la base positiva del grupo (i.e. 100 u.m.) fuese mayor que la BIN individual previa (i.e. 70 u.m.), se obligaría al sujeto pasivo a optar entre la compensación prioritaria de la BIN del grupo (que permite anular la base imponible del grupo totalmente) o, alternativamente, tributar en parte (i.e. sobre las 30 u.m. restantes), al tener que renunciar a la aplicación de la BIN del grupo para poder compensar la BIN individual previa. Y ello, aunque pudiera ser más favorable a los intereses del contribuyente, parece carecer tanto de justificación como de sentido.

3.2. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central.

Las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 14 de febrero de 2008 (R.G. 1365/2005, NFJ028726) y 5 de diciembre de 2007 (R.G. 245/2005, NFJ028077) supusieron, en su día, una importante aportación al presente debate. Ambas resoluciones están fundamentadas sobre la base del anterior texto de la LIS (esto es, anterior al RDLeg. 4/2004, pero posterior a la reforma de la Ley 43/1995 por la Ley 24/2001) y destacan por mantener una postura opuesta al planteamiento de las consultas de la DGT, en el siguiente sentido:

a) Resolución del TEAC de 5 de diciembre de 2007.

El supuesto de hecho de la resolución se refiere a la liquidación del IS de un grupo consolidado para el ejercicio 2002. El grupo declaró una base imponible del grupo por importe de -15.147.394.432,97 euros, que fue objeto de rectificación administrativa en un importe de 1.510.066,94 euros correspondiente a la compensación de bases imponibles negativas de sociedades de ejercicios anteriores a la incorporación al grupo (las BIN individuales previas).

El objeto del litigio se centró en dirimir si la compensación de las BIN individuales previas tiene como único límite la base imponible individual correspondiente a la sociedad que la aporta o se exige, además, que la base imponible del grupo de consolidación fiscal sea positiva (lo que hemos denominado el «principio de existencia de renta positiva»).

Se analiza, pues, si teniendo la sociedad que generó la BIN individual previa una base imponible individual positiva debe atenderse o no al hecho de que la base imponible del grupo sea o haya resultado cero o negativa por aplicación de otras BIN del grupo (en la práctica, tal posibilidad supondría aceptar que la aplicación de BIN pudiera ir más allá de cero y permitir un rejuvenecimiento indebido de las BIN individuales previas).

Para responder con exactitud a la cuestión planteada, el TEAC se ve obligado a pronunciarse tanto a) sobre el anterior asunto, como b) sobre la existencia de un orden de prelación en la aplicación de BIN (i.e. necesidad de aplicar en primer lugar las BIN de grupo o las individuales previas), a los efectos de confirmar la corrección de la liquidación practicada ⁴.

Interesa destacar tanto de los antecedentes jurídicos de la resolución, como de sus fundamentos jurídicos, los siguientes extremos:

1. En los antecedentes de la resolución se recoge el contenido del acuerdo de liquidación de la Inspección en los siguientes términos: «(...) siendo positiva la base imponible previa del grupo fiscal, el sujeto pasivo **podrá escoger entre la compensación de la base imponible negativa del grupo fiscal o la compensación de las bases imponibles negativas indivi-**

⁴ Nótese que ello evita la consideración de las reflexiones realizadas por el TEAC sobre el particular que aquí interesa (i.e. existencia o no de un orden de prelación en la aplicación de BIN) como un pronunciamiento *obiter dicta*.

duales anteriores, si bien la compensación de estas últimas no podrá superar la base imponible positiva individual de la propia sociedad (art. 88.2 Ley 43/1995). Acuerdo notificado el 9 de diciembre de 2004».

Por consiguiente, la Inspección se manifiesta claramente a favor de la libertad en el orden de compensación.

2. Por otro lado, el Tribunal manifiesta en sus fundamentos de derecho: «Que, en consecuencia, en el presente supuesto, procede confirmar el acuerdo impugnado y considerar que, en primer lugar, puesto que la compensación de las bases impositivas negativas individuales se efectúa en el seno de la base imponible del grupo fiscal, sólo será posible efectuar dicha compensación si la renta del grupo fiscal (suma de bases impositivas individuales, eliminaciones e incorporaciones) es positiva y hasta el importe de dicha renta positiva [art. 85.1 d) Ley 43/1995]; y, **en segundo lugar, siendo positiva la base imponible previa del grupo fiscal, el sujeto pasivo podrá efectuar la compensación de la base imponible negativa del grupo fiscal o la compensación de las bases impositivas negativas individuales anteriores, si bien la compensación de estas últimas no podrá superar la base imponible positiva individual de la propia sociedad (art. 88.2 Ley 43/1995)**. Procede en consecuencia desestimar la reclamación interpuesta, y confirmar el acuerdo impugnado».

Queda claro, pues, que el TEAC recoge asimismo la postura de la Inspección y confirma la inexistencia de un orden de prelación, en favor de la libertad de elección del contribuyente.

Establecido lo anterior, y para completar adecuadamente el análisis, señalamos que en cuanto a la cuestión central del asunto (i.e. la compensación de BIN hasta cero a la que venimos haciendo referencia como principio de existencia de renta positiva), el TEAC confirmó la liquidación administrativa, de forma acertada en nuestra opinión, y determinó que la compensación de BIN dentro del grupo fiscal podrá conllevar que la base imponible del periodo impositivo pueda llegar a cero, pero nunca transformarse en una nueva base imponible negativa ⁵.

Ya hemos indicado que esta última es, a nuestro entender, una cuestión pacífica, incluida tanto en el espíritu como en la literalidad de la norma, que evita el rejuvenecimiento indebido de BIN individuales.

Sin embargo, a nuestros efectos, interesa ahora centrar la atención en lo manifestado tanto por la Inspección como por el Tribunal en relación con la idea de libertad o inexistencia de prelación en el orden de compensación de BIN del grupo.

b) Resolución del TEAC de 14 de febrero de 2008.

Esta Resolución se refiere a la liquidación del IS de un grupo consolidado correspondiente al ejercicio 2002, de la que resultaba una base imponible negativa de 1.617.135.025,68 euros. La Inspección

⁵ Este mismo criterio fue confirmado por el TEAC en Resoluciones de 21 de diciembre de 2006 (R.G. números 119-05, NFJ025252 y R.G. 148-05, NFJ025253) y 15 de febrero de 2007 (R.G. 2311-05, NFJ026131).

ción procedió a minorar la base negativa resultante en 124.939.941,46 euros, correspondientes a la compensación de BIN individuales previas.

La cuestión debatida se centra, de nuevo, en analizar la posibilidad de que el grupo compense BIN individuales previas si la sociedad que las generó tiene una base imponible individual positiva suficiente en el ejercicio de compensación (i.e. 2002), con independencia de que la base imponible del grupo sea o haya resultado cero o negativa por aplicación de BIN del grupo (esto es, la vigencia del principio de existencia de renta positiva).

El TEAC falló en la cuestión central del litigio en los mismos términos que la resolución anterior.

No obstante, no confirmó expresamente el criterio ya manifestado en el año 2007 respecto a la existencia o no de un orden de prelación.

A pesar de ello, el pronunciamiento recoge el criterio de la Inspección según el cual se acepta la libertad en el orden de compensación. Así, podemos leer en los antecedentes:

«En segundo lugar, siendo positiva la base imponible previa del Grupo, el sujeto pasivo **podrá escoger entre la compensación de la base imponible negativa del grupo fiscal o la compensación de las bases imponibles negativas individuales anteriores**, si bien la compensación de estas últimas no podrá superar la Base Imponible positiva individual de la propia sociedad (art. 88.2 LIS).»

Si bien el Tribunal no se manifiesta sobre este criterio de la Inspección, lo reproduce sin contradecirlo. Adicionalmente, tanto su fundamento jurídico segundo como su fallo hacen remisión a la argumentación contenida en la resolución de 2007 antes descrita, que era claramente favorable a la libertad de elección del contribuyente y a la inexistencia de un orden de prelación.

Incluso en el caso de que se pretendiera negar la posibilidad de inferir un criterio claro en esta resolución del TEAC del año 2008, cabría en todo caso utilizarla como una evidencia del criterio de la Inspección en el caso concreto (favorable a la libertad o inexistencia de prelación en la compensación de BIN del grupo).

3.3. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2009.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2009 constituye el primer pronunciamiento de un órgano jurisdiccional expresamente referido a la materia objeto de estudio. Como hemos adelantado, el sentido de la resolución no parece óptimo para los intereses de los contribuyentes.

El supuesto de hecho de la sentencia se refiere a la impugnación de la regularización practicada sobre la declaración del IS de un grupo consolidado correspondiente al ejercicio 2003. El grupo declaró una base imponible consolidada de -89.481.368,69 euros, de los cuales -80.962.923,81 euros

pertenecían propiamente al grupo y -8.518.444,88 € eran BIN individuales previas. La Inspección no admitió la compensación de éstas.

Aunque no se desprende con claridad de los antecedentes relatados en la sentencia, parece claro que el objeto principal de la disputa es, otra vez, la posibilidad de aplicar BIN individuales previas en el caso de que el grupo tenga una base negativa o cero y la sociedad que generó la BIN individual previa tenga una base imponible individual positiva. Como veremos, el pronunciamiento del Tribunal va más allá de esta simple cuestión.

Si bien la sentencia está basada en el anterior texto de la LIS (esto es, anterior al RDLeg. 4/2004, pero posterior a la reforma de la Ley 43/1995 por la Ley 24/2001), la regulación a la que hace referencia es, como ya habíamos indicado, idéntica a la actual.

En su argumentación, y a los efectos que ahora interesan, establece:

«Conforme con la redacción de este precepto, cuando el artículo 85.1, de la citada ley, fija la forma de determinar la base imponible del grupo sujeto al régimen de tributación de consolidación fiscal, admite que tal compensación se lleve a cabo, tanto con bases imponibles negativas del grupo, como de las sociedades integrantes pendientes de compensar en el momento de su integración en el grupo fiscal. Pero para que se pueda llevar a cabo esta compensación se exige un requisito, que la base imponible del grupo sea positiva, y cuando después de esta compensación, el resultado sea una base positiva, podrá compensarse con las bases negativas aportadas por las sociedades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 88, y hasta el límite de las bases positivas de éstas. Y este mismo requisito se exige para que se sumen, a la base negativa del grupo, las bases negativas pendientes de compensar en el momento de su integración al grupo. Y **ello es así, puesto que este precepto, ordena, primero que la compensación de las bases imponibles positivas del grupo, se compensen primero con las bases negativas del grupo. Segundo, cuando a pesar de esta compensación resulte todavía una base imponible positiva en el grupo, se compensen con las bases negativas de la sociedad, pendientes al integrarse en el mismo, pero hasta el límite de la base imponible positiva de la misma.**»

Obviando la corrección del planteamiento del Tribunal en relación con el principio de existencia de renta positiva, y sin perjuicio de las valoraciones que se realizarán más adelante en relación con las anteriores afirmaciones, cabe destacar que el cuerpo de la sentencia reproduce en sus antecedentes jurídicos las conclusiones de la Inspección, en las que se da por hecho la existencia de libertad para establecer la compensación de BIN de grupo o individuales previas. La Inspección señaló lo siguiente:

«En segundo lugar, siendo positiva la base imponible previa del grupo, el sujeto pasivo **podrá escoger entre la compensación de la base imponible negativa del grupo fiscal o la compensación de las bases imponibles negativas individuales anteriores**, si bien la compensación de estas últimas no podrá superar la base imponible positiva individual de la propia sociedad (art. 88.2 LIS).»

Curiosamente, parece que en este caso lo más favorable a los intereses del contribuyente no es la postura del Tribunal, sino la postura de la propia Inspección. En cualquier caso, la sentencia establece un precedente notorio en este ámbito.

Como ya indicáramos al analizar la resolución del TEAC de 2007 y pese a la redacción poco clara de los antecedentes de la sentencia de la Audiencia Nacional, no creemos que se pueda calificar el pronunciamiento de ésta como *obiter dicta*, en la medida en que las anteriores afirmaciones resultaban necesarias para confirmar la corrección de la liquidación administrativa.

Así, si la Inspección no admitió la compensación de la BIN individual previa (aunque fuera por otros motivos, i.e. inexistencia de base imponible positiva), es necesario determinar el orden de compensación de las BIN (en caso de existir) para que no pueda tacharse de incorrecta la liquidación administrativa practicada.

4. RELACIÓN DE ARGUMENTOS SOBRE LAS ANTERIORES POSICIONES

De acuerdo con lo expuesto, las resoluciones del TEAC permitirían fundamentar la libertad de elección del contribuyente, si bien la sentencia de la Audiencia Nacional constituye un claro y novedoso contrapeso. Procede, pues, el realizar un análisis crítico de ambas posiciones y, en particular, de la interpretación «restrictiva», cuyo máximo exponente es la sentencia de la Audiencia Nacional comentada.

En este sentido, entendemos que existen argumentos que permiten discrepar claramente de la interpretación restrictiva de la Audiencia Nacional, por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque esta postura está basada en una lectura pretendidamente «literalista» y «sistemática» de lo previsto en el artículo 71 de la LIS —que, sin embargo, no es ni literal ni sistemática (como veremos)— y que no parece justificarse en elementos objetivos o teleológicos adicionales.

Por otro lado, si bien el fundamento jurídico de la sentencia que permite argumentar tal interpretación no es calificable como *obiter dicta*, no es menos cierto que estaba dirigido a refutar un supuesto de hecho claramente rechazable (i.e. la compensación de BIN más allá del importe de la base positiva del grupo, esto es, más allá de cero) y, por consiguiente el objetivo primordial de la sentencia era impedir maniobras de rejuvenecimiento del plazo de caducidad de BIN individuales previas por parte de los sujetos pasivos mediante la acreditación de «nuevas» BIN en sede del grupo.

El objetivo anterior no puede (y no debe) llevar a confusión, ni llegar al extremo de impedir la plena compatibilidad, sin orden de prelación alguno, entre la compensación de BIN individuales previas con BIN del grupo.

Todas las BIN, tanto BIN individuales previas como BIN del grupo, son BIN del grupo. Así se desprende del texto de la LIS, y éste es el espíritu que parece presente en todos los pronunciamientos comentados: todas las BIN del grupo están sujetas al límite general de que la base imponible del grupo debe ser positiva.

Sin embargo, una vez admitido sin discusión que todas ellas son BIN del grupo, no debe existir prelación entre ellas. Las razones se exponen a continuación:

Desde el punto de vista literal, el artículo 71 de la LIS utiliza un «así como», esto es, una estructura conjuntiva que sitúa en el mismo plano e idéntico nivel a las dos partes o sujetos de la oración (i.e. BIN del grupo y BIN individuales previas), sin disponer un orden o prelación entre ellos, sino todo lo contrario.

Desde el punto de vista sistemático, las dos partes de la oración están en la misma letra d) del artículo 71.1 de la LIS y, por lo tanto, nada altera su valor o posición en el orden «externo» de configuración de la base imponible del grupo (i.e. agregación de bases primero, eliminaciones e integraciones a continuación y, finalmente, aplicación de BIN —en plano de igualdad y sin distinción entre ellas—).

Y finalmente, desde el punto de vista teleológico, excluidas posibles maniobras de rejuvenecimiento de BIN, resulta inaceptable que se establezca una prelación no explicitada en la ley en la medida en que provoca (o puede provocar) la aplicación obligatoria de una BIN de grupo por delante de una BIN individual previa que esté a punto de caducar. Y ello no es aceptable, teniendo en cuenta que ambos son créditos tributarios (expectativas legítimas del contribuyente) y se encuentran regulados en plano de igualdad.

Con carácter adicional a lo anterior, valga señalar que parte de la doctrina científica parece discrepar de la posición restrictiva mantenida por la DGT y la Audiencia Nacional:

Así, LÓPEZ ALBERTS ⁶ afirma claramente que la ley no establece expresamente un orden de compensación, y que debe entenderse que el grupo goza de total libertad para aplicar las BIN a su libre criterio, y especialmente, atendiendo a su fecha de caducidad.

LÓPEZ SANTACRUZ y otros ⁷ mantienen una postura inicialmente favorable a una interpretación restrictiva del artículo, aunque abriendo una puerta para la duda, al manifestarse en favor de la inexistencia de un orden de prelación. Afirman inicialmente: **«de la LIS artículo 71.1 parece desprenderse que hay un orden en cuanto a la aplicación de la compensación (...)**. Y ello en el sentido de que en primer lugar, se realiza la compensación de las bases negativas del grupo y, si después de esta compensación fuese positivo el resultado, se compensarían las bases imponibles negativas individuales de las sociedades del grupo obtenidas en periodos impositivos anteriores a su inclusión en el grupo». Sin embargo, realizan a continuación una serie de ejemplos de aplicación de esta regla indicando que en el caso de que la base imponible del grupo sea inferior a las BIN de grupo e individuales previas (tanto en su conjunto como por separado) **«puede plantearse si necesariamente debe aplicarse en primer lugar la compensación de la BIN del grupo**. Al respecto, parece que la LIS artículo 74 y 25 únicamente establecen un límite temporal (...) **de manera que en ese plazo el sujeto pasivo tiene libertad para ejercitarlo [el derecho a la compensación] en la forma que más le interese. Por tanto, en este caso, el grupo podría plantearse no compensar en este ejercicio las pérdidas del grupo y aplicar la totalidad de las pérdidas de la sociedad individual en el supuesto de que el plazo de compensación estuviese próximo a su vencimiento**».

⁶ LÓPEZ ALBERTS, H., *Consolidación contable y fiscal de los grupos de sociedades*, Editorial CISS, junio de 2003, pág. 1.170.

⁷ LÓPEZ SANTACRUZ y otros, *Memento fiscal Grupos consolidados 2010-2011*, Ediciones Lefebvre, diciembre de 2009, pág. 244, referencia 3367.

Finalmente, y como último argumento, no podemos obviar que todos los pronunciamientos analizados incluyen argumentaciones de la Inspección favorables a la libertad de compensación de BIN de grupo o individuales previas.

Así pues, los anteriores argumentos justificarían en buena lógica una interpretación no restrictiva y favorable a la libertad de elección del contribuyente. No obstante, no se puede soslayar que la sentencia de la Audiencia Nacional plantea de nuevo un importante interrogante en esta cuestión.

5. CONCLUSIONES

En atención a lo expuesto con anterioridad, podemos concluir a título de sumario, lo siguiente:

Las Consultas de la DGT de 24 de noviembre de 2004 y 24 de junio de 2005 se manifestaron a favor de la aplicación de la base imponible negativa generada por el grupo (BIN de grupo) con carácter prioritario a la compensación de la base imponible negativa generada por una sociedad con anterioridad a su incorporación al grupo (BIN individual previa), al establecer que el límite para la compensación de las BIN individuales previas, además de considerar la existencia de base imponible positiva individual de la propia sociedad, debe tener en cuenta el importe de la base imponible positiva del grupo, que se reducirá, en su caso, por las BIN del grupo pendientes.

En este mismo sentido, la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2009 ha concluido de forma clara que existe un orden de prelación en la compensación de BIN de grupo y BIN individuales previas al grupo. Si bien la sentencia está basada en el anterior texto de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (esto es, anterior al RDLeg. 4/2004 actualmente vigente, pero posterior a la reforma del régimen especial de consolidación de la Ley 43/1995 por la Ley 24/2001), la regulación a la que hace referencia es idéntica a la actual.

No obstante lo anterior, parte de la doctrina se ha manifestado claramente en contra de esta interpretación.

En este sentido, cabe destacar que los antecedentes de los pronunciamientos del TEAC antes reseñados señalan que la Inspección admitió la posibilidad de compensar libremente las BIN individuales previas en vez de aplicar las BIN de grupo, en la medida que exista una base imponible positiva del grupo consolidado.

Por otro lado, la Resolución del TEAC de 5 de diciembre de 2007, si bien constituye un pronunciamiento anterior a la sentencia de la Audiencia Nacional, manifestó que siendo positiva la base imponible del grupo fiscal, el sujeto pasivo puede escoger libremente entre efectuar la compensación de la BIN del grupo fiscal o la compensación de las BIN individuales previas (si bien la compensación de estas últimas no puede superar la base imponible positiva individual de la propia sociedad).

Por todo ello, y en atención a los argumentos expuestos en el apartado 4 anterior (entre los que destaca una adecuada interpretación literal, sistemática y teleológica del art. 71.1 LIS), entendemos que es posible defender una interpretación favorable a la inexistencia de un orden de prelación en la compensación de BIN en el seno de un grupo de consolidación fiscal. Existen argumentos para sostener que la actuación del contribuyente que hubiera optado por la aplicación de BIN individuales previas sin tener en cuenta estas restricciones podría responder a una interpretación razonable de la norma (como lo demuestra la resolución del TEAC citada), y que por ello su conducta no debería ser sancionable.

Dicho lo anterior, hay que admitir que si bien la cuestión sigue abierta, la sentencia de la Audiencia Nacional parece confirmar un giro hacia posiciones más restrictivas, que debiera ser objeto de consideración por parte de las sociedades que formen parte de grupos consolidados españoles.

LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA SENTENCIA EN LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

JOAN IGLESIAS CAPELLAS

Inspector de Hacienda del Estado

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:

EL presente trabajo tiene por objeto el estudio de las condiciones de aplicación de la disposición adicional décima de la Ley General Tributaria. Para ello, en primer lugar, examinaremos los preceptos que configuran el régimen jurídico de la ejecución civil de la sentencia penal, en busca de la lectura que, siendo respetuosa con las exigencias constitucionales sobre la competencia funcional del juez de lo penal, permita integrar las normas procesales con las normas reguladoras de actividad ejecutiva de los órganos de la Administración Tributaria. Seguidamente, analizaremos la relación que se establece entre el órgano judicial y el órgano de recaudación cuando el condenado por un delito contra la Hacienda Pública no satisface voluntariamente la indemnización fijada en la sentencia. Por último, y considerando que nos encontramos ante una próxima reforma del Código Penal que, entre otros aspectos, puede afectar decisivamente al régimen jurídico de los delitos contra la Hacienda Pública, a modo de conclusión, comentaremos las tendencias que se apuntan en el Derecho Proyecto, en lo que se refiere a la responsabilidad civil derivada de las defraudaciones tributarias con trascendencia penal.

Palabras clave: delito contra la Hacienda Pública, disposición adicional décima de la Ley General Tributaria, responsabilidad civil, título ejecutivo y Proyecto de Ley para la reforma del Código Penal.

THE ADMINISTRATIVE EXECUTION OF THE SENTENCE IN CRIMES AGAINST PUBLIC FINANCES

JOAN IGLESIAS CAPELLAS

Inspector de Hacienda del Estado

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:

THE present work analyses the conditions of application of the 10th additional disposition of the General Tax Law. The study, in the first place, examines the articles that organize the juridical regime of the civil execution of criminal sentences. The study tries to make an interpretation of these articles being respectful with the constitutional duties on the functional competences of the criminal judge, and also allowing the integration of the procedural norms with the administrative norms of the executive activity of the Tax Administration organs. Then, the study analyzes the relationship that exists between the judicial organ and the financial one when the convict for a crime against Public Finance Administration doesn't satisfy voluntarily the compensation fixed in the sentence. Finally, considering that the Penal Code is going to be amended and amends can affect the juridical régime of the crimes against Public Finance, the study comments the tendencies that are aimed in the amend that refer to the civil responsibility derived from the tax frauds that have a criminal significance.

Keywords: crime against the public finance, 10th additional disposition of the General Tax Law, Civil responsibility, executive title and bill for the amend of the Penal Code.

Sumario

Introducción.

- I. La intervención de la Administración Tributaria en el proceso de ejecución de la sentencia condenatoria.
 1. Lectura sistemática de la disposición adicional décima de la LGT.
 2. Lectura constitucional de la disposición adicional décima de la LGT.
 3. La coordinación de las actuaciones judiciales para la ejecución de la sentencia y el procedimiento administrativo de apremio.
- II. La exacción en vía de apremio de la responsabilidad civil.
 1. El cumplimiento voluntario de la condena a pagar una indemnización a la Hacienda Pública.
 2. Condiciones legales para la iniciación del procedimiento administrativo de apremio.
- III. La deuda tributaria y la responsabilidad civil por delito contra la Hacienda Pública en el Derecho proyectado.
 1. El modelo de preferencia administrativa.
 2. El modelo de preferencia jurisdiccional.
 3. El modelo de concurrencia de actuaciones.

INTRODUCCIÓN

La respuesta del ordenamiento jurídico ante la comisión de un delito contra la Hacienda Pública constituye uno de los escenarios normativos de mayor complejidad en el ámbito de nuestro Derecho público, pues requiere conciliar la aplicación de las normas tributarias –tanto sustantivas como formales– con las normas penales y, sobre todo, con las normas propias del Derecho Procesal (ya sean civiles o penales). Todas ellas, además, deben acomodarse a los preceptos constitucionales que regulan, de una parte, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y, de otra, el deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Por si ello no fuere suficiente, en este heterogéneo contexto debe articularse la intervención de distintos poderes del Estado (fundamentalmente el Judicial y el Ejecutivo), cada uno de ellos sujeto a sus propias reglas de actuación y a criterios de decisión que, a menudo, resultan contradictorios unos con otros.

En los delitos contra la Hacienda Pública, la *notitia criminis* suele tener su origen en la Administración Tributaria cuando, en el curso de un procedimiento administrativo de comprobación o de regularización de la situación tributaria de un determinado contribuyente, pone de manifiesto unos hechos presuntamente delictivos y da conocimiento de ellos al Ministerio Fiscal ¹. Seguidamente, si considera que existen indicios racionales de criminalidad, el fiscal interpone la correspondiente querrela ² que, de admitirse a trámite, determina el inicio de un proceso penal en el que, por regla general, comparece el Abogado del Estado en condición de acusación particular ³ y, en representación de la Administración Tributaria, ejerce acumuladamente con la penal la acción por responsabilidad civil derivada del delito ⁴.

¹ El artículo 180.1 de la Ley General Tributaria (LGT) establece claramente que: «Si la Administración Tributaria estima-se que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal [...]».

² Según el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LCrim.): «Los funcionarios del Ministerio fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada».

³ Conforme a lo indicado en el apartado ocho del artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre (en la redacción dada por la disp. adic. 17.^a de la Ley 18/1991, de 6 de junio): «La representación y defensa en juicio [de la Agencia Estatal de Administración Tributaria] corresponde a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico de la Agencia y en los Servicios jurídicos del Estado [...]». Las especialidades aplicables a la intervención de los entes públicos en los procesos penales por delito contra la Hacienda Pública vienen recogidas en la Ley 52/1997, de 27 de diciembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y, en lo referente a la ejecución de las sentencias, desarrolladas en la Circular 1/2004 de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico de la AEAT.

⁴ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 108 de la LCRim.: «La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables». En el

Si, ultimadas las diligencias previas, el juez instructor entiende que se confirman los indicios que motivaron la interposición de la querella, acuerda la apertura de la fase de juicio oral remitiendo las actuaciones al juzgado de lo penal o al tribunal que en cada caso corresponda ⁵. En caso de que se dicte sentencia condenatoria, y una vez adquiera firmeza, corresponde al órgano judicial asegurar el cumplimiento de los distintos pronunciamientos que incorpora ⁶. A tal efecto, en lo que se refiere a la pena de privación de libertad, se requiere la intervención de la Administración Penitenciaria ⁷; en lo que se refiere a la exacción de la responsabilidad civil, se requiere la intervención de la Administración Tributaria ⁸; y en lo que se refiere al pago de la multa y de las costas, en principio, su exacción compete directamente al propio juez que dictó la sentencia ⁹.

Planteada la cuestión en estos términos, si consideramos que, según lo dispuesto en el artículo 180 de la LGT, al presentar la denuncia queda en suspenso la actividad administrativa ¹⁰, cuando

ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública, cabe interrogarse acerca de si dicha renuncia es o no es posible. FALCÓN Y TELLA entiende que con la reforma del régimen jurídico para la exacción de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la Hacienda Pública el legislador establece: «[...] una reserva de la acción civil, conforme a lo establecido en el artículo 109.2 del Código Penal, para ejercer la misma fuera del proceso penal, con la peculiaridad de que tal reserva se presumiría *ope legis* producida (en virtud de la adicional décima de la LGT), sin necesidad de manifestación expresa de la Administración, con la consecuencia de que la Administración seguiría disponiendo de sus facultades de autotutela tanto declarativa (con el límite de no poder ir en contra de los hechos declarados probados en la sentencia judicial) como ejecutiva», FALCÓN Y TELLA, R., «La ejecución de las sentencias penales por la Agencia Tributaria», en *Quincena Fiscal* (editorial), núm. 5, 2004, pág. 2. También se plantea esta posibilidad APARICIO PÉREZ al considerar que la iniciación de un proceso penal por un delito contra la Hacienda Pública: «[...] no es óbice para que se pueda renunciar al ejercicio de la acción de responsabilidad civil en la vía penal y en la civil, reservándose la potestad ejecutiva y su consiguiente exigencia por vía de apremio, una vez concluso el proceso penal y fijada la cuantía del daño por el Tribunal sentenciador». APARICIO PÉREZ, A., «La responsabilidad civil en los delitos contra la Hacienda Pública», en *Información Fiscal*, núm. 37, 2000, pág. 15. En contra, destaca la posición de GARCÍA NOVOA para quien: «[...] en relación con la Hacienda Pública no tiene sentido [...] la posible renuncia a la acción civil por parte de la Administración Tributaria que colisionaría con la indisponibilidad del crédito tributario». GARCÍA NOVOA, C., «Elementos de cuantificación de la obligación tributaria», CALVO ORTEGA, R. (dir.); TEJERIZO LÓPEZ, J.M. (coord.), en *La nueva Ley General Tributaria*, Madrid, 2004, pág. 375.

⁵ Uno de los parámetros a considerar para determinar la competencia para conocer de un juicio por delito contra la Hacienda Pública es la pena prevista para el delito que se imputa. Según el artículo 14 de la LCrim., cuando se pide una pena inferior a cinco años conocerá el juzgado de lo penal de la circunscripción donde el delito fue cometido. Por el contrario, si se pide una pena igual o superior a cinco años conocerá la Audiencia Provincial o, en su caso, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

⁶ Así lo establecen, entre otros, los artículos 9 y 985 de la LCrim.

⁷ Con carácter general, el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LGP), dispone que: «Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y condenados».

⁸ Así lo establece la disposición adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, que constituye precisamente el objeto de estudio del presente trabajo.

⁹ Según el artículo 53 del Código Penal (CP): «Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que podrá cumplimentarse en régimen de arrestos de fin de semana».

¹⁰ Tanto es así que, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 180.1 de la LGT, una vez remitido el expediente al Ministerio Fiscal: «[...] Las actuaciones administrativas realizadas durante el periodo de suspensión se tendrán por inexistentes». Este efecto jurídico es la consecuencia que, sobre el procedimiento tributario, produce la iniciación del proceso penal y cuyo fundamento, junto con el principio de non bis in idem, se encuentra en el artículo 3 de la LCrim., que atribuye al juez de lo penal la competencia para resolver las cuestiones administrativas que aparezcan íntimamente

media una condena por entenderse cometido el delito tipificado en el artículo 305 del CP el deber general de contribuir se concreta en el deber de satisfacer la indemnización que, en concepto de responsabilidad civil, se reconoce a favor de la Hacienda Pública ¹¹.

Las posiciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de la obligación de pago que recae sobre el autor de un delito contra la Hacienda Pública son, en estos momentos, irreconciliables. Los autores que sostienen la condición intrínsecamente tributaria de dicha obligación ponen de manifiesto las dificultades conceptuales que plantea su configuración como un supuesto de responsabilidad extracontractual ¹². Por el contrario, los autores que, de consuno con la jurisprudencia consolidada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ¹³, mantienen la naturaleza civil del deber de indemnizar

ligadas al hecho punible. No obstante lo anterior, son muchos los autores que entienden que dicho efecto suspensivo únicamente cabe referirlo al procedimiento sancionador. COLOMA CHICOT, J.A., FALCÓN Y TELLA y, antes que ellos, FERNÁNDEZ OUBIÑA, entre otros, han mantenido que la naturaleza tributaria de la deuda determina que su liquidación y posterior recaudación deba realizarse independientemente de la existencia de un proceso penal para determinar las consecuencias punitivas de elusión del pago del tributo en cuestión.

¹¹ Con carácter general, el artículo 116 del CP dispone que: «Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios». Sin embargo, un importante sector de la doctrina plantea serias dudas acerca de que la comisión de un delito contra la Hacienda Pública provoque un daño a la Administración Tributaria. Entre ellos, destaca la claridad de MUÑOZ MERINO cuando pone de manifiesto que: «[...] no se puede transformar la responsabilidad tributaria en responsabilidad civil, pues además de poseer principios inspiradores diferentes, ambas instituciones responden también a finalidades diversas». MUÑOZ MERINO, A., *Delito de contrabando*, Pamplona, 1992, pág. 517. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ señala que: «[...] la concepción que entiende que la obligación tributaria preexistente se convierte, en virtud del delito en que se plasma su elusión, en una obligación civil *ex damno* da lugar a conclusiones paradójicas y a pretensiones contradictorias», SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal» en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pág. 921. Una posición intermedia es la que adopta CHICO DE LA CÁMARA, para quien: «[...] a pesar de no ser el nacimiento de la obligación tributaria la causa del daño, el incumplimiento tributario sí constituye el propio objeto del delito, lo que legitima a reclamar la reparación del daño realizado en el ámbito del proceso penal». CHICO DE LA CÁMARA, P., «El delito fiscal en el ámbito de la imposición sobre la renta de las personas jurídicas no debe alterar las posiciones jurídico-subjetivas del tributo», en *Quincena Fiscal*, 14/1998, pág. 16.

¹² En este sentido, uno de los primeros autores en abordar este tema y, por ello, referencia obligada de todos los trabajos posteriores, es AGULLÓ AGÜERO, para quien: «[...] la radical diferencia existente entre "responsabilidad administrativa" o tributaria y responsabilidad civil que las hace absolutamente inequiparables, tanto por su régimen jurídico como por la fuente, finalidad, e incluso cuantía de la prestación a que dieren lugar». AGULLÓ AGÜERO, A., «Delitos e infracciones de contrabando», *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo III, Madrid, 1984, pág. 363. Entre los trabajos más recientes destaca el de SANZ DÍAZ-PALACIOS quien, después de efectuar un repaso sistemático al estado de la cuestión, concluye que: «[...] En los supuestos de delito fiscal, la deuda tributaria no deja de ser tal. En puridad, una vez dictada la correspondiente sentencia penal, la Administración debería determinar la deuda tributaria sobre la base de los hechos que dicha sentencia hubiese declarado probados.[...]». SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., *Deuda Tributaria y responsabilidad civil por delito fiscal*, Barcelona, 2009, pág. 155.

¹³ En la Sentencia de 3 de diciembre de 1991 (NFJ001419), el Tribunal Supremo anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que excluía la existencia de responsabilidad civil en el delito contra la Hacienda Pública, y desde entonces ha mantenido su postura cada vez que esta cuestión le ha sido planteada. Concretamente, en dicha resolución el Alto Tribunal construye la que será su doctrina sobre la «mutación del título» al considerar que: «[...] la cuantía de la defraudación es un elemento del tipo objetivo que ha de ser fijado dentro del proceso, por cuanto la deuda tributaria resultante del expediente administrativo no pasa del debate judicial como un dato predeterminado, intangible e invariable, inmune a la contradicción procesal; es aneja al delito y ha de imponerse en la sentencia al responsable del mismo, cumpliendo lo que disponen los artículos 19 y 101 y siguientes del Código Penal, sin que el procedimiento administrativo impida exigir esta responsabilidad, dado que el pronunciamiento penal no sólo corta la posibilidad de una sanción por vetarlo el principio de non bis in idem, sino que provee a la Hacienda Pública de un nuevo y único título para hacer efectiva la deuda tributaria».

a la Hacienda Pública, ponen de manifiesto las dificultades que plantea la integración del régimen jurídico-tributario en el proceso penal ¹⁴. Pese a la aparente radicalidad del debate, lo cierto es que ambas corrientes de pensamiento se esfuerzan en encontrar la mejor solución para una situación realmente compleja como es la coordinación de la autotutela tributaria y la tutela penal de la Hacienda Pública ¹⁵. Sin embargo, nadie parece plenamente satisfecho con la propuesta que formula. Prácticamente todos los autores reconocen los inconvenientes —ya sean sustantivos, ya sean procesales— que supone decantarse por una u otra conceptualización, y concluyen optando por aquella que, a su juicio, presenta una menor conflictividad ¹⁶.

El texto de la disposición adicional décima de la nueva LGT pone de manifiesto que el legislador, después de 20 años, ha sido consciente del escaso resultado económico obtenido de la persecución por vía penal de los incumplimientos tributarios. Sin embargo, en lugar de separar definitivamente la tutela penal de la autotutela administrativa, o lo que es lo mismo, en lugar de diferenciar los procedimientos de liquidación y recaudación de la cuota defraudada de los procedimientos —administrativos o penales— mediante los que se ejerce el *ius puniendi* tributario, mantiene la ambigüedad conceptual y como solución propone la utilización de la vía administrativa de apremio para la exacción de la responsabilidad civil derivada del delito.

En otras palabras, en estos momentos, y como consecuencia de la doctrina jurisprudencial de la *mutación del título*, se produce la paradoja de que una obligación (tributaria) nacida con la realización del hecho imponible, en el momento en que la elusión de su pago determina (por el mero hecho de superar un determinado importe) la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, se transforma en obligación (civil) nacida de una resolución judicial ¹⁷. A esta sorprendente transformación sobrevenida

¹⁴ APARICIO PÉREZ, al comentar la jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a la existencia de responsabilidad civil en los delitos contra la Hacienda Pública, indica que: «[...] es evidente que la tesis de que el delito fiscal no genera acción civil ejercitable junto a la penal [...] produce una situación práctica que incide en el buen funcionamiento de la Administración Tributaria y en una correcta aplicación del sistema fiscal, llegando incluso a desvirtuar la finalidad disuasora que la figura del delito fiscal está llamado a cumplir». APARICIO PÉREZ, J., «La jurisprudencia y la aplicación del delito fiscal; la responsabilidad civil y los incrementos no justificados de patrimonio», en *Impuestos*, núm. 11, 1990, pág. 278. En un sentido semejante, SOTO NIETO entiende que: «Se acumulan razones que impulsan la adopción del criterio proclive a la procedencia del dictado por el Tribunal sentenciador de la condena por responsabilidad civil, caso de delito fiscal [...]». SOTO NIETO, F., «Pronunciamiento sobre responsabilidad civil en causa por delito fiscal», en *Diario La Ley*, 12 de noviembre de 2002, pág. 1.747.

¹⁵ Quizás el origen del debate sea una mera cuestión de nomenclatura. Como dice COLOMA CHICOT: «Ante todo queremos significar que la expresión "responsabilidad civil derivada del delito fiscal" que utilizamos [...] alude en realidad al problema de cómo se articula en los supuestos de delito fiscal, la reintegración del impuesto defraudado a la Administración Tributaria [...]», COLOMA CHICOT, J.A., en «La responsabilidad civil derivada del delito fiscal y la Ley General Tributaria», en *La Ley*, núm. 6583, noviembre 2006, pág. 1 (www.diaristolaley.es).

¹⁶ Una buena síntesis del conflicto normativo que necesariamente se plantea respecto a esta cuestión la expone COLOMA CHICOT, para quien: «La [...] posición jurisprudencial que califica la reintegración de los conceptos tributarios defraudados en los supuestos de delito fiscal como un problema de responsabilidad civil derivada de delito, y que es mayoritariamente rechazada por la doctrina, olvida la regulación de las distintas fuentes de las obligaciones contenidas en los artículos 1.089 y ss. del CC, pues convierte lo que era una responsabilidad *ex lege* en responsabilidad por daño, y nos obliga a tomar como punto de referencia la normativa sobre responsabilidad civil derivada de delito (arts. 109 y ss. del CP), y los artículos 100, 108, 111 y 112 de la LCrim., que establecen competencia incidental de la jurisdicción penal para conocer de las cuestiones civiles resarcitorias conexas con los delitos patrimoniales de resultado lesivo», en *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 1.

¹⁷ Respecto a este singular fenómeno, compartimos la opinión expresada por SANZ DÍAZ-PALACIOS, según la cual: «[...] no es posible la "transustanciación" o "transmutación" de la obligación tributaria, es decir, no cabe que pase de tener carácter *ex lege* a tenerlo *ex damno*», SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., *op. cit.*, pág. 77.

de la naturaleza jurídica de la obligación de pago le sucede una segunda *mutación* de naturaleza formal cuando, ante la falta de ingreso voluntario de la indemnización fijada en la sentencia, para exigir su cumplimiento forzoso, en lugar de aplicar el cauce propio de la ejecución civil, la ley ordena que se siga el procedimiento de recaudación ejecutiva previsto para las obligaciones tributarias.

Esta dialéctica en lo sustantivo se reproduce también cuando se aborda el tema de las facultades de la Administración Tributaria para exigir coactivamente el pago de la indemnización. Para unos autores, el juez de lo penal es quien debe adoptar las decisiones necesarias (incluidas las ejecutivas) para vencer la resistencia del condenado a satisfacer la responsabilidad civil¹⁸. Para otros, es la Administración a la que se ha reconocido un derecho de crédito la que debe encargarse de su ejecución forzosa¹⁹. Sin embargo, a diferencia del debate anterior, no es el principio de eficacia el elemento determinante de la opción por la que finalmente se decantan los autores, sino fundamentalmente su posición acerca de la distribución de competencias entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo²⁰.

El legislador no ha contribuido precisamente a decidir el sentido del debate pues, si bien es cierto que, mediante la disposición adicional décima de la LGT, ha introducido la vía de apremio como cauce para la recaudación de la indemnización reconocida a la Administración Tributaria, al indicar que la responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública coincide con la deuda tributaria defraudada y los intereses de demora y, al propio tiempo, mantener el régimen de

¹⁸ Al comentar el contenido y alcance de la disposición adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, HINOJOSA MARTÍNEZ considera que: «Se trata, ni más ni menos, de consagrar legislativamente un supuesto de colaboración administrativa en el desarrollo de la función jurisdiccional en su faceta de ejecutar lo juzgado, sin que la intervención administrativa que la norma contempla conlleve la extracción de dicha actividad de aquel ámbito.», en «La intervención administrativa en la ejecución de sentencias y la exacción de la responsabilidad civil por delitos contra la Hacienda Pública en la nueva Ley General Tributaria». HINOJOSA MARTÍNEZ, E., en *La Ley*, núm. 6.095, 28 de septiembre de 2004, pág. 14 (www.diariolaley.es). Aunque por razones completamente opuestas, FALCÓN Y TELLA opina que: «[...] lo que no cabe, a mi juicio, es que la propia Ley tributaria excluya de plano al juez penal en la ejecución de una sentencia por él dictada, encomendando directamente tal ejecución a la Administración», señalando seguidamente que, respecto a esta cuestión, no caben posturas intermedias, sino que debe optarse: «[...] O ejecuta la Administración, sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y a los plazos de prescripción tributaria o ejecuta el juez de lo penal. Pero lo que no cabe es que la Administración pretenda beneficiarse simultáneamente de las ventajas que para ella presenta cada modelo, sin arrostrar simultáneamente sus limitaciones y garantías», FALCÓN Y TELLA, R., en «La ejecución...», *op. cit.*, pág. 8.

¹⁹ De entre todos los autores, quizás sea CHOCLÁN MONTALVO quien con mayor rotundidad defiende el carácter íntegramente administrativo de la ejecución forzosa. Concretamente, sostiene que: «[...] la exacción de la responsabilidad civil por el procedimiento administrativo de apremio pone de manifiesto que la Administración conserva la potestad de autotutela incluso para deudas superiores al límite de punibilidad que hayan sido objeto de un proceso penal [...]», en «Incidencia de la nueva Ley General Tributaria en el delito fiscal. Una necesaria revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», CHOCLÁN MONTALVO, J.A., en *Diario La Ley* núm. 5928/2004, pág. 2 (www.diariolaley.es). Por su parte, RIBES RIBES adopta una posición intermedia al entender que: «La disposición adicional 10.ª de la LGT debe interpretarse como una posible fórmula de colaboración para la ejecución del fallo, pero no como la única posibilidad que asiste al juzgador que, por el contrario, puede disponer que dicha ejecución se desarrolle de otro modo.», RIBES RIBES, A., «Aspectos procedimentales del delito de defraudación tributaria», en *Tributación Práctica*, núm. 8, Madrid, 2007, pág. 183.

²⁰ En este sentido, CASADO OLLERO indica que: «[...] no cabe duda de que es (singularmente) al legislador a quien, en primer término, le incumbe la función y la responsabilidad de establecer y distribuir entre Administración y Jurisdicción las competencias para reaccionar frente al comportamiento defraudatorio de los tributos, ordenando los instrumentos y habilitando las potestades que aseguren tanto el descubrimiento, persecución y enjuiciamiento de la delincuencia fiscal, como la recaudación de los impuestos impagados y, en fin, el resarcimiento o reparación de los daños causados por el delito.», en CASADO OLLERO, G., «Administración Tributaria, Jurisdicción Penal y Delito Fiscal», en *Estudios Jurídicos en memoria de D. César Albiñana-García Quintana*, IEF, Madrid, 2008, pág. 1.597.

suspensión de los procedimientos administrativos, parece que no se atreve a separarse definitivamente de la doctrina jurisprudencial que considera que la obligación de pago del condenado constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual, aunque ciertamente se vislumbre una tendencia a corregir el estado de cosas vigente hasta la fecha ²¹.

I. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, introduce mediante su disposición adicional décima lo que podría considerarse como una excepción legal en el régimen jurídico aplicable a la ejecución forzosa de la responsabilidad civil declarada en una sentencia penal, cuando los daños y perjuicios que se reparan tienen su origen en la comisión de un delito contra la Hacienda Pública ²². Lamentablemente, en la Exposición de Motivos no figura ninguna referencia que nos permita establecer cuál es la voluntad del legislador ni la finalidad última que se persigue con su aprobación ²³. Tampoco se precisa cuál es el precepto o preceptos afectados por la norma que se adiciona a dicho texto legal.

Las interpretaciones doctrinales acerca del alcance que cabe atribuir a la disposición adicional décima de la LGT vienen a reproducir el histórico debate acerca de la naturaleza jurídica de la obligación de pago que recae sobre el condenado por un delito contra la Hacienda Pública. Para unos autores es un síntoma evidente a favor del reconocimiento del carácter tributario de la deuda ²⁴. Para

²¹ CHOCLÁN MONTALVO pone de manifiesto que: «La proliferación de los tipos penales del llamado derecho penal económico en sentido amplio, a menudo formulados bajo la técnica de la norma penal en blanco, hace necesario un replanteamiento de la cuestión prejudicial devolutiva en el proceso penal. La prejudicialidad no devolutiva se explica históricamente en figuras de delito en las que la cuestión civil o administrativa era simple [...]. Pero la cada vez más compleja realidad tributaria determinará correlativamente la incapacidad del juez penal para abordarla y la frecuente asunción acrítica del, o la subordinación al, criterio de determinados peritos denominados "oficiales" de la Administración», CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Fraude a la ley tributaria y delito fiscal. Una reflexión desde los principios constitucionales del derecho penal (a propósito de la STC 120/2005, de 10 de mayo)», en *Diario La Ley* núm. 6.296, 2005, pág. 3 (www.diariolaley.es).

²² Según el apartado primero de la disposición adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre): «En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio».

²³ La única referencia interpretativa es la justificación de la enmienda que el Grupo parlamentario popular presentó en el Senado y que dio origen a su aprobación [enmienda 361, BOCG, Serie II, núm.157.e)]. Concretamente, la finalidad invocada para introducir este precepto fue: «[...] garantizar la ejecución de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la Hacienda Pública [...]». Luego, podría entenderse que para el legislador la aplicación del régimen general de ejecución de la sentencia penal no garantiza suficientemente el efectivo reintegro de la cantidad defraudada por el autor de un delito contra la Hacienda Pública, siendo preferible proceder a su exacción por la vía administrativa de apremio.

²⁴ Para FALCÓN Y TELLA: «[...] la disposición adicional citada supone un reconocimiento expreso de que el delito fiscal no supone una novación de la obligación tributaria, y que por lo tanto la nueva ley supone una desautorización expresa de la doctrina sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo [...]», FALCÓN Y TELLA, R., «La ejecución...», *op. cit.*, pág. 1. Por su parte, CHOCLÁN MONTALVO parece no tener ninguna duda acerca de las consecuencias y del alcance que cabe atribuir a lo indicado en la disposición adicional décima de la LGT, pues afirma que: «La nueva LGT ha corregido este devenir de la jurisprudencia y ha dejado claro que la naturaleza de la deuda tributaria no se transforma por el hecho

otros, es precisamente la confirmación legislativa de la jurisprudencia que, respecto a esta cuestión, se ha pronunciado con abrumadora unanimidad a favor de su condición de responsabilidad patrimonial por acto ilícito o extracontractual²⁵.

En nuestra opinión, difícilmente puede entenderse que con la actual redacción de la disposición adicional décima de la LGT se zanje una discusión como la que se viene manteniendo respecto a la responsabilidad civil en los delitos contra la Hacienda Pública. Debe reconocerse que si la voluntad legislativa fuera mantener el estado de cosas existente, dicha norma resultaría irrelevante. Ciertamente, la posición adoptada por el legislador constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico²⁶, pero con su ambivalente posición nos impide extraer conclusiones definitivas de carácter sustantivo.

De todos modos, sí cabría realizar dos consideraciones preliminares acerca del contenido de la disposición adicional décima de la LGT. En primer lugar, advertir de que no contiene una única norma sino que agrupa un conjunto de preceptos de diversa naturaleza y finalidad. En segundo lugar, evidenciar que, por su ámbito objetivo de regulación, no contiene normas tributarias, sino preceptos de carácter procesal. Es decir, el principal destinatario de la norma no es la Administración Tributaria ni tampoco el contribuyente, sino el órgano judicial que conoce de un delito contra la Hacienda Pública.

Naturalmente, podrá discutirse su inadecuada ubicación sistemática y también la indeterminación del epígrafe que la identifica, pero dichas deficiencias de técnica legislativa en nada alteran su verdadera naturaleza y contenido. Por ello, y antes de entrar a analizar el detalle del régimen jurídico que de dichas normas se desprende, resulta fundamental establecer, de una parte, el entorno normativo en el que se integran y, de otra, examinar su posible colisión con las normas que regulan la ejecución de la sentencia penal.

de que el sujeto pasivo del tributo haya realizado un comportamiento punible». CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «La incidencia...», *op. cit.*, pág. 2.

²⁵ En este sentido, HINOJOSA MARTÍNEZ sostiene que: «[...] puesto que la nueva Ley General Tributaria se ha limitado a institucionalizar esta colaboración administrativa en la ejecución de la sentencia penal [...] habrá de entenderse asimismo que con ella el Legislador no ha alterado la postura mantenida por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en relación con la integración de la cantidad defraudada entre los elementos objetivos de los delitos contra la Hacienda Pública tipificados en los artículos 305 y siguientes del Código Penal vigente, que al entender del Alto Tribunal, se configuran como delitos patrimoniales de resultado, de manera que concretado este resultado en el pago de la cantidad defraudada, dicha cantidad integra la responsabilidad civil derivada del delito y debe ser determinada por el órgano judicial penal, encontrando en la propia sentencia su título de ejecución». HINOJOSA MARTÍNEZ, E., «La intervención...», *op. cit.*, pág. 14.

²⁶ La utilización del procedimiento de apremio tributario para conseguir el pago de la indemnización sólo resulta novedoso en Derecho español pues, en general, las soluciones previstas en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno tienden a conferir un mayor protagonismo a la Administración Tributaria. Tal como explica COLOMA CHICOT, en el Derecho francés se aplica la regla de la solidaridad, de modo que se declara obligados al pago de la deuda tributaria a los autores y cómplices del delito junto con el responsable legal del impuesto (el sujeto pasivo en la terminología española), de modo que al juez únicamente le corresponde decidir si procede o no dicha solidaridad; pero la cuantificación de la deuda y su recaudación corresponden exclusivamente a la Administración. COLOMA CHICOT, J.A., «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pág. 10. En Derecho alemán, CORDERO GONZÁLEZ pone de manifiesto que no se produce ningún tipo de conflicto respecto a la competencia para exigir el pago de la deuda tributaria defraudada en el delito fiscal por cuanto la función del juez se limita a valorar la existencia del delito. Es la Administración quien determina la cuantía de la deuda y recauda su importe, sin que en ningún momento se discuta su naturaleza tributaria. CORDERO GONZÁLEZ, E., «El delito fiscal en el ordenamiento alemán», en *Crónica Tributaria*, núm. 123, 2007, pág. 95.

1. Lectura sistemática de la disposición adicional décima de la LGT.

En el apartado primero de la disposición adicional décima de la LGT se advierte un doble contenido normativo: de una parte, establece el alcance económico de la indemnización a percibir por el Estado en caso de condena por un delito contra la Hacienda Pública y, de otra, regula el procedimiento a seguir para exigir el pago coactivo de la deuda derivada de dicha condena. En el primer caso, se trata de un contenido de carácter sustantivo; en el segundo, de un contenido de carácter formal.

Desde la primera perspectiva, su adecuada interpretación requiere ponerlo en relación con lo dispuesto en el artículo 115 del CP, según el cual las sentencias por las que se declare la responsabilidad civil derivada de un delito establecerán razonadamente las bases en que se fundamente la cuantía de la indemnización. Es decir, habida cuenta de que, con carácter general, la norma procesal deja en manos del juez la determinación del importe a satisfacer en concepto de responsabilidad civil, cabe entender que, recogiendo una consolidada práctica judicial, el legislador tributario lo que hace es introducir una norma especial en virtud de la cual predetermina la forma de calcular la indemnización cuando se trate de delitos contra la Hacienda Pública ²⁷.

Sin entrar en este momento en el debate de si con dicha indicación el legislador se decanta por una u otra concepción de la obligación de pago que recae sobre el autor de un delito contra la Hacienda Pública, desde un planteamiento de estricta técnica legislativa, y considerando que, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final sexta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, las normas incluidas en el Título V de su Libro Primero tienen carácter de ley ordinaria, ningún obstáculo de rango normativo impide introducir una regla especial para el cálculo de la indemnización derivada de la comisión del delito tipificado en el artículo 305 del CP.

Desde la perspectiva formal, la norma afectada es el artículo 984 de la LCRim., en la medida en que el apartado primero de la disposición adicional décima de la LGT contiene una norma con idéntico contenido y finalidad, sólo que referida a los daños o perjuicios derivados de una determinada modalidad delictiva. Luego, cabría entender que se trata de un precepto especial que se integra con el precepto general antes citado, de modo que, para determinar el régimen jurídico aplicable a la ejecución de las sentencias por las que se reconoce el derecho a percibir una indemnización en concepto de responsabilidad civil, cabe excluir los delitos contra la Hacienda Pública del régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), para aplicar lo dispuesto en los artículos 167 y siguientes de la LGT ²⁸.

²⁷ Un efecto semejante cabe atribuir a lo dispuesto en la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSP), donde se establece un baremo obligatorio en virtud del cual se unifican los criterios para la determinación de la responsabilidad civil por daños personales en accidentes de circulación.

²⁸ Según establece el artículo 97 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC): «Si en virtud de acto administrativo hubiere de satisfacerse cantidad líquida se seguirá el procedimiento previsto en las normas reguladoras del procedimiento recaudatorio en vía ejecutiva». Por consiguiente, aunque la disposición adicional décima de la LGT no se remite directamente a la normativa tributaria, en el ámbito del Derecho público, a excepción de las normas relativas a la recaudación de los recursos de la Seguridad Social, el procedimiento de apremio *común* es el regulado en la LGT.

En principio, y tratándose de normas de igual rango normativo, no parece que entre ellas se produzca ninguna colisión, pues el legislador se limita a disociar el régimen procedimental aplicable para la ejecución de las sentencias penales que incorporan una condena en concepto de responsabilidad civil. Por ello, el apartado primero de la disposición adicional décima de la LGT constituye una modificación de la norma general contenida en el artículo 984 de la LCrim. en el sentido de incorporar un supuesto especial en el que la remisión, en lugar de realizarse a favor de lo que podríamos denominar vía de *apremio judicial*, se realiza a favor de la vía de *apremio administrativo*.

Quizás la principal objeción que podría hacerse a esta opción legislativa es que se limite a los delitos contra la Hacienda Pública, ya que las razones técnicas que, como veremos a continuación, justifican dicha disociación de régimen también se encuentran presentes en otros tipos delictivos en los que la Administración Pública (y no sólo la Tributaria) resulta acreedora de la indemnización por los daños o perjuicios ocasionados por la comisión de un delito ²⁹.

En cuanto a las normas contenidas en los apartados segundo, tercero y cuarto de la disposición adicional décima de la LGT, es evidente que no guardan relación ninguna con lo dispuesto en el artículo 984 de la LCrim., sino que se trata de reglas mediante las que se articula la relación que, por ministerio de la ley, se establece entre el órgano judicial encargado de velar por la ejecución de la sentencia penal y el órgano administrativo responsable del procedimiento administrativo de apremio contra los bienes del condenado. En particular, las reglas incluidas en los apartados segundo y tercero entendemos que deben confrontarse con lo establecido en los artículos 548 y siguientes de la LEC, relativos al despacho de la ejecución civil, puesto que se trata de normas por las que se fijan las condiciones y, sobre todo, el momento procesal en el que por el juez de lo penal se remite el testimonio de la sentencia firme a la Administración Tributaria para que proceda a la exacción de la deuda por la vía de apremio administrativo. Por el contrario, el apartado tercero debe ponerse en relación con el artículo 125 del CP, según el cual se reconoce al juez la facultad de fraccionar el pago de las responsabilidades pecuniarias que deriven de la sentencia condenatoria.

Finalmente, en el apartado cuarto de la disposición adicional décima de la LGT se establece un deber de la Administración Tributaria de informar al juez del estado de tramitación de los procedimientos que se sigan para hacer efectiva la indemnización, así como de las incidencias que puedan producirse hasta obtener el pago. A nuestro modo de ver, esta norma ya no presenta un carácter propiamente procesal, sino que pretende fijar el contenido de la relación que se establece entre la Administración Tributaria y el órgano judicial después de acordada la iniciación de la vía de apremio. Sin embargo, llama la atención la referencia explícita al artículo 117.3 de la Constitución, ya que con ello se introduce una dimensión constitucional que, en principio, y por obvia, no parece necesaria.

Una posible interpretación de este precepto sería considerar que, si lo único que se exige de la Administración es que mantenga informado al juez, el legislador ha querido enfatizar la autotutela

²⁹ En particular, nos referimos a los delitos contrabando y a las insolvencias punibles. Los primeros quedarían excluidos en la medida en que, desde la perspectiva penal, no son delitos contra la Hacienda Pública, sino que vienen regulados en una ley especial (LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando). Los segundos, porque sistemáticamente se ubican en el Título XIII del CP (delitos contra el Patrimonio y el orden socioeconómico) independientemente de que la insolvencia tenga por finalidad eludir el pago de la deuda tributaria.

administrativa en lo que se refiere al impulso y resolución del procedimiento administrativo de apremio ³⁰. Sin embargo, tampoco puede rechazarse la interpretación contraria, según la cual, el juez *encomienda* a la Administración Tributaria la realización de las actuaciones materiales en que consiste la ejecución patrimonial forzosa, pero *mantiene* intacto su poder de decisión respecto a cualquier cuestión que se suscite respecto al cumplimiento del fallo ³¹.

Una vez más, al plantearse el debate en términos excluyentes, las soluciones que se ofrecen son imperfectas. Las normas procesales –ya sean penales o civiles– están concebidas para ser aplicadas en un escenario en el que existe una absoluta igualdad jurídica entre las partes del proceso, siendo el juez o tribunal el único depositario del poder del Estado. Por el contrario, las normas tributarias están concebidas para ser aplicadas unilateralmente por parte de un órgano integrado en el Poder Ejecutivo. Por ello, para resolver las innumerables cuestiones que se plantean respecto a la ejecución de la sentencia que reconoce a la Administración Tributaria el derecho a obtener una indemnización a cargo del autor de un delito contra la Hacienda Pública, es indispensable realizar un extraordinario esfuerzo de integración.

En otras palabras, del mismo modo que no es admisible reducir a un juez a un mero espectador del proceso de ejecución de la sentencia que ha dictado, tampoco es admisible desposeer a la Administración de sus facultades para la ejecución del crédito que en dicha sentencia se reconoce ³². Por consiguiente, se impone una interpretación de la disposición adicional décima de la LGT que, al tiempo que permita conciliar el ejercicio las competencias del órgano judicial y del órgano administrativo, coordine eficazmente el tránsito entre la fase judicial de ejecución de la sentencia y la vía administrativa de apremio.

³⁰ Para CHOCLÁN MONTALVO: «Queda claro, pues, que en el delito fiscal, como delito consistente en la infracción de un deber, esta obligación precede al hecho típico. Y no se transforma por virtud de la incoación de un proceso penal con el diferente objeto de depuración de responsabilidades penales. Por ello, la Administración Tributaria recobra sus facultades de autotutela ejecutiva una vez dictada la sentencia penal [...]». CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Incidencia...», *op. cit.*, pág. 8. Por su parte, COLOMA CHICOT, J.A. adopta una posición intermedia, pues considera que: «A pesar de lo preceptuado en el artículo 117.3 de la Constitución, que atribuye a los jueces y tribunales la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, consideramos que es aceptable desde un punto de vista constitucional la atribución de competencia a la Administración Tributaria para ejecutar las deudas defraudadas, y ello en la medida en que en el actual estado de cosas la revisión de lo actuado por la Administración en ejecución del crédito sea atribuida al juez de lo penal». COLOMA CHICOT «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pág. 6.

³¹ En este sentido, HINOJOSA MARTÍNEZ se muestra contundente al indicar que: «[...] la inserción de la actuación administrativa en el seno de la ejecución judicial, su conexión con la decisión que trata de ejecutarse, limitará sin duda las posibilidades de actuación que a la Administración brinda el ordenamiento, ya sea de acuerdo con su capacidad civil o en virtud de sus atribuciones de Derecho público». HINOJOSA MARTÍNEZ, E., «La intervención...», *op. cit.*, pág. 10. Por su parte, SANZ DÍAZ-PALACIOS, invocando lo dispuesto en la STC 67/1984, de 7 de junio, considera que: «[...] El Tribunal Constitucional ha admitido el mecanismo de la ejecución administrativa de resoluciones jurisdiccionales, y ello no como atribución de una potestad, sino en tanto que concreción del deber de cumplir lo dispuesto por resoluciones jurisdiccionales firmes, para lo cual los juzgados y tribunales pueden requerir la colaboración de los entes públicos». SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A. *op. cit.*, pág. 30.

³² De todos modos, compartimos la opinión de GONZÁLEZ-CARBALLO, para quien el carácter vicario de la ejecución administrativa determina que: «[...] la AEAT [no] pueda imponer las sanciones o exigir las responsabilidades previstas en la LGT para las conductas obstaculizadoras de los procedimientos administrativos ordinarios de apremio». GONZÁLEZ-CARBALLO ALMODÓVAR, A., en HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M., (coord.), *Comentarios a la Ley General Tributaria*. Vol. II, Pamplona, págs. 1.801-1.802.

2. Lectura constitucional de la disposición adicional décima de la LGT.

Junto a la lectura sistemática de los distintos preceptos incluidos en la disposición adicional décima de la LGT, es preciso realizar también un análisis de su adecuación al tratamiento constitucional del Poder Judicial, pues una de las primeras reacciones que suscitó la introducción de esta norma es la de aquellos autores que alertan de su posible inconstitucionalidad³³ por colisión con lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución.

Ciertamente, desde la perspectiva de la competencia funcional del órgano jurisdiccional, es evidente que, en la medida en que se altera el régimen general de la ejecución civil y se sustituye por el de la ejecución en vía administrativa, las actuaciones materiales encaminadas a obtener el cobro de la indemnización pasa a realizarlas la Administración Tributaria en lugar del juez que ha dictado la sentencia condenatoria³⁴. Sin embargo, de ello no cabe concluir que en virtud de la disposición adicional décima de la LGT se produzca una restricción inconstitucional de los poderes de juez de lo penal³⁵, sino que, a nuestro modo de ver, para pronunciarnos acerca de la adecuación de dicha norma a lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución es necesario establecer el verdadero alcance que el régimen especial que se introduce supone respecto al régimen común de ejecución de la sentencia penal.

a) La ejecución de la sentencia penal según el artículo 117.3 de la Constitución.

El contenido de la potestad jurisdiccional en lo que atañe a la ejecución de las sentencias se encuentra estrechamente vinculado con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva³⁶ o, lo que es lo mismo, como reiteradamente destaca la doctrina procesal, hasta que no se produce el efectivo cumplimiento

³³ Para PONS VIVES la disposición adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre «[...] supone un ataque frontal a la exclusividad del Poder Judicial en la ejecución de lo juzgado y, correlativamente, es inconstitucional», PONS VIVES, A., «Problemática en la ejecución de los fallos civiles de las sentencias de delitos contra la Hacienda Pública a partir de la disposición adicional décima de la Ley General Tributaria de 2003», en *Revista Iuris*, núm. 118, Julio 2007. También parece que indirectamente secunda esta posición MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Madrid, 2004, pág. 1.217. En un sentido semejante, HINOJOSA MARTÍNEZ entiende que para salvar el juicio de constitucionalidad es obligado interpretar que lo querido por el legislador es que la Administración colabore con el órgano judicial, pero no que le sustituya en la ejecución de la sentencia. HINOJOSA MARTÍNEZ, E., «La intervención...», *op. cit.*, pág. 17.

³⁴ De todos modos, dicha situación ni es nueva ni cabe referirla exclusivamente a la realización por la Administración Tributaria de actuaciones encaminadas a conseguir el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia penal, pues como explica detalladamente NAVARRO VILLANUEVA, en la doctrina procesal se viene debatiendo desde hace años acerca de la naturaleza jurisdiccional o administrativa de las tareas propias de la ejecución de la sentencia penal. En este sentido, a favor de excluir la ejecución del ámbito de la jurisdicción se posicionan autores clásicos de la doctrina italiana como CHIOVENDA, SANTORO o LEONE, y diversos autores de la doctrina española como GÓMEZ ORBANEJA, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, GONZÁLEZ NAVARRO, MONTES REYES o MATA TIRES, entre otros. NAVARRO VILLANUEVA, C., *Ejecución de la pena privativa de libertad*, Barcelona, 2002, págs. 75-86.

³⁵ Como dice SANZ DÍAZ-PALACIOS: «[...] si (a pesar de lo argumentado en estas páginas en su contra) se admite el criterio de la responsabilidad civil derivada del delito fiscal, parece que no estaría viciado de inconstitucionalidad el que se encomienda a la Administración Tributaria la ejecución de aquélla». SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., *op. cit.*, pág. 27.

³⁶ Entre otras contienen la posición del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial efectiva en lo que se refiere a la ejecución de sentencias las siguientes: STC 32/1987, de 7 de junio; STC 189/1990, de 26 de noviembre; STC 251/1993, de 19 de junio; STC 39/1994, de 15 de febrero; STC 1/1997, de 13 de enero; STC 240/1998, de 15 de febrero; STC 170/1999, de 27 de septiembre; STC 197/2000, de 24 de julio; STC 83/2001, de 26 de marzo; STC 3/2002, de 14 de enero; STC 140/2003, de 14 de julio; STC 223/2004, de 29 de septiembre; STC 187/2005, de 4 de julio; STC 86/2006, de 27 de marzo y STC 37/2007, de 12 de febrero.

de lo resuelto no cabe entender satisfecho el interés del ciudadano que acude a la Administración de Justicia³⁷. Por ello, el artículo 117.3 de la Constitución, al tiempo que atribuye en exclusiva a los jueces y tribunales la función de *juzgar*, dice también que les corresponde *hacer ejecutar* lo juzgado.

Si entendemos que *ejecutar* es sinónimo de «cumplir lo ordenado en la sentencia», podremos convenir en que la intervención del juez sentenciador para *hacer* cumplir el fallo sólo será necesaria cuando los destinatarios del mandato que contiene no lo cumplan voluntariamente³⁸. Por otra parte, cuando en una determinada resolución judicial concurre una condena de privación de libertad con una condena a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que se han causado, las funciones a desarrollar por órgano jurisdiccional para lograr el cumplimiento de una y otra no son las mismas.

Respecto al cumplimiento de la pena privativa de libertad, el artículo 990 de la LCrim. impone al juez el deber de adoptar, sin dilación, las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penitenciario que corresponda, para lo cual requerirá si es preciso la colaboración de las autoridades administrativas³⁹. Al propio tiempo, la norma delimita el contenido de dicho deber cuando establece que la competencia del juez o tribunal para hacer cumplir la sentencia excluye la de cualquier autoridad gubernativa *hasta* que se produzca el ingreso en el establecimiento designado o se traslade al penado al lugar donde debe cumplir la condena.

Si esto es así, el deber constitucional del órgano jurisdiccional se concreta en poner al condenado a disposición de la Administración Penitenciaria para que pueda cumplir la pena de privación que le ha sido impuesta. Una vez el reo ha ingresado en prisión, cabe considerar que se ha *hecho ejecutar* la sentencia penal sin perjuicio de la facultad de inspección y supervisión⁴⁰ que se desarrollará a lo largo de todo el periodo de cumplimiento de la pena (art. 990 LCrim. *in fine*). Por consiguiente, en lo que se refiere a la pena privativa de libertad, aunque la sentencia impone al condenado el deber jurídico de soportar un periodo de reclusión⁴¹, también impone a la Administración Pública el deber de asegurar el efectivo cumplimiento de la pena⁴².

³⁷ Como indica RAMOS MÉNDEZ: «Sin duda la mejor aspiración de la tutela efectiva se plasma en la ejecución. Esta fase del juicio penal condensa y resume todas las inquietudes que se suscitan al poner en marcha el juicio penal». RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 2006, pág. 401.

³⁸ Como dice GUASCH FERNÁNDEZ: «Se ejecuta porque no hay un cumplimiento voluntario por parte del obligado. La actividad ejecutiva viene a sustituir así a las conductas personales del que pierde un proceso y no cumple voluntariamente. Al despacharse la ejecución el órgano jurisdiccional adquiere la legitimación para realizar como sustituto actos de disposición sobre el patrimonio del ejecutado». GUASCH FERNÁNDEZ, S., «La ejecución forzosa», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios a la Ley 1/2000*, Vol. III, págs. 67-138.

³⁹ Fundamentalmente, dicho auxilio se refiere a intervención de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en caso de que el reo no se persone en el día y hora señalados en la ejecutoria. Sin embargo, como explica NAVARRO VILLANUEVA, lo habitual es que el condenado se encuentre ingresado en un establecimiento penitenciario, ya sea cumpliendo otras condenas, ya sea en aplicación de una medida cautelar de prisión preventiva, en cuyo caso se aplica lo dispuesto en el artículo 988 de la LCrim. NAVARRO VILLANUEVA, *Ejecución...*, *op. cit.*, pág. 127.

⁴⁰ Dicha función no la realiza el juez que dictó la sentencia, sino que se encomienda al juez de vigilancia penitenciaria. A mayor abundamiento puede verse NAVARRO VILLANUEVA, M.C., *Ejecución...*, *op. cit.*, págs. 155 y ss.

⁴¹ En palabras del Tribunal Constitucional, la persona privada de libertad: «[...] se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quien al margen de su condición común de ciudadano, adquiere el status específico de individuo sujeto a un poder público que no es, el que, con carácter general, existe sobre el resto de ciudadanos.» (STC 2/1987, de 21 de enero).

⁴² Concretamente, de lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), se desprende que a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias le corresponde entre otras funciones:

Por el contrario, en lo que atañe a la indemnización de los daños y perjuicios, el mandato de la sentencia se dirige única y exclusivamente al condenado a quien constituye en el deber de entregar una determinada suma de dinero, de modo que, por el contenido de la obligación que genera, en nada difiere de una sentencia condenatoria dictada por un juez del orden civil. Por ello, en caso de que el condenado no satisfaga voluntariamente el importe que le ha sido señalado, cabe entender que la función jurisdiccional no se agota hasta que se ultima la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor con la finalidad de poner a disposición del acreedor el dinero resultante del apremio judicial. Es decir, si la sentencia constituye un título del que nace un derecho de crédito, la ejecución del título (sentencia) es distinta de la ejecución del crédito que dicho título reconoce.

Ésta es la razón por la que la norma procesal establece que, ante la falta de cumplimiento, corresponde al juez que dictó la sentencia ordenar el embargo y posterior apremio sobre los bienes del condenado a fin de obtener el importe que debe ser entregado a quien soportó el daño. Dicha función jurisdiccional es exigible e irrenunciable con arreglo a lo que se desprende del principio constitucional de tutela judicial efectiva y, sobre todo, es coherente con el principio de economía procesal ⁴³, pues en caso contrario, ante la falta de pago, el acreedor de la indemnización (por lo general la víctima del delito) vendría obligado a iniciar un nuevo juicio ejecutivo ante otro órgano judicial distinto del que conoció de la acción civil.

En el ámbito del delito contra la Hacienda Pública, cuando la disposición adicional décima de la LGT se refiere a la *exacción* por vía de apremio, no alude a la ejecución de la sentencia, sino a la ejecución forzosa del crédito no atendido. Por ello, en la medida en que tiene por objeto exclusivo las actuaciones que deben iniciarse contra los bienes de aquel condenado que no ingresa el importe de la indemnización, no afecta propiamente a competencia funcional «penal» del juez que dictó la sentencia condenatoria, sino únicamente a la competencia funcional «civil» para acordar el embargo y posterior enajenación de los bienes del deudor. Por ello, a nuestro modo de ver, el mismo principio de economía procesal que justifica atribuir a un órgano de la jurisdicción penal las funciones propias de un órgano de la jurisdicción civil explica también que sea la Administración Tributaria la que se encargue de exigir coactivamente el pago de la indemnización que ha sido señalada en la sentencia condenatoria ⁴⁴, habida cuenta de que el ente público, en su condición de perjudicado por el delito, es el principal destinatario de las cantidades que puedan obtenerse como consecuencia de la ejecución forzosa sobre los bienes del condenado.

Por consiguiente, la primera conclusión a la que podemos llegar es que lo dispuesto en el apartado primero de la disposición adicional décima de la LGT no es una norma de atribución de competencias a la Administración Tributaria –pues ejerce aquellas que le son propias–, ni tampoco

la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, la ordenación de la convivencia interior de los centros penitenciarios, la organización de actividades para los internos (talleres, escuela, etc.), la asistencia médica, los servicios religiosos y, en general, las denominadas actividades «regimentales».

⁴³ La vinculación del principio de economía procesal y la garantía constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas puede verse en RIBA TREPAT, C., *La eficacia temporal del proceso: El juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona, 1997, pág. 17.

⁴⁴ Así lo entiende también CHOCLÁN MONTALVO cuando señala que: «La autonomía jurídica de la Administración para la exacción forzosa de la deuda tributaria se justifica materialmente en razones de efectividad y eficacia, sin perjuicio del control jurisdiccional último de acuerdo con el principio general establecido en el artículo 8 de la LOPJ.». CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «La incidencia...», *op. cit.*, pág. 3.

una norma restrictiva de la competencia funcional del órgano judicial –ya que mantiene la plena jurisdicción sobre la eficacia y el contenido de su resolución–, sino simplemente un norma por la que se regula el cauce formal mediante el cual se articula el ejercicio de las competencias de uno y de otro. Por ello, a nuestro modo de ver, no existe inconveniente ni de rango normativo ⁴⁵ ni de carácter constitucional para introducir una modificación legal respecto al procedimiento a seguir para ejercer la acción ejecutiva contra los bienes de quien no satisface la indemnización a la que resulta condenado ⁴⁶.

b) La autotutela administrativa y la tutela judicial efectiva.

Advertida la posible comisión de una defraudación tributaria con relevancia penal, la intervención judicial es siempre necesaria pues, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25.3 de la Constitución, las Administraciones Públicas tienen limitado el ejercicio del *ius puniendi* del Estado al ámbito de la infracción administrativa ⁴⁷. Por el contrario, en el ámbito estrictamente patrimonial ⁴⁸,

⁴⁵ Respecto a esta cuestión, no podemos compartir la posición de HINOJOSA MARTÍNEZ cuando sostiene que: «[...] la extracción de la responsabilidad civil del ámbito de la ejecución de la sentencia penal no quedaría limitada en sus efectos a las consecuencias "civiles" del delito [...] sino que, como se dirá seguidamente, hubiera supuesto la alteración del tipo delictivo mismo, por lo que de acuerdo con la reserva derivada de los artículos 25 y 28 CE, hubiera requerido el empleo de una norma con rango de Ley Orgánica, que no ha sido el caso». HINOJOSA MARTÍNEZ, E., «La intervención...», *op. cit.*, pág. 14. También es de esta opinión PONS VIVES, para quien el contenido de la disposición adicional décima de la LGT supone una alteración de la competencia objetiva de los jueces y Tribunales que resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 82.1.1.º de la LOPJ. PONS VIVES, «Problemática...», *op. cit.*, pág. 13.

⁴⁶ En este sentido, al tiempo que compartimos el razonamiento de fondo de FALCÓN Y TELLA, discrepamos en cuanto a las consecuencias del silogismo que plantea cuando dice que: «[...] si se entiende que no se trata de una mera reserva a la Administración de sus facultades de autotutela en relación con el crédito tributario (anterior al delito fiscal), sino de la ejecución por la Administración de una sentencia judicial de condena por delito fiscal, en relación con la responsabilidad civil derivada del delito, en tal caso nos encontraríamos, a mi juicio, ante una norma lisa y llanamente inconstitucional por infringir el monopolio de los jueces y Tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado». FALCÓN Y TELLA, R., «La ejecución...», *op. cit.*, pág. 2. A nuestro modo de ver, la disposición adicional décima de la LGT no es inconstitucional, independientemente del alcance que, por vía interpretativa, pueda darse a su incidencia en la conceptualización de la naturaleza jurídica de la obligación de pago que recae sobre el condenado por un delito contra la Hacienda Pública.

⁴⁷ No obstante, entendemos con CHOCLÁN MONTALVO que: «La autonomía del delito fiscal, en la forma en que ha sido entendida por la jurisprudencia no puede llevar en ningún caso a una ampliación indebida del ámbito de la tutela penal más allá de lo que es razonable en la lógica del sistema y atendida la función de protección que compete a la norma penal del delito fiscal». CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Fraude a la ley tributaria...», *op. cit.*, pág. 3.

⁴⁸ Según el tenor literal del apartado segundo del artículo 5 de la LGP no podría atribuirse el carácter de *derecho de naturaleza pública* al derecho de crédito reconocido a favor de la Administración tributaria en la sentencia condenatoria por un delito contra la Hacienda Pública, pues dicha condición se predica de aquéllos: «[...] derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas». La primera condición sí que se cumple, pero la segunda parece que no, pues en principio se trataría de un derecho que tiene su causa en el ejercicio de una potestad *jurisdiccional*. Sin embargo, tampoco puede calificarse como un derecho de naturaleza privada (art. 19 LGP) puesto que, aunque formalmente la jurisprudencia lo califica como un supuesto de responsabilidad patrimonial extracontractual, por su contenido y origen resulta indiscutible que su contexto es la relación jurídico-tributaria. Por ello, quizás habría que interpretar extensivamente el verbo *derivar*, referido a la potestad cuyo ejercicio determina la existencia del derecho, y entender que, si bien el importe de la indemnización se concreta en la sentencia condenatoria, el derecho al cobro proviene, en último término, de la potestad tributaria. Dicho de otro modo, aunque el *deber* del deudor de pagar la indemnización tiene su origen en la resolución judicial, el derecho de crédito *deriva* directamente de la obligación tributaria cuyo incumplimiento constituye el fundamento objetivo de la condena.

y de conformidad con lo establecido en el artículo 10.1 de la LGP, la Administración Tributaria puede exigir el pago de cualquier deuda de la que resulte acreedora a través de sus propios medios ⁴⁹, sin perjuicio de la posibilidad de recabar la tutela judicial del crédito prevista en el artículo 8 de la LGP.

Sin entrar en este momento a explorar las consecuencias de considerar a las Administraciones Públicas como sujetos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ⁵⁰, lo cierto es que, producida una resolución judicial que contiene un pronunciamiento resultante del ejercicio de una acción civil interpuesta simultáneamente con la acción penal, y en virtud del cual se reconoce un derecho de crédito a favor de la Hacienda Pública, la Administración Tributaria dispone de facultades jurídicas suficientes para llevar a cabo las actuaciones ejecutivas sobre los bienes del condenado al pago en caso de incumplimiento.

Luego si el único argumento para privar al ente público del ejercicio de sus facultades de ejecución patrimonial es que de dicha actuación ya se encarga el órgano judicial, se incurre en la paradoja de sostener que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva referido a un órgano administrativo se constituye como un obstáculo al ejercicio de las potestades que el propio ordenamiento jurídico le confiere en tanto que parte integrante del Poder Ejecutivo del Estado. Por ello, entendemos que, si bien es cierto que durante la sustanciación de un juicio por un delito contra la Hacienda Pública la Administración Tributaria –personada a través del Abogado del Estado– tiene la consideración procesal de acusación particular y, en consecuencia, el mismo estatuto jurídico que cualquiera de las demás partes del proceso, también lo es que, una vez firme la sentencia condenatoria, recupera plenamente la condición de ente público que le es propia.

Desde la perspectiva de la tutela judicial que, como no podría ser de otro modo, también se predica del condenado ⁵¹, podría oponerse que la afectación forzosa de sus bienes y derechos al cum-

⁴⁹ A modo de opinión de contraste, especial atención merece la argumentación de ARAGONÉS BELTRÁN para discutir los privilegios procesales que se reconocen a la Administración Pública. Concretamente, para este autor, que por su condición de magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya conoce perfectamente la situación de la que habla: «[...] la justificación última de no pocos privilegios administrativos se ha querido encontrar en la propia y secular ineficacia de los Tribunales de Justicia. Con ello se entra en un círculo infernal, pues en lugar de proveer a los Tribunales de Justicia de un mínimo de medios e instrumentos legales para una justicia eficaz (rápida y de bajo coste en especial), se amplían desorbitadamente aquellos privilegios administrativos y se deja a los Tribunales al borde mismo de la indigencia y el colapso, con lo que, desde luego, quedan perfectamente justificados aquellos privilegios, pues nadie en su sano juicio dejaría en manos de la actual Administración de Justicia la satisfacción de los créditos públicos». ARAGONÉS BELTRÁN, E., «El embargo en la recaudación de tributos tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Comentarios al procedimiento de recaudación de los tributos*, Barcelona, 2001, pág. 16.

⁵⁰ En este sentido PICÓ JUNOY, examinando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pone de manifiesto que: «El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos exige también que el fallo judicial se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el Derecho al Proceso se hace real y efectivo, y se garantiza el pleno respeto a la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes». PICÓ JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 1997, pág. 76.

⁵¹ No obstante, resulta oportuna la reflexión que realiza el Tribunal Constitucional en su Sentencia 230/1991, de 10 de diciembre, cuando señala que: «[...] la ejecución de la sentencia en este tipo de condenas penales en que existe una declaración de responsabilidad civil está presidida por el interés en la protección de la tutela judicial de la víctima, lo que en sí mismo constituye un objetivo de política criminal perfectamente atendible y valor constitucional que el legislador ha ponderado de manera prioritaria».

plimiento de la sentencia únicamente puede acordarse por el órgano judicial que le condenó al pago de una indemnización en concepto de responsabilidad civil. Sin embargo, reconocer a la Administración Tributaria el ejercicio de sus potestades de ejecución del crédito, no es incompatible con la tutela judicial del condenado pues, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Constitución, todos los actos de las Administraciones Públicas están sujetos a control judicial⁵². Dicho de otro modo, del mandato contenido en el artículo 117.3 de la Constitución no se desprende que tenga que ser el juez de lo penal quien, en todo caso, realice por sí mismo los actos propios de la ejecución patrimonial sobre los bienes del condenado⁵³. Lo que la norma constitucional exige es que sea un órgano jurisdiccional quien vele por el pleno cumplimiento de la sentencia, circunstancia que no se ve alterada por el hecho de que el juez de lo penal ordene a la Administración Tributaria que proceda a la exacción de la responsabilidad civil por la vía de apremio.

3. La coordinación de las actuaciones judiciales para la ejecución de la sentencia y el procedimiento administrativo de apremio.

Llegados a este punto, si de conformidad con lo expuesto en los apartados anteriores consideramos que el régimen establecido en la disposición adicional décima de la LGT constituye el nexo legal que permite integrar las normas procesales sobre ejecución de la sentencia penal y las normas administrativas sobre la ejecución patrimonial forzosa, de lo que se trata a continuación es de analizar la relación que se establece entre el órgano judicial y la Administración Tributaria en aquellos casos en los que, participando de un interés común –el cumplimiento de la sentencia–, se ven abocados a coordinar las potestades que, a tal efecto, les confiere el ordenamiento jurídico.

Respecto a esta cuestión, una primera postura podría ser considerar que, ante la falta de pago de la indemnización, la Administración actúa contra los bienes del condenado por *delegación* del órgano judicial⁵⁴. La propia literalidad de la disposición adicional décima de la LGT puede sustentar este plan-

⁵² Entendemos con CHOCLÁN MONTALVO que la tutela judicial efectiva de los intereses del condenado resultará reforzada si el control de los actos de la Administración Tributaria lo realizan los jueces del orden contencioso-administrativo. Por ello, compartimos plenamente el planteamiento que, respecto a esta cuestión, realiza cuando sostiene que: «[...] trasladar al juez penal todo el debate que constituiría el objeto de un procedimiento tributario, primero, y un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, después, supone no sólo privar al contribuyente disconforme con la actuación administrativa de una vía jurisdiccional para la tutela de sus intereses legítimos, sino lo que es más grave si cabe, obligar al resolver una cuestión de naturaleza tributaria a un juez penal cuyo objetivo es depurar posibles responsabilidades penales derivadas de una situación jurídica anterior perfectamente establecida [...]», CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Incidencia...», *op. cit.*, pág. 3.

⁵³ No es ésta la posición de HINOJOSA MARTÍNEZ, para quien: «[...] si la actividad de la Administración se inserta en la ejecución de la sentencia, la intervención de aquella no implicará el surgimiento de la competencia del contencioso-administrativo en virtud de la cláusula general contenida en los artículos 9.4 de la LOPJ y 1 de la LJCA, ni tan siquiera cuando se trate de materias propias de la actuación típica de la Administración. El control de estas actuaciones administrativas corresponde al juez o Tribunal de ejecución y, como regla general, al que haya conocido del asunto en primera instancia». HINOJOSA MARTÍNEZ, E., «La intervención...», *op. cit.*, pág. 11.

⁵⁴ Ésta es la postura que, entre otros, adopta SOLAZ SOLAZ, para quien: «La citada disposición adicional contiene, además, tres nuevos apartados que recogen el modo de proceder en la ejecución de estas responsabilidades civiles por la Administración Tributaria estableciendo en su apartado segundo una especie de delegación de la ejecución de la sentencia penal firme (o ejecución provisional de la recurrida) por parte de la Autoridad Judicial a favor de la Administración Tributaria para que la lleve a cabo por el procedimiento de apremio». SOLAZ SOLAZ, E., «El delito fiscal: aspectos conflictivos», en *La Ley Penal*, núm. 20, 2005, pág. 25.

teamiento, pues en su apartado primero indica que el juez *ordena* la exacción de la responsabilidad civil y en el apartado tercero se habla de *ejecución encomendada*. Luego, desde esta perspectiva, la Administración Tributaria vendría a ser una extensión del juez sentenciador ante quien debe responder y, sobre todo, a quien debe trasladar la decisión en caso de que el interesado se oponga a la actuación ejecutiva⁵⁵. Dicho de otro modo, lo dispuesto en la disposición adicional décima de la LGT constituiría una ampliación del régimen general que se establece en el artículo 989.2 de la LCRim., sólo que la colaboración que, en un principio, se instituye como potestativa se convierte en obligada cuando se trata de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la Hacienda Pública⁵⁶.

Frente a esta interpretación, en la que predomina el enfoque jurisdiccional de la cuestión, podría objetarse que no se corresponde con la inequívoca remisión que la disposición adicional de la LGT décima realiza en favor procedimiento administrativo de apremio. Es decir, es la ley la que impone la aplicación de un determinado cauce para el desarrollo de la ejecución patrimonial sobre los bienes del condenado, y aunque ciertamente existe un alto grado de similitud entre la configuración procesal y administrativa de esta función, lo cierto es que los procedimientos judicial y administrativo no son completamente intercambiables⁵⁷.

La LEC estructura el juicio ejecutivo en diferentes fases o etapas diferenciadas unas de otras. La investigación judicial de los bienes y derechos del ejecutado⁵⁸ constituye una actividad posterior

⁵⁵ El denominado «carácter vicarial» de la ejecución administrativa de la sentencia penal se fundamenta en el último apartado de la disposición adicional décima de la LGT, de modo que: «[...] Esta obligación [de informar] solo resulta razonable si se entiende a la Administración como un simple mandatario *ex lege*, que no está ejercitando una potestad propia, sino simplemente delegada por la norma legal; no se ejecuta, por tanto, una potestad administrativa propia, por virtud del principio de autotutela ejecutiva, como hace en general cuando lleva a efecto una resolución administrativa que compele al pago de una deuda tributaria o, en general, de cualquier cantidad de dinero», en *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, Abogacía del Estado-Servicio Jurídico del Estado, FUENTES BARDAJÍ, J., (dir.), Navarra, 2008, pág. 489.

⁵⁶ A esta conclusión llega PONS VIVES que, a la vista de los fundamentos jurídicos utilizados por la Audiencia Provincial de Barcelona en el Auto de 8 de enero de 2007 para rechazar plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición adicional décima de la LGT, considera que: «La tesis del Tribunal consiste en que no nos encontramos ante una situación de desapoderamiento en la ejecución, sino de colaboración necesaria por parte de los órganos de la Administración tributaria, manteniendo en cualquier caso el Tribunal la competencia en la ejecución». PONS VIVES, A., «La problemática en la ejecución...», *op. cit.*, pág. 6. Respecto a esta cuestión HINOJOSA MARTÍNEZ adopta una postura intermedia al entender que: «Al colaborar en la ejecución de la sentencia la Administración actuará en ejecución del título judicial, para lo que, independientemente de las atribuciones que pueda ostentar en virtud de las potestades públicas que tiene conferidas, se encontrará autorizada a actuar por la propia Constitución, que ordena cumplir los fallos judiciales firmes y colaborar en su cumplimiento, disponiendo para ello de la vía de apremio a la que se refiere la propia Ley 58/2003», HINOJOSA MARTÍNEZ, E., «La intervención...», *op. cit.*, pág. 18. Por su parte, COLOMA CHICOT, J.A. aunque por motivos completamente opuestos, viene a coincidir con este último planteamiento aunque plantea que la relación entre la Administración Tributaria y el juez de lo penal sería semejante a la establece entre la Administración penitenciaria y el juez de vigilancia penitenciaria. COLOMA CHICOT, J.A. *op. cit.*, pág. 6.

⁵⁷ Como acertadamente señala ARAGONÉS BELTRÁN: «[...] por definición, el procedimiento recaudatorio se contrae a obligaciones dinerarias o pecuniarias [...]. En la LEC la ejecución dineraria es la rúbrica que comprende tanto el embargo de los bienes, esto es, su traba o afección al proceso concreto de que se trate, como el procedimiento de apremio, o fase de realización, previo avalúo, de los bienes afectados a la ejecución, según su diferente naturaleza. En la normativa recaudatoria se sigue otra terminología: toda ejecución recaudatoria es dineraria y la ejecución forzosa recibe el nombre de procedimiento de apremio, dentro del cual se comprenden el embargo y la enajenación de los bienes embargados.» ARAGONÉS BELTRÁN, E., «El embargo...» *op. cit.*, pág. 35.

⁵⁸ Sobre contenido y alcance de los artículos 589 y ss. LEC puede verse RIBA TREPAT, C., «La preparación del embargo: La investigación judicial del patrimonio del ejecutado» en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*. Vol. III, págs. 205-242.

al despacho y preparatoria del embargo⁵⁹, mientras que el apremio consiste fundamentalmente en el procedimiento para la enajenación de los bienes embargados⁶⁰. Por el contrario, en la vía de apremio administrativo no se produce dicha separación, pues cada una de las actuaciones ejecutivas se incluye en un único procedimiento⁶¹. Dicho de otro modo, desde la perspectiva procesal el apremio sólo es una de las fases del juicio ejecutivo, mientras que desde la perspectiva administrativa la vía de apremio es el procedimiento de ejecución considerado en su conjunto.

Por consiguiente, difícilmente puede entenderse que la remisión que realiza la disposición adicional décima de la LGT queda exclusivamente circunscrita a las actuaciones de localización de bienes o derechos sino que, necesariamente, comprende las de embargo y posterior enajenación forzosa. Luego para desarrollar este tipo de actuaciones, la Administración Tributaria necesariamente debe servirse de las potestades administrativas y de los cauces formales que configuran la gestión recaudatoria, pues no tiene ningún sentido considerar que, para adoptar los actos típicos del procedimiento de recaudación en vía de apremio, lo que se ejerce no es una potestad administrativa, sino una potestad jurisdiccional delegada por el juez.

Una segunda postura es la que entiende que la Administración Tributaria, al reclamar coactivamente el pago de la responsabilidad civil, no actúa por delegación del órgano judicial, sino que lo que ejerce es su propia autotutela sin necesidad de ampararse en la potestad jurisdiccional de imponer el cumplimiento de las resoluciones judiciales⁶². Esta interpretación, quizás más acorde con la conceptualización general de la actuación administrativa, desconoce el hecho de que la deuda que se reclama, aunque pueda traer causa de una obligación tributaria, no resulta determinada por un acto administrativo de liquidación, sino en una sentencia de condena. Dicho de otro modo, en el presente caso es evidente que se produce una disociación de la autotutela como privilegio de los poderes públi-

⁵⁹ A modo de referencia general, significar la caracterización del embargo que realiza CACHÓN CADENAS, para quien: «El embargo ejecutivo consiste en una declaración de voluntad mediante la cual determinados bienes, que se consideran pertenecientes al ejecutado, se afectan o adscriben a la actividad de apremio que ha de realizarse en el mismo proceso de ejecución del que forma parte el embargo». CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Barcelona, 1991, págs. 22-31.

⁶⁰ No obstante, como ya destacó en su momento FRANCO ARIAS, no existe consenso acerca de cuál es la estructura y la composición de la actividad que se incluye bajo la denominación «procedimiento de apremio». FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*, 1987, págs. 8 y ss.

⁶¹ A mayor abundamiento puede verse TEJERIZO LÓPEZ, J.M., «Procedimiento de apremio», en *Los nuevos Reglamentos Tributarios*, Madrid, 2006, págs. 151-210.

⁶² Según CHOCLÁN MONTALVO, la potestad de autotutela de la Administración Tributaria no se ve afectada por el hecho de que la indemnización se fije en la sentencia penal, pues según este autor del texto de la disposición adicional décima de la LGT se desprende que no se produce la transformación de la naturaleza jurídica de la obligación de pago que recae sobre el condenado, que en todo caso mantiene su carácter tributario. Sin embargo, da por supuesto que el control judicial del resultado del ejercicio de dicha potestad corresponde al juez sentenciador, lo cual no deja de presentar la paradoja de encomendar a un órgano judicial del orden penal la revisión de un acto administrativo de contenido tributario. CHOCLÁN MONTALVO, J.A. «La incidencia...», *op. cit.*, pág. 9. Por su parte, para FALCÓN Y TELLA, en la interpretación de la disposición adicional décima de la LGT se produce una disyuntiva que no admite posturas intermedias: quien entienda que la Administración Tributaria actúa en ejecución de la sentencia viene obligado a residenciar en el juez de lo penal la competencia para resolver los incidentes que puedan producirse. Por el contrario, quienes como él consideran que la iniciación de una causa penal por delito contra la Hacienda Pública únicamente impide la imposición de una sanción tributaria, deben concluir que: «[...] la Administración conserva sus facultades de autotutela declarativa y ejecutiva en relación con la obligación tributaria que surge del hecho imponible, y no sufre ninguna mutación o novación como consecuencia del delito. En tal caso, los actos administrativos que se dicten han de estar sometidos a control en vía contencioso-administrativa, previo agotamiento de la vía económico-administrativa previa [...]». FALCÓN Y TELLA, R., «La ejecución...», *op. cit.*, pág. 3.

cos, ya que la eficacia ejecutiva que justifica el inicio de la vía de apremio no proviene de un acto de la Administración Pública, sino de un acto del Poder Judicial.

Para conciliar ambas posiciones, cabría entender que, del mismo modo que de la sentencia condenatoria deriva la obligación de pagar que recae sobre el condenado, el derecho de crédito que configura la condición del acreedor tiene su origen en la obligación tributaria nacida de la realización del hecho imponible del tributo, y cuya elusión de pago constituye precisamente el elemento objetivo del delito. Desde esta perspectiva, las potestades del órgano judicial y del órgano administrativo no se excluyen entre sí, sino que, referidas a una misma prestación, una la contempla en su dimensión pasiva y la otra en su dimensión activa, de modo que cuando el deudor desatiende el mandato que resulta de la sentencia, es la Administración Tributaria la que le exige el pago de la deuda, en las mismas condiciones que se aplican al resto de créditos de derecho público.

Una posible clave interpretativa que apuntaría en esta dirección se encuentra en el significado del concepto *exacción* referido a la responsabilidad civil nacida de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública. Según el diccionario «exaccionar» es sinónimo de exigir⁶³. Luego, en el ámbito de una relación crediticia, podemos entender que significa reclamar el pago de una deuda⁶⁴. Por consiguiente, cuando la deuda cuyo pago se reclama es una indemnización de daños y perjuicios, dicha acción no puede ser otra que imponer el cumplimiento forzoso una vez constatado que el pago no se ha producido de forma voluntaria. Si esto es así, por la ubicación sistemática de la norma en cuestión, y considerando que la deuda de cuya *exacción* se trata está constituida por la deuda tributaria defraudada por el autor de un delito contra la Hacienda Pública y por los intereses de demora que la falta de pago ha generado, es razonable entender que el concepto técnico que en mayor medida se corresponde con la función administrativa de exigir el pago de este tipo de deudas es el de *recaudación*⁶⁵. Naturalmente, una mayor precisión terminológica por parte del legislador hubiera contribuido a esclarecer su intención, pero lo cierto es que, en el marco normativo actual, existen elementos interpretativos suficientes para sustentar esta conclusión.

Si releemos el precepto bajo esta perspectiva, podemos concluir que lo querido por el legislador es incluir en el procedimiento administrativo de recaudación ejecutiva las deudas que, con origen en una sentencia penal que incluye el derecho a percibir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, no se satisfacen volunta-

⁶³ En la actualidad se trata de un concepto prácticamente en desuso en el Derecho Tributario. Curiosamente, y por evidentes motivos de inercia, el vocablo *exacción* aparece en el artículo 65.2 de la LGT al referirse a la forma de gestionar el pago mediante efectos timbrados. En la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, dicha expresión referida a la acción de cobrar o pagar una deuda aparece, entre otros, en el artículo 57.1 y en el artículo 75. Probablemente, el antecedente normativo que explica el uso de esta expresión en la disposición adicional décima de la Ley 58/2003 se encuentra en el artículo 242 de la LCrim. que, al regular el pago de las costas procesales, establece que: «Se procederá a su exacción por la vía de apremio si, presentadas las respectivas reclamaciones y hechas saber a las partes, no pagasen éstas en el término prudencia que el Juzgado o Tribunal señale [...]».

⁶⁴ El artículo 10.1 de la LGP utiliza el concepto de «cobranza» para referirse a la actividad encaminada a obtener el pago (o el cobro, según la perspectiva subjetiva que se adopte) de las deudas de derecho público.

⁶⁵ Según el primer párrafo del artículo 2 del RGR: «La gestión recaudatoria de la Hacienda Pública consiste en el ejercicio de la función administrativa conducente al cobro de las deudas y sanciones tributarias y demás recursos de naturaleza pública que deban satisfacer los obligados al pago».

riamente por el condenado. Por ello, a nuestro modo de ver, en lugar de confrontar las competencias propias del órgano judicial para la ejecución de la sentencia con las potestades administrativas para la ejecución del crédito, de lo que se trata es de instrumentar los cauces de cooperación entre dos manifestaciones de los Poderes Públicos del Estado para evitar duplicidades y demoras que, en último término, sólo aprovecharán a quienes pretendan eludir su obligación de pago.

a) La sentencia condenatoria como título ejecutivo.

Con carácter general, el artículo 974 de la LCrim. establece que si en la sentencia penal se hubiere condenado al pago de la responsabilidad civil sin fijar su importe en cantidad líquida, se estará a lo dispuesto en su artículo 984 que, como no podría ser de otro modo, se remite directamente a lo establecido en los artículos 712 y siguientes de LEC. A contrario sensu, cabe entender que si en la propia resolución el juez de lo penal fija el importe de la indemnización a cargo del condenado, se aplicará directamente el régimen jurídico de la ejecución dineraria (Título IV LEC).

En lo que se refiere a la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la Hacienda Pública, las consecuencias jurídicas de una u otra situación resultan particularmente significativas, ya que en el primer caso, aunque la sentencia reconozca el derecho de la Administración Tributaria a percibir una determinada indemnización, no podrá iniciarse su exacción por vía de apremio hasta que se adopte una nueva resolución en la que se fije el importe de la misma (art. 716 LEC); mientras que, en el segundo, la resolución judicial de condena constituirá un título ejecutivo susceptible de fundamentar por sí solo la ejecución forzosa sobre los bienes del condenado (art. 572 LEC).

Ante esta doble posibilidad, cabe interrogarse acerca del alcance del mandato contenido en la disposición adicional décima de la LGT cuando fija los conceptos que deben incluirse en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública. Dicho de otro modo, si el importe de la indemnización queda fijado en la propia sentencia condenatoria no será necesario iniciar el trámite de liquidación de los daños y perjuicios, sino que directamente podrá iniciarse la vía de apremio. Por el contrario, si la suma a pagar por el condenado no figura especificada en la sentencia condenatoria, antes de iniciar la vía de apremio, en principio, parece inevitable obtener un nuevo pronunciamiento judicial con todo lo que ello supone.

La práctica habitual en los delitos contra la Hacienda Pública es que la sentencia condenatoria establezca el importe de la cuota tributaria defraudada —que se corresponde con el importe de la indemnización a cargo del penado— al tiempo que se impone el deber de satisfacer los intereses de demora devengados por dicha cantidad hasta la fecha del fallo ⁶⁶. En consecuencia, técnicamente podríamos decir que, puesto que nos encontramos con una resolución en la que la responsabilidad

⁶⁶ Aunque el Tribunal Supremo viene manteniendo la aplicación del interés legal [entre otras en la STS de 30 de abril de 2003 (NFJ013982) o la STS de 4 de diciembre de 2003 (NFJ018289)], la jurisprudencia menor empieza a considerar que, con arreglo a lo dispuesto en la disposición adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, lo procedente es aplicar el tipo fijado en la normativa tributaria. Concretamente, la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 20 de febrero de 2008, considera que lo previsto en la actual LGT constituye una de las «especialidades» a las que alude el artículo 576 de la LEC, de modo que para su cálculo debe prevalecer la norma específica frente a la general de aplicación, en todo caso, supletoria.

civil sólo es líquida en uno de sus componentes, desde la perspectiva de su eficacia, tiene una doble condición: será inmediatamente ejecutiva respecto a la cuota tributaria, mientras que respecto a los intereses únicamente tendrá carácter declarativo.

Ante dicha paradoja cabe plantear diferentes alternativas. Una posibilidad es mantener la ineficacia ejecutiva de la sentencia hasta que se ultime la liquidación de los intereses de demora en el trámite de ejecución judicial. Aunque se trata de la solución más acorde con lo dispuesto en la norma procesal, resulta directamente incompatible con lo dispuesto en la disposición adicional décima de la LGT, según la cual el juez ordenará la exacción de la responsabilidad civil por la vía de apremio una vez sea firme la sentencia o se solicite su ejecución provisional.

Otra posibilidad es entender que, por mandato de la ley, el juez de lo penal, en el momento de dictar sentencia, debe cuantificar la totalidad de la indemnización que en concepto de responsabilidad civil viene obligado a satisfacer el condenado. La ventaja de esta solución es que evita posponer la eficacia ejecutiva de la sentencia y permite cumplir con la secuencia indicada en la disposición adicional décima. Sin embargo, plantea el inconveniente de que para fijar el importe de los intereses de demora es necesario conocer en qué momento se ha satisfecho el principal de la deuda; circunstancia que necesariamente acontecerá después de dictada la sentencia.

Finalmente, también podría considerarse la opción de que sea la propia Administración Tributaria la que, al iniciar el procedimiento para la exacción de la responsabilidad civil, proceda a la determinación del importe correspondiente a los intereses de demora. El principal inconveniente que se presenta a esta solución es el cauce a seguir en caso de que el condenado no esté conforme con el cálculo realizado por la Administración.

Ninguna de las posibles soluciones resulta plenamente satisfactoria. Sin embargo, lo cierto es que del tenor de la disposición adicional décima de la LGT puede concluirse que el procedimiento de liquidación de los daños y perjuicios previsto en los artículos 712 y siguientes de la LEC es innecesario cuando se trata de un delito contra la Hacienda Pública, pues es el propio legislador quien fija los elementos que configuran el valor de la indemnización que debe satisfacerse. En consecuencia, una vez fijados los criterios para el cálculo de la responsabilidad civil, la Administración queda exenta del deber de acreditar el alcance económico del daño producido al cometerse el delito tipificado en el artículo 305 del CP.

Si esto es así, la conclusión a la que se llega es que la sentencia condenatoria que incluye un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública en los términos en que se indica por la disposición adicional décima de la LGT constituye un título ejecutivo desde que adquiere firmeza (art. 517.1.1.º LEC), sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 974 de la LCrim., aunque el importe de los intereses de demora no figure especificado en el fallo.

En definitiva, a nuestro modo de ver, de la disposición adicional décima de la LGT se desprende un mandato inequívoco para que en la sentencia condenatoria por un delito contra la Hacienda Pública se incluya el pronunciamiento sobre la acción de responsabilidad civil ejercida simultánea-

mente con la penal en el que se fije el importe de la indemnización a cargo del condenado. No obstante lo anterior, respecto a los intereses de demora, si el fallo contiene los elementos fundamentales para su cuantificación (tipo de interés, cuantía y periodo), las operaciones aritméticas necesarias para determinar el importe pueden realizarse por la propia Administración Tributaria una vez iniciada la exacción administrativa de la responsabilidad civil, sin perjuicio del derecho del condenado a impugnar dicha liquidación.

b) La indisponibilidad del procedimiento para la recaudación de la indemnización derivada de un delito contra la Hacienda Pública.

Como corolario de todo lo expuesto hasta ahora podemos concluir que el procedimiento administrativo de recaudación en vía de apremio es el cauce formal previsto por la ley para proceder a la exacción de la responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública. Luego, mediante la disposición adicional décima de la LGT se produce una *reserva legal* de carácter formal en virtud de la cual la Administración Tributaria es la única competente para desarrollar las actuaciones propias de la ejecución patrimonial forzosa sobre los bienes del condenado al pago de la indemnización ⁶⁷.

El artículo 163 de la LGT, en su apartado primero, dispone que el procedimiento de apremio es exclusivamente administrativo, siendo la Administración Tributaria la única competente para resolver todas sus incidencias. Sin embargo, cuando se trata de un procedimiento de apremio para reclamar el pago de una indemnización fijada en una sentencia penal, no puede desconocerse que el título que constituye el fundamento de la ejecución forzosa sobre los bienes del condenado no es la providencia de apremio, sino una resolución judicial. Dicho de otro modo, considerando que el mandato de pago cuyo incumplimiento justifica la iniciación de la vía de apremio no lo ha expedido la Administración Tributaria sino el juez de lo penal, la ejecutoriedad de la deuda no es administrativa, sino jurisdiccional.

Planteada la cuestión en estos términos, para establecer las condiciones en que se produce el tránsito entre la fase judicial y la fase administrativa es preciso examinar la posición jurídica que adoptan tanto el juez como la Administración en sus respectivos procedimientos de ejecución patrimonial. Y, en este sentido, resulta significativo el hecho de que, con carácter general, la ejecución civil es siempre rogada (art. 524 LEC), mientras que el apremio administrativo se inicia siempre de oficio (art. 163.3 LGT). Ello es consecuencia de la confrontación del principio dispositivo propio de la tutela judicial en el orden civil ⁶⁸ y el principio de autotutela característico de la actuación de la Administra-

⁶⁷ De alguna manera, la ley viene a excluir este tipo de deudas del régimen general del juicio ejecutivo en el que, como no podría ser de otro modo, se advierte la presencia del principio de contradicción y dualidad de partes, para introducir una importante dosis de unilateralidad en la actuación ejecutiva. El resultado es que en el órgano de recaudación se confunden las posiciones de ejecutante y ejecutor, pero, por extraño que ello pueda parecer, dicha circunstancia no supone una mermada en la posición jurídica del ejecutado, pues las posibilidades de impugnación de los actos administrativos resultan muy superiores a las facultades de oposición a los actos del órgano judicial.

⁶⁸ En este sentido, resulta de gran interés la reflexión que realiza SOLE RIERA pues, al tiempo que sostiene que la ejecución del pronunciamiento sobre responsabilidad civil de la sentencia penal debe realizarse de oficio, pone de manifiesto la paradoja de que: «La actuación de oficio en la ejecución del contenido civil de la sentencia penal se torna perjudicial contra los intereses de la víctima, sobre todo en lo que afecta a los supuestos en que deba procederse a realizar los bienes embargados para hacer pago de las responsabilidades pecuniarias. Si bien es cierto que la ley procesal penal se remite por completo a la regulación que efectúa la LEC en esta materia, es diferente la posición que tiene el acreedor ejecutan-

ción Pública⁶⁹. Ante la posibilidad de optar por uno u otro de los principios rectores de la ejecución patrimonial, una de las primeras conclusiones que, a nuestro modo de ver, cabría extraer de lo dispuesto en la disposición adicional décima de la LGT es que, independientemente de la distribución competencial que proceda, en lo que se refiere al pronunciamiento sobre responsabilidad civil, la sentencia penal debe ejecutarse en todo caso de oficio⁷⁰. Por consiguiente, tanto el órgano judicial como la Administración Tributaria, por ministerio de la ley, deben coordinar su actuación para lograr el pago de la indemnización impuesta al condenado a partir del momento en que la resolución judicial adquiera firmeza.

Sentado lo anterior, parece plausible sostener que la remisión de la disposición adicional décima de la LGT al procedimiento administrativo de apremio impide que por el órgano judicial se despache la ejecución forzosa sobre los bienes del condenado que no satisface la indemnización que le ha sido impuesta⁷¹. Sin embargo, también dice la norma que es el juez de lo penal quien ordena el inicio de la vía de apremio y la encomienda a la Administración Tributaria. En consecuencia, para coordinar la actuación de los órganos judiciales y administrativos y, de este modo, evitar los posibles conflictos que entre ellos pudieran surgir, es necesario establecer en qué momento finaliza la intervención de uno y empieza la del otro, pues lo que es seguro es que no pueden concurrir. Para resolver esta cuestión, debemos partir de la premisa de que el presupuesto de la acción ejecutiva es el incumplimiento del mandato de pago inherente a la resolución de condena y, habida cuenta de que dicha circunstancia únicamente puede apreciarla el juez sentenciador, hasta que no se dicte la resolución por la que se ordena el inicio de la vía administrativa de apremio la Administración no puede proceder contra el patrimonio del condenado. Naturalmente, la Administración, en su condición de parte perjudicada, podrá poner en conocimiento del órgano judicial la concurrencia de las circunstancias que legalmente justifican el inicio de la ejecución forzosa, pero no podrá iniciar la vía de apremio hasta que se le faculte para ello.

Ésta es la diferencia. Cuando el débito tiene su origen en una liquidación de naturaleza tributaria es la ley la que determina el momento en que deben iniciarse las actuaciones ejecutivas⁷², mien-

te en la ejecución civil, que la que dispone el perjudicado en la ejecución penal de la condena civil». SOLE RIERA, J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, 1997, pág. 203.

⁶⁹ A modo de referencia general, asumimos plenamente el planteamiento de GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien: «[...] la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial. Es este principio de autotutela el que es capaz de explicar en unidad todo ese complejo sistema posicional». GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I., Madrid, 2000, pág. 505.

⁷⁰ RAMOS MÉNDEZ opina que cualquier pronunciamiento civil contenido en una sentencia penal debe ejecutarse de oficio. RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 408. Por su parte, CACHÓN CADENAS excluye de dicha exigencia la ejecución provisional. CACHÓN CADENAS, M., «Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 53, 2004, pág. 702.

⁷¹ A una conclusión semejante llega GONZÁLEZ-CARBALLO cuando se pregunta: «[...] si al juez se le impone en todo caso la ejecución por la AEAT de la responsabilidad civil que haya declarado en sus sentencias condenatorias o si por el contrario puede disponer, si lo estima oportuno, que se desarrolle de otro modo». Como respuesta, entiendo que efectivamente la ejecución administrativa es obligatoria para el órgano judicial aunque, en su opinión: «[...] parece más razonable entender que se trata de una "facultad" del juez penal, que expresamente se autoriza por el legislador, al configurarse la posible intervención de la AEAT como un simple deber legal de colaboración o función de auxilio [...]», GONZÁLEZ-CARBALLO ALMODÓVAR, A., *op. cit.*, pág. 1.790-1.791.

⁷² Según el artículo 161 de la LGT, el periodo ejecutivo se inicia al vencimiento de los plazos establecidos en el artículo 62 de la LGT para realizar el pago de las deudas según se trate de autoliquidaciones o de liquidaciones practicadas y notificadas por la Administración. En este sentido, según TEJERIZO LÓPEZ: «[...] el requisito o presupuesto material del proce-

tras que, si la deuda tiene su origen en una resolución judicial que contiene un pronunciamiento sobre responsabilidad civil, es el juez quien decide si se cumplen los presupuestos para la iniciación de dicha acción de cobro. Por consiguiente, del mismo modo que el procedimiento a seguir para llevar a cabo la exacción de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la Hacienda Pública es indisponible para el órgano judicial, la iniciación de la acción administrativa para el cobro de la indemnización resulta indisponible para la Administración.

En definitiva, una vez firme la sentencia, el juez no puede despachar la ejecución contra los bienes del condenado, pero sólo a él le corresponde ordenar la exacción de la responsabilidad civil en vía de apremio. Luego, hasta que no se produzca dicha resolución, el órgano judicial mantiene intacta su capacidad de decisión sin que la Administración pueda por sí misma iniciar la ejecución forzosa. Por el contrario, una vez ordenada la ejecución, el órgano judicial no podrá intervenir en el procedimiento administrativo ni concurrir con la Administración Tributaria. Cualquier actuación de la Administración previa a la orden judicial será nula de pleno derecho, mientras que cualquier actuación judicial posterior puede ser causa de un conflicto de jurisdicción.

II. LA EXACCIÓN EN VÍA DE APREMIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El desarrollo reglamentario de lo establecido en los distintos apartados de la disposición adicional décima de la LGT corresponde al artículo 128 del Reglamento General de Recaudación (RGR). Aunque la sistemática de este precepto no contribuye precisamente a esclarecer las dudas interpretativas que, como ya se ha expuesto en el apartado anterior, se suscitan respecto a la exacción de la responsabilidad civil en los delitos contra la Hacienda Pública, sí que introduce alguna de las claves a través de las cuales la Administración Tributaria trata de organizar el tránsito entre la fase judicial de ejecución de la sentencia y fase administrativa de ejecución forzosa del crédito que, en concepto de indemnización, se reconoce a su favor.

1. El cumplimiento voluntario de la condena a pagar una indemnización a la Hacienda Pública.

En su apartado primero, el artículo 128 del RGR no contiene ninguna referencia a la existencia de un *periodo voluntario* para la recaudación de las deudas que tienen su origen en la responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública. Tampoco se pronuncia respecto al modo de iniciar el procedimiento cuando, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 167 de la LGT, dicha función le corresponde a la providencia de apremio. Esta omisión sólo puede obedecer al hecho de que, con relación al crédito por responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública, la condición de título ejecutivo se predica única y exclusivamente de la sentencia condenatoria que, según lo establecido en el artículo 571 de la LEC, en la medida en que contiene una orden de pago de una cantidad líquida, no precisa de ningún otro trámite (ni judicial ni administrativo) para que, en

dimiento de apremio es el impago de la deuda tributaria en el periodo establecido para hacerlo de forma espontánea». TEJERIZO LÓPEZ, J.M., «Procedimiento de apremio», en *Los nuevos Reglamentos Tributarios*, Madrid, 2006, pág. 172.

caso de incumplimiento, se inicie la ejecución forzosa sobre los bienes del condenado. Quizás por ello, la norma reglamentaria considera innecesario que se expida un título administrativo con idéntica naturaleza jurídica ⁷³.

Al desarrollar la actuación de la Administración Tributaria sin hacer referencia expresa al acto de iniciación del procedimiento de apremio, la norma reglamentaria parece dar a entender que, en la medida en que la recaudación de este tipo de deudas se realiza exclusivamente en *periodo ejecutivo*, la primera noticia de la actuación administrativa que tendrá el obligado al pago que no ha satisfecho la indemnización será la notificación de una diligencia de embargo. En otras palabras, a partir del momento en que el juez ordena la exacción de la responsabilidad civil por la vía de apremio, de la literalidad de las normas aplicables podría concluirse que no cabe reconocer al condenado un plazo administrativo específico para realizar el ingreso de la indemnización previo al embargo de sus bienes. Naturalmente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 172.4 de la LGT, el pago de la deuda podrá realizarse en cualquier momento anterior al acto de adjudicación de los bienes embargados, pero lo que, en principio, parece que no se contempla es la concesión del plazo previsto en el artículo 62.5 de la LGT.

Este tránsito sin solución de continuidad entre la fase judicial de ejecución de la sentencia condenatoria y la fase administrativa de exacción del crédito probablemente es el que mejor se ajusta a la intención del legislador de conferir a la Administración Tributaria las facultades necesarias para que, por sus propios medios, pueda exigir del condenado el pago de la indemnización que le ha sido reconocida como parte perjudicada del delito contra la Hacienda Pública. Dicho de otro modo, lo dispuesto en el apartado primero del artículo 128 del RGR vendría a ratificar que de lo que se trata es de sustituir el embargo judicial por el embargo administrativo, de modo que, una vez ordenada por el juez la exacción de la responsabilidad civil, en lugar de aplicar el régimen desarrollado en los artículos 584 y siguientes de la LEC, sea el órgano administrativo el que siga con las actuaciones propias de la ejecución forzosa sobre los bienes del condenado.

No obstante lo anterior, la disposición adicional décima de la LGT efectúa una remisión inequívoca y directa al régimen desarrollado en la Sección Segunda del Capítulo V de su Título III (arts. 163 a 173), sin excluir la aplicación de ninguno de los preceptos en ella incluidos. Por ello, y aun siendo cierto que la fuerza ejecutiva proviene de la resolución judicial, de ello no se sigue que no sea preciso adoptar un acto administrativo (de trámite) mediante el que formalmente se inicie el procedimiento de recaudación en vía de apremio. Más aún, incluso aceptando que por vía reglamentaria pueda excepcionarse la liquidación de los recargos del periodo ejecutivo, muchas de las indicaciones contenidas en el artículo 167 de la LGT resultan plenamente aplicables a la exacción de la responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública ⁷⁴. En particular, y desde una perspectiva estrictamente formal, el apartado primero del artículo 128 del RGR puede resultar directamente incompatible con lo dispuesto en el artículo 167.4 de la LGT, según el cual la providencia de apre-

⁷³ En este sentido, si el artículo 70.1 del RGR define la providencia de apremio como: «[...] el acto de la Administración que ordena la ejecución contra el patrimonio del obligado al pago», es evidente que respecto a la responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública dicha condición se predica de la resolución judicial por la que se ordena a la Administración Tributaria que proceda a su exacción por la vía de apremio.

⁷⁴ En este sentido, de los distintos elementos que según establece el artículo 70.2 del RGR configuran el contenido de la providencia de apremio se incluye en la letra e) el requerimiento de pago y el plazo para realizarlo, y en la letra f) la advertencia de iniciar la fase de embargo si dicho ingreso no se efectúa.

mio, además del contenido indicado en los apartados primero y segundo de dicho precepto, constituye también un requerimiento expreso del pago previo al embargo de los bienes del deudor, de modo que, con arreglo a lo establecido en el artículo 170.3 b) de la LGT, será legítimo oponerse a aquella diligencia de embargo que no esté precedida de la correspondiente providencia de apremio.

Planteada la cuestión en estos términos, de la regla recogida en el apartado primero del artículo 128 del RGR caben dos posibles interpretaciones: a) O entender que deliberadamente exonera a la Administración del deber de dictar la providencia de apremio respecto de las deudas procedentes de una indemnización por delito contra la Hacienda Pública; b) O entender que la norma de desarrollo se limita a regular un supuesto de hecho específico como es la acumulación de la deuda por responsabilidad civil con las deudas tributarias incluidas en un procedimiento de apremio previamente iniciado. En el primer caso, es evidente que la norma reglamentaria debe considerarse nula de pleno derecho en la medida en que la supresión del acto mediante el que formalmente se inicia el procedimiento administrativo de apremio resultaría contraria a lo dispuesto en una norma de mayor rango normativo. En el segundo, del silencio reglamentario podría deducirse que se deja sin desarrollo normativo –por innecesario– el inicio formal del procedimiento de apremio, en cuyo caso dicha omisión quedaría subsanada con la aplicación de lo dispuesto en las normas que, con carácter general, regulan el inicio de los procedimientos de aplicación de los tributos⁷⁵. De todos modos, incluso en este segundo caso cabría entender que el artículo 128.1 del RGR adolece de un vicio de nulidad pues, en aquellos supuestos en los que se cumpla el presupuesto objetivo para la acumulación, la exigencia de la deuda por responsabilidad civil se realizaría sin haberse iniciado formalmente un procedimiento de apremio propio y diferenciado del vigente respecto al resto de deudas del obligado al pago.

Por todo ello, independientemente de la interpretación que se efectúe, cabe concluir que, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional décima de la LGT, al recibir la orden del juez para proceder a la exacción de la responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública, la Administración Tributaria debe iniciar un procedimiento administrativo de apremio independiente y formalmente ajustado a los términos en dicha actuación viene regulada en el artículo 167 de la LGT. Por consiguiente, procede notificar a todos los obligados a pagar la indemnización –sea cual sea el orden de prelación establecido en la sentencia– la correspondiente iniciación de las actuaciones administrativas, aunque sólo sea a los efectos de cumplir con lo dispuesto en el apartado cuarto de dicha norma. Cualquier otra solución comprometerá la eficacia jurídica de los actos de gestión recaudatoria –fundamentalmente las diligencias de embargo– que, como no podría ser de otro modo, están sujetos a revisión, primero en vía económico-administrativa y, posteriormente, en vía judicial.

a) El pago de la indemnización previo a la iniciación de la vía de apremio.

Según lo dispuesto en el artículo 974.1 de la LCrim., la sentencia condenatoria se llevará a efecto de forma inmediata una vez transcurrido el término fijado en el artículo 212 de la LCrim. para presentar el recurso de apelación. Es decir, en principio, resulta plausible entender que, duran-

⁷⁵ Con arreglo a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección Tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGAP): «Este reglamento será de aplicación a la gestión recaudatoria en lo no previsto por el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio».

te los cinco días legalmente establecidos para interponer el recurso de apelación –periodo en el que la sentencia no es firme–, el condenado puede ingresar en la cuenta de consignación del juzgado el importe de la indemnización (que comprende la cuota tributaria y los intereses de demora), en cuyo caso no procedería acordar su exacción en vía de apremio.

Por otra parte, debemos considerar también lo dispuesto en el artículo 548 de la LEC, según el cual no se despachará ejecución de una sentencia hasta que hayan transcurrido 20 días desde la fecha en que conste notificada al ejecutado. Es decir, pese al tenor literal de lo establecido en el apartado primero de la disposición adicional décima de la LGT, de la norma procesal se desprende que la ley concede un plazo en el que puede realizarse el pago de las cantidades fijadas en cualquier sentencia condenatoria, transcurrido el cual sin que se haya producido el ingreso se procederá a la ejecución forzosa del título. Luego, o se considera que, por aplicación del principio de especialidad, dicha norma no resulta de aplicación a los delitos contra la Hacienda Pública, o se reconoce la existencia de un periodo voluntario para realizar el pago de la indemnización previo al inicio de su exacción por vía de apremio.

A nuestro modo de ver, sustraer al deudor la posibilidad de realizar un pago voluntario resulta incompatible con el fundamento último de la ejecución patrimonial forzosa. Es decir, el ejercicio de las facultades reconocidas por la ley al órgano judicial –o, en su caso, a la Administración Tributaria– para perseguir los bienes de un condenado requiere como presupuesto general acreditar la resistencia al cumplimiento de lo ordenado en la sentencia. Así pues, únicamente después de transcurrido el periodo legalmente establecido para el cumplimiento voluntario puede considerarse procedente la adopción de medidas extraordinarias para lograr el cumplimiento coactivo de la resolución judicial. Por ello, una cosa es considerar que dicho periodo voluntario no encuentra su acomodo en la fase administrativa y otra muy distinta es negar su existencia en la fase judicial de ejecución de la sentencia.

Una cuestión distinta a la anterior es si el juez, antes de ordenar la exacción administrativa de la responsabilidad civil, debe requerir al condenado para que efectúe el pago de la indemnización. En principio, y según lo indicado en el artículo 580 de la LEC, cuando el título ejecutivo consista en resoluciones judiciales que obliguen a entregar determinadas cantidades de dinero, no es necesario requerir el pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes. Por lo tanto, cuando en la sentencia penal se fija el importe de la indemnización y se notifica al penado, se inicia su deber de pago sin necesidad de requerimiento expreso. Sin embargo, una cosa es que legalmente no resulte necesario y otra muy distinta es que el órgano judicial no pueda entenderlo conveniente y, de oficio, efectúe dicho requerimiento antes de remitir el testimonio de la sentencia a la Administración Tributaria. En este caso, ciertamente la actuación del juez no se acomodaría a lo dispuesto en la disposición adicional décima de la LGT que, sin ningún género de matización, determina con carácter obligatorio que, una vez ganada la firmeza, se ordene la exacción de la responsabilidad civil. No obstante, ante dicha actuación judicial la única posibilidad de la Administración Tributaria sería plantear un conflicto de jurisdicción de resultado incierto.

Por consiguiente, en aquellos casos en los que el órgano judicial dirige un requerimiento de pago al condenado debe entenderse que hasta que no concluya el periodo que se le confiera para realizar el ingreso no cabe iniciar la ejecución contra sus bienes, situación que se asemejaría a lo que en

la terminología tributaria se define como un «periodo voluntario» de pago en el periodo ejecutivo; sólo que, a diferencia de lo establecido en el artículo 548 de la LEC, su concesión tiene un carácter claramente discrecional.

En este orden de cosas, mención especial merece lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 81 del CP, en virtud del cual la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad se condiciona a la plena satisfacción de la responsabilidad civil, ya que implícitamente faculta al juez para requerir el pago de la indemnización como presupuesto de la decisión que respecto a la pena pueda adoptar ⁷⁶. Más aún, según el artículo 801.3 de la LCrim., en aquellos casos en los que la solicitud de suspensión de la pena se realiza en un juicio que concluye mediante una sentencia de conformidad ni siquiera se requiere un pago total o parcial de la indemnización sino que, en principio, basta con un compromiso del acusado de satisfacer la responsabilidad civil en el plazo prudencial que en cada caso se estime oportuno. Luego, en estos casos, se pone de manifiesto que el órgano judicial dispone de amplias facultades para otorgar plazos para el ingreso de la indemnización, cuya puntual observancia impedirá el inicio de la vía de apremio.

En definitiva, pese al aparente automatismo del texto de la disposición adicional décima de la LGT, con arreglo a las normas procesales, el condenado por un delito contra la Hacienda Pública no sólo *puede* sino que *debe* realizar el pago de la indemnización en sede judicial, y dicha circunstancia enervará el inicio de la vía de apremio. Una vez transcurrido el plazo establecido por el artículo 548 de la LEC sin haberse producido el ingreso, y adoptada la resolución judicial por la que formalmente se ordena a la Administración Tributaria que proceda a la exacción de la responsabilidad civil, el pago de la indemnización deberá realizarse ante el órgano administrativo que resulte competente para la gestión de dicha deuda.

b) El aplazamiento o fraccionamiento de pago concedido por el juez.

Junto a la posibilidad de realizar el pago durante el plazo previsto por el artículo 548 de la LEC o, en su caso, dentro del periodo que a tal efecto pudiera conceder el órgano judicial, de lo dispuesto en el apartado tercero de la disposición adicional décima de la LGT se desprende que el procedimiento administrativo de apremio no se iniciará en caso de que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 125 del CP, el condenado cumpla con las condiciones establecidas por el juez o tribunal al concederle un aplazamiento o un fraccionamiento del pago de la responsabilidad civil.

En principio, no parece que la interpretación de estas normas suscite demasiadas dudas. La ley penal confiere al órgano judicial la facultad de valorar la situación económica del condenado y, en su caso, concederle discrecionalmente determinadas facilidades de pago. Si la Administración Tributaria, personada en el juicio como acusación particular, no está de acuerdo con la resolución judicial, o considera que debe exigirse la constitución de garantías, puede oponerse mediante la interposición de los correspondientes recursos.

⁷⁶ A mayor abundamiento, puede verse *Suspensión y modificación de la condena penal*, NAVARRO VILLANUEVA, M.C., Barcelona, 2002.

No obstante lo anterior, cuando se descende a los entresijos de la aplicación de esta figura surgen algunos interrogantes a los cuales las normas aplicables no ofrecen ninguna solución. En primer lugar, cabe preguntarse si existe algún límite temporal para solicitar del juez un aplazamiento del deber de satisfacer la indemnización en concepto de responsabilidad civil. En segundo lugar, la normativa guarda silencio acerca del órgano competente para recibir los pagos aplazados o fraccionados. Y, finalmente, a nuestro modo de ver, no se aclaran suficientemente las actuaciones que deben realizarse en caso de que se incumplan los términos de la resolución de concesión.

Respecto a la primera cuestión, resulta plausible entender que la facultad del juez para conceder un aplazamiento en el pago de la indemnización se mantiene vigente hasta que se adopta la resolución judicial por la que se encomienda a la Administración la exacción de la responsabilidad civil por el procedimiento administrativo de apremio. Por consiguiente, si el condenado formula su solicitud durante el plazo establecido en el artículo 548 de la LEC o dentro del periodo fijado por el juez en un eventual requerimiento de pago, se aplicará lo dispuesto en el artículo 125 del CP. Por el contrario, si la solicitud de aplazamiento se realiza una vez iniciada la vía administrativa, la norma aplicable para resolverla será el artículo 65.5 de la LGT, según el cual podrá presentarse hasta la fecha inmediata anterior a la de notificación del acuerdo de enajenación, en cuyo caso producirá un efecto suspensivo respecto de las actuaciones ejecutivas que pudieran haberse iniciado.

Respecto a la segunda cuestión, cuando es el juez quien concede el aplazamiento, se trata de establecer cuál es el órgano competente para recibir los ingresos y, en su caso, controlar que se realicen con arreglo a las condiciones cuantitativas y temporales establecidas en la resolución judicial de concesión. En este sentido, podría entenderse que la comunicación a la que se refiere el apartado tercero de la disposición adicional décima de la LGT no sólo tiene un contenido informativo, sino que constituye el cauce mediante el cual el juez designa al órgano de recaudación como el responsable de velar por el cumplimiento de la resolución por la que se concede el aplazamiento⁷⁷. Naturalmente, la indeterminación de la norma puede sustentar una interpretación en sentido contrario, según la cual los pagos parciales o diferidos deben realizarse en la cuenta de consignaciones del juzgado, en cuyo caso será el órgano judicial el que efectuará el seguimiento y, en su caso, lo pondrá en conocimiento de la Administración.

A nuestro modo de ver, habida cuenta que la Administración Tributaria es la destinataria última de la indemnización y de que existe un cauce reglamentario específico para gestionar los ingresos voluntarios de las deudas de derecho público, el principio de eficacia aconsejaría optar por la primera de las posibilidades. Además, con ello, la exacción administrativa de la responsabilidad civil no sólo comprendería las actuaciones de cobro coactivo, sino también la gestión ordinaria del crédito, de modo que la colaboración entre el órgano judicial y el órgano administrativo alcanzaría también a las actuaciones a realizar para facilitar el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, y no sólo a la ejecución forzosa en caso de incumplimiento. Sin embargo, ante el silencio de la norma, será el juez que conceda el aplazamiento el que en cada caso decidirá en qué condiciones deben realizarse los ingresos y, entre dichas condiciones, puede indicar que el pago se efectúe directamente a la Admi-

⁷⁷ En este caso, los pagos a realizar por el condenado se ingresarían con arreglo a lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes del RGR.

nistración Tributaria; pero si, por el contrario, decide establecer como lugar de pago la cuenta de consignaciones del juzgado, difícilmente la Administración podrá oponerse a ello.

Finalmente, respecto a las actuaciones a realizar en caso de incumplimiento del aplazamiento, ni la ley ni el reglamento precisan si dicha circunstancia debe ser declarada por el juez como requisito previo a ordenar la exacción en vía de apremio, o bien constituye un presupuesto fáctico apreciable por la Administración, en cuyo caso, una vez constatada la falta de pago, puede iniciar sin más trámite las actuaciones ejecutivas contra los bienes del deudor.

2. Condiciones legales para la iniciación del procedimiento administrativo de apremio.

Con arreglo a lo dispuesto en los apartados segundo y tercero de la disposición adicional décima de la LGT, la iniciación de la vía de apremio para el cobro de la indemnización reconocida en una sentencia condenatoria por delito contra la Hacienda Pública puede producirse en tres circunstancias: a) En primer lugar, cuando la resolución judicial adquiera firmeza; b) En segundo lugar, cuando el condenado incumpla los términos del aplazamiento o fraccionamiento del pago que el juez le hubiere concedido; c) Y, finalmente, en caso de que se acuerde la ejecución provisional de la sentencia.

a) El inicio del procedimiento por orden del juez.

Tal como se ha expuesto en apartados anteriores, constatado el cumplimiento de los presupuestos legalmente establecidos, la exacción de la responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública procede acordarla de oficio. No obstante, la disposición adicional décima de la LGT guarda silencio acerca de la forma que debe adoptar la resolución por la que el juez encomienda a la Administración que proceda coactivamente al cobro contra los bienes del condenado que no ha satisfecho la indemnización ⁷⁸.

A nuestro modo de ver, y de conformidad con lo establecido en el artículo 545.4 de la LEC, la resolución judicial por la que se ordena el inicio de la vía de apremio debería adoptar la forma de auto ⁷⁹. En cuanto a su contenido, entendemos que se trata de una resolución equiparable al auto

⁷⁸ Según NAVARRO VILLANUEVA, la sentencia penal firme puede definirse como: «[...] la resolución judicial apta, idónea y suficiente para provocar el conjunto de actividades en que consiste la ejecución penal». Sin embargo, la propia autora pone de manifiesto que en la doctrina procesal es frecuente caracterizarla también como: «[...] el documento público que contiene la declaración de voluntad irrevocable de un órgano judicial de que una persona sea sometida a una pena». NAVARRO VILLANUEVA, M.C., «La ejecución...», *op. cit.*, pág. 33.

⁷⁹ No obstante, según el artículo 245.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Llámesese ejecutoria el documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme. Las ejecutorias se encabezarán en nombre del Rey». Si confrontamos esta definición –que coincide con la que figura en el art. 141 LCrim.– con lo dispuesto en el apartado segundo de la disposición adicional décima de la LGT, se advierte que una cosa es remitir a la Administración el testimonio de la sentencia firme y otra distinta ordenar que se proceda a la exacción de la responsabilidad civil por el procedimiento de apremio. En el primer caso, dicha función certificadora se realiza mediante la notificación de ejecuto-

por el que se despacha la ejecución del título en el proceso civil (art. 551.2 LEC) ya que, en la medida en que habilita a la Administración Tributaria para perseguir los bienes del condenado y, en su caso, afectarlos al pago de la indemnización, formalmente es el acto que abre el inicio de la ejecución patrimonial forzosa⁸⁰. Por consiguiente, en principio, entendemos que respecto a dicha orden judicial de inicio de la vía de apremio el condenado podrá invocar cualquiera de las causas que, según lo dispuesto en el artículo 556 de la LEC, delimitan los motivos de la oposición a la ejecución⁸¹ y, en particular, el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia y la caducidad de la acción ejecutiva.

Si esto es así, cabe concluir que el procedimiento administrativo para la recaudación de una deuda que tiene su origen en la indemnización establecida en una sentencia condenatoria por un delito contra la Hacienda Pública se iniciará, de oficio, en cumplimiento de la orden del juez⁸². Sin embargo, ni la disposición adicional décima de la LGT ni la norma reglamentaria que la desarrolla contienen ninguna indicación acerca de si la Administración Tributaria debe, a su vez, comunicar dicha circunstancia al ejecutado⁸³.

Con carácter general, esta función en el procedimiento de recaudación de los tributos se atribuye a la providencia apremio pero, como ya se ha expuesto, de la literalidad de lo dispuesto en el artículo 128 del RGR, podría entenderse que para la exacción de la responsabilidad civil no es necesario su expedición con carácter previo al inicio de la acción ejecutiva propiamente dicha. Por ello, insistimos en la necesidad de que se dicte un acto administrativo de trámite que permita establecer una fecha de inicio de las actuaciones administrativas y que ofrezca al interesado la posibilidad de realizar el pago de su deuda. El instrumento a utilizar por la Administración Tributaria para iniciar formalmente la ejecución forzosa de la responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública es la comunicación⁸⁴. Dicho acto de trámite, adoptado al amparo de lo dispuesto en el artículo 99.7 de la LGT, cuando menos servirá para informar al deudor del órgano competente para recibir el pago y del lugar en que debe efectuar el ingreso. Asimismo, habría que considerar la posibilidad de conceder un plazo de ingreso equivalente al establecido en el artículo 62.5 de la LGT, con la preceptiva advierten-

ria penal, mientras que en el segundo es necesario adoptar una resolución judicial cuyo contenido, a nuestro modo de ver, excede de la simple providencia de ordenación del proceso [art. 245.1 a) LOPJ].

⁸⁰ En este sentido, compartimos lo indicado por CACHÓN CADENAS cuando advierte de que: «Normalmente, la orden de embargo forma parte de la resolución judicial por la que se despacha ejecución, hasta el punto de que, en ocasiones, se llega a identificar la una con la otra. Esta equiparación se produce sobre todo en los supuestos en los que puede practicarse el embargo sin requerir previamente el pago al ejecutado. En rigor, la identificación no es del todo correcta, porque, cuando el juez decreta la ejecución, expresa su voluntad de que se sustancie el proceso ejecutivo promovido por el ejecutante, y dicho proceso no se reduce a la mera verificación del embargo». CACHÓN CADENAS, M., «El embargo», *op. cit.*, pág. 580.

⁸¹ A mayor abundamiento puede verse RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, págs. 187-205.

⁸² En este sentido, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 87.1 RGAT, podría entenderse que se trataría de una iniciación de oficio, no por propia iniciativa del órgano competente sino, por *orden superior*.

⁸³ Es evidente que la resolución judicial ya ha sido notificada al interesado, pero una cosa es tener conocimiento de la existencia de una condena a pagar una suma de dinero y otra muy distinta es que pueda iniciarse un procedimiento administrativo de ejecución patrimonial sin poner dicha circunstancia en conocimiento del deudor.

⁸⁴ Así lo establece con carácter general el artículo 87.2 del RGAT que, a la vista de la inexistencia de una norma específica que prevea la forma de iniciar el procedimiento de apremio de la responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública, se aplicaría de forma subsidiaria.

cia de que en caso de no producirse el ingreso –o presentarse una solicitud de aplazamiento– se procederá al embargo de los bienes ⁸⁵.

Es decir, el artículo 128.1 del RGR lo único que establece es que en el procedimiento de apremio de una deuda con origen en la responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública no procede exigir los recargos del periodo ejecutivo. Luego de ello no se extrae que para cumplir con dicha indicación deba privarse al interesado de las garantías formales de cualquier procedimiento de aplicación de los tributos. En otras palabras, una cosa es no practicar la liquidación una deuda tributaria de carácter accesorio a la principal (el recargo) y otra muy distinta es suprimir el resto de elementos formales y materiales del inicio de un procedimiento de apremio ⁸⁶.

Por ello, conscientes de lo complejo y paradójico que resultaría sostener que lo procedente en este caso sería notificar una providencia de apremio que no incluya el recargo de apremio ⁸⁷, lo que proponemos es que, al recibir el auto por el que se encomienda a la Administración la exacción de la responsabilidad civil en vía de apremio, por el órgano de recaudación se notifique a todos los interesados una comunicación mediante la que formalmente se dé inicio a dicho procedimiento, ofreciéndoles la posibilidad de pagar la deuda antes de proceder a la traba de sus bienes. Con ello, entendemos que se cumpliría materialmente con lo dispuesto en el artículo 167.4 de la LGT, evitando la irregularidad formal de las diligencias de embargo que pudieran adoptarse con posterioridad.

b) El inicio del procedimiento de apremio por incumplimiento del aplazamiento o fraccionamiento concedido al condenado.

Según lo dispuesto en el apartado tercero de la disposición adicional décima de la LGT, la vía de apremio también se iniciará cuando el condenado incumpla los términos del aplazamiento o fraccionamiento que el juez le hubiere concedido. A nivel reglamentario, el artículo 128.3 del RGR regula las consecuencias de dicho incumplimiento y establece, de una parte, el vencimiento inmediato de todos los plazos pendientes y, de otra, la exigibilidad de los intereses de demora devengados durante el tiempo en que el pago de la deuda quedó diferido por decisión judicial.

La semejanza de estas reglas con lo dispuesto en el artículo 54 del RGR es evidente. Sin embargo, aunque el supuesto de hecho parece idéntico, en atención a la naturaleza jurídica del órgano que

⁸⁵ Concretamente, el contenido esencial de las comunicaciones de inicio de los procedimientos de aplicación detallado en los artículos 87.3 y 97.1 del RGAT se completaría con lo dispuesto en las letras e) y f) del artículo 70.2 del RGR, en el que se detalla en contenido de la providencia de apremio.

⁸⁶ En este sentido, el artículo 69.3 del RGR establece con carácter general que: «El obligado al pago podrá satisfacer total o parcialmente las deudas en periodo ejecutivo. Si el pago no comprende la totalidad de la deuda, incluido el recargo que corresponda y, en su caso, las costas devengadas, continuará el procedimiento de apremio por el resto impagado».

⁸⁷ De todos modos, con arreglo a la definición contenida en el artículo 12.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, la liquidación del recargo de apremio no constituye un elemento esencial de la providencia de apremio en la medida en que su naturaleza jurídica viene atribuida por su condición de: «[...] título suficiente para iniciar el procedimiento de apremio [...]» en virtud del cual la Administración podrá... «[...] proceder contra los bienes y derechos de los obligados al pago».

concede las facilidades de pago, no podemos compartir que se trate de supuestos equivalentes. Dicho de otro modo, una norma reglamentaria de contenido tributario no es el medio adecuado para establecer los efectos jurídicos asociados al incumplimiento de una resolución judicial. Además, lo dispuesto en el apartado tercero de la disposición adicional décima de la LGT debe interpretarse en concordancia con lo indicado en su apartado segundo, de modo que un eventual incumplimiento del aplazamiento no significa que la Administración Tributaria pueda, por sí misma, iniciar la vía de apremio, dar por vencida la deuda y exigir los intereses devengados hasta la fecha pues, según la ley, sólo al juez sentenciador compete ordenar la exacción administrativa de la responsabilidad civil.

Planteada la cuestión en estos términos, se impone establecer cuál debe ser la actuación del órgano judicial ante la constatación de que el condenado ha incumplido los términos del aplazamiento o del fraccionamiento que le fue concedido. Si, como proponíamos en el apartado anterior, el juez en su resolución establece que los pagos deben realizarse ante el órgano administrativo y advierte al interesado de que la falta de pago determinará el inicio de la vía de apremio, entendemos que no será necesaria una nueva resolución por la que, constatado el incumplimiento, se ordene el inicio de la vía de apremio. En este caso, se cumpliría con el tenor literal del apartado tercero de la disposición adicional décima de la LGT y la Administración Tributaria podría iniciar la vía de apremio en el momento en que el condenado desatienda el pago del cualquiera de los plazos, informando de dicha circunstancia al órgano judicial (art. 128.4 RGR).

Por el contrario, si en la resolución judicial se indica que los ingresos deben realizarse en la cuenta de consignaciones del juzgado, los efectos y el alcance de la eventual falta de pago de alguno de sus vencimientos únicamente podrá establecerlos el juez, en cuyo caso para iniciar la vía de apremio será necesaria la adopción de una nueva resolución judicial por la que se ordene a la Administración la exacción de la responsabilidad civil, lo que nos reconduce al escenario descrito en el apartado segundo de la disposición adicional décima de la LGT. Es decir, el inicio de la vía de apremio no se producirá por la falta de ingreso sino por la orden judicial que, a la vista del incumplimiento, ordenará a la Administración que proceda a su exacción.

En cuanto a los intereses devengados durante el periodo en el que el pago de la deuda estuvo aplazado, entendemos que su exigibilidad dependerá del contenido de la resolución judicial por la que se conceda el aplazamiento. Es decir, si el juez no contempla su devengo y la Administración no se opone en el momento procesal oportuno, difícilmente podrán exigirse a posteriori con fundamento en una norma reglamentaria, pues dichos intereses no se han devengado durante la tramitación del procedimiento administrativo de apremio, sino antes de su iniciación. Otra cosa es considerar que los intereses devengados durante el aplazamiento no son distintos a los que, con arreglo a lo dispuesto en el apartado primero de la disposición adicional décima de la LGT, forman parte de la responsabilidad civil, de modo que la Administración Tributaria exigirá aquellos que se hubieren generado desde la fecha en la que debió ingresarse la cuota tributaria defraudada hasta la fecha en que se pague la indemnización por dicho concepto, independientemente de la causa por la que el pago se hubiere demorado. En este caso, la indicación de la norma reglamentaria no sólo resulta innecesaria –puesto que tales intereses no constituyen un supuesto especial– sino incompleta, pues su exigencia es independiente de si se cumple o no con el aplazamiento, ya que se devengarán en todo caso.

c) El inicio del procedimiento de apremio en ejecución provisional de la sentencia.

La ejecución provisional del pronunciamiento civil incluido en la sentencia penal, por el que se condena al autor de un delito contra la Hacienda Pública al pago de una indemnización por los daños o perjuicios causados al eludir el pago de sus deudas tributarias, viene expresamente prevista en el apartado segundo de la disposición adicional décima de la LGT y en el artículo 989.1 de la LCrim. Por consiguiente, y a diferencia de lo indicado respecto a la ejecución de resoluciones firmes, en este caso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 526 de la LEC, la orden del juez encomendando la exacción de la responsabilidad civil por el procedimiento administrativo de apremio únicamente se adoptará a instancia de parte ⁸⁸.

De conformidad con lo establecido en el artículo 527.3 de la LEC, al tratarse de una sentencia de condena dineraria, la solicitud de la representación procesal de la Hacienda Pública debería bastar para que el juez proceda a despachar la ejecución de la sentencia sin que, en principio, se reconozca al condenado la posibilidad de oponerse a dicha decisión (art. 528.3 LEC). Luego, de los preceptos indicados, cabría concluir que una vez dictada la sentencia condenatoria, si el Abogado del Estado lo reclama, el juez debe sin más trámite ordenar el inicio del procedimiento administrativo de apremio.

Sin embargo, esta interpretación no sólo podría conducir a inaplicar la norma procesal en virtud de la cual en el apartado anterior concluimos que existía un plazo legal para realizar el pago voluntario de la indemnización, sino a vaciar de contenido lo dispuesto en el artículo 531 de la LEC, según el cual la ejecución provisional de la sentencia se suspenderá –y, en su caso, se archivarán las actuaciones– cuando el ejecutado pusiere a disposición del juzgado para su entrega al ejecutante el importe correspondiente a la cantidad fijada en la sentencia más los intereses devengados y las costas causadas hasta la fecha. Por ello, para unificar el tratamiento del tránsito entre la fase de ejecución judicial y la fase de ejecución administrativa, consideramos que el régimen aplicable al periodo de pago previo al inicio de la vía de apremio es independiente de si lo que se ejecuta es una sentencia firme o una sentencia recurrida. En ambos casos, para proceder contra el patrimonio del condenado debe acreditarse su resistencia a cumplir con lo ordenado en la sentencia.

Luego, aunque se solicite la ejecución provisional, antes de adoptar la orden por la que se encomienda a la Administración la exacción de la responsabilidad civil, el juez comprobará que ha transcurrido el plazo legalmente establecido para efectuar el ingreso de la indemnización fijada en la sentencia ⁸⁹.

⁸⁸ Según CABALLOL ANGELATS: «La nueva regulación declara la ejecutabilidad provisional *ex lege* de los pronunciamientos de condena, cuyo despacho tiene lugar previa solicitud de la parte en cuyo favor se han dictado, sin exigir la constitución de una caución al ejecutante. La petición de ejecución provisional no está sujeta a plazo». CABALLOL ANGELATS, L., «La ejecución provisional de resoluciones judiciales», en *Instituciones...*, *op. cit.*, pág. 26.

⁸⁹ En este sentido, compartimos plenamente la reflexión que realiza CACHÓN CADENAS cuando, al referirse al régimen de la ejecución provisional de la LEC, indica que: «[...] la ley no prevé expresamente, con carácter general, un plazo durante el cual la sentencia condenatoria que, por haber sido impugnada, aún no ha adquirido firmeza pueda ser cumplida por la persona contra la que se ha dictado la condena, a fin de evitar la ejecución provisional de esa sentencia. Ahora bien, parece razonable que la posibilidad de cumplir voluntariamente una sentencia que aún no es firme, excluyendo así la ejecución de la misma, se le ha de otorgar al condenado por dicha sentencia, en igual medida, por lo menos, que se le concede a quien ha resultado condenado en virtud de sentencia firme. No sería lógico que el cumplimiento de una sentencia que todavía no

Por consiguiente, no existe una diferencia sustantiva entre el inicio de la vía de apremio según se trate de la ejecución de sentencias firmes o de la ejecución provisional de sentencias recurridas. La única diferencia es de carácter formal: en el primer caso la exacción de la responsabilidad civil por la vía de apremio se ordenará de oficio, en el segundo a instancia de la propia Administración.

No obstante lo anterior, acordado el inicio de la vía administrativa de apremio en ejecución provisional de la sentencia condenatoria, cabe interrogarse acerca de la aplicación de la regla contenida en el artículo 528.3 de la LEC, según la cual el ejecutado, aunque no puede oponerse a la ejecución provisional sí que, bajo determinadas circunstancias, puede oponerse a la adopción de aquellas medidas ejecutivas de las que deriven perjuicios que sean absolutamente imposibles de reparar en caso de que la sentencia fuere revocada. En este sentido, habida cuenta de que, una vez iniciada la vía administrativa apremio, la adopción de las medidas ejecutivas –fundamentalmente diligencias de embargo– no corresponde al juez sino a la Administración Tributaria, caben dos posibilidades: o bien considerar que dicha oposición constituye una incidencia que debe ser resuelta por el juez que ordenó la ejecución provisional, o bien entender que la eventual oposición a las actuaciones en el marco del procedimiento administrativo debe resolverse con arreglo a las normas que lo regulan.

En este sentido, en el procedimiento de apremio existe una situación semejante a la prevista en el artículo 528.3 de la LEC, cuya finalidad es evitar causar al deudor un perjuicio irreversible como consecuencia de la ultimación de la ejecución forzosa sobre sus bienes antes de que adquiera firmeza el título en el que se sustenta la acción de cobro. Se trata del artículo 172.3 de la LGT, que establece que no se procederá a la enajenación de los bienes embargados hasta que adquiera firmeza el acto de liquidación del que la deuda trae causa. Asimismo, en el artículo 169.4 de la LGT se recoge la regla del *beneficium ordinis*, en virtud de la cual el deudor puede señalar bienes distintos a los embargados y, de este modo, alterar el orden de embargo siempre que con ello se garantice el cobro de la deuda con la misma eficacia y prontitud. Por consiguiente, si consideramos que la remisión legal que realiza el apartado primero de la disposición adicional décima de la LGT es a la regulación del procedimiento administrativo de apremio considerado en su conjunto, no parece que exista inconveniente interpretativo que impida aplicar las normas indicadas a las deudas que tienen su origen en la responsabilidad civil derivada de un delito contra la Hacienda Pública, en cuyo caso la eventual ejecución provisional de la sentencia no produciría las situaciones irreversibles que constituyen el fundamento de la oposición a la adopción de medidas ejecutivas contra determinados bienes o derechos del ejecutado.

III. LA DEUDA TRIBUTARIA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA EN EL DERECHO PROYECTADO ⁹⁰

El efecto suspensivo que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 180 de la LGT, produce la presentación de una denuncia o de una querella sobre los procedimientos tributarios, determina

ha adquirido firmeza sea exigido con mayor rigor que el cumplimiento de una sentencia que ya es firme.», CACHÓN CADENAS, M., «Resoluciones provisionalmente ejecutables...», *op. cit.*, pág. 685.

⁹⁰ En la fecha de publicación de este trabajo se encuentra en fase de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno para la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 27 de noviembre de 2009 (BOGC núm. 52-1, Serie A, proyecto 121/000052).

que el efectivo reintegro de la cuota defraudada por el autor de un delito contra la Hacienda Pública quede, como mínimo, diferido a la finalización del proceso penal. Cuando dicho reintegro no se realiza de forma voluntaria en cumplimiento de la sentencia condenatoria, de lo indicado en la disposición adicional décima de la LGT se desprende que la Administración Tributaria debe esperar a que el juez le encomiende la exacción por vía de apremio de la responsabilidad civil derivada del delito. Por el contrario, cuando el juez no admite a trámite la querella, acuerda el sobreseimiento o dicta sentencia absolutoria, se reanuda el procedimiento administrativo suspendido y es la Administración quien liquida y recauda la deuda tributaria ⁹¹.

Esta subsidiariedad de la liquidación administrativa respecto a la liquidación judicial de la deuda tributaria, no sólo es la causa de la mayoría de las contradicciones ampliamente denunciadas por la doctrina ⁹², sino del indiscutible fracaso económico de la persecución penal del fraude tributario, pues aunque sólo sea por el tiempo que transcurre desde el inicio del proceso penal hasta que se inicia la exacción de la responsabilidad civil en vía de apremio, es evidente que obtener el reintegro de la cuota defraudada por el autor de un delito contra la Hacienda Pública resulta mucho más costoso y complejo que reclamar el pago de aquellas cuotas tributarias dejadas de ingresar, cuyo importe las excluye del ámbito objetivo de aplicación del artículo 305 del CP.

En el proyecto de reforma del CP vigente parece que, por fin, se vislumbra un cambio de paradigma. El Derecho proyectado, en sintonía con las soluciones del Derecho comparado, parece que se propone eliminar el efecto suspensivo que, sobre los procedimientos tributarios de liquidación (y fundamentalmente sobre el procedimiento inspector), produce la presentación de una denuncia por un delito contra la Hacienda Pública ⁹³. De este modo, la Administración Tributaria podrá ejercer su autotutela –declarativa y ejecutiva– sobre el crédito tributario nacido con la realización del hecho imponible, al tiempo que el órgano judicial se pronuncia exclusivamente sobre la trascendencia penal de la actuación del defraudador.

Sin embargo, de la redacción propuesta en el Proyecto de Ley para el nuevo artículo 305 del CP se pone de manifiesto que conceptualmente se continúa vinculando el daño causado por el autor de un

⁹¹ A mayor abundamiento, puede verse el interesante análisis que realiza QUERALT acerca del régimen jurídico aplicable a la reanudación de las actuaciones en función del tipo de resolución judicial por la que se ponga fin al procedimiento penal. QUERALT, J.J., *El principio non bis in idem*, 1992, págs. 29 y ss.

⁹² La principal de todas ellas la expresa SIMÓN ACOSTA cuando pone de manifiesto que, a menudo, se conculca el principio constitucional de capacidad económica en la medida en que el responsable civil de delito no coincide con el sujeto pasivo del tributo. SIMÓN ACOSTA, E., «El delito de defraudación tributaria», en *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 8, 1998, pág. 117

⁹³ Aunque en la Exposición de Motivos del actual proyecto de ley nada se dice al respecto, en la Exposición de Motivos del proyecto de ley presentado en la anterior legislatura (BOCG de 15 de enero de 2007, Serie A, núm. 119-1, proyecto 121/000191) el legislador se proponía como objetivo: «[...] que la denuncia por delito fiscal no paralice el procedimiento de liquidación y recaudación por la Administración Tributaria cuando disponga de suficientes elementos para ello, tal como parece ser la tendencia general en derecho comparado». Respecto a esta cuestión, JUAN LOZANO y TRIGO SIERRA entienden que la recomendación contenida en la norma proyectada: «[...] no parece ser tanto que la remisión del expediente por presunto delito no se realice hasta que se haya ultimado procedimiento de inspección, sino más bien parece querer mantenerse la posibilidad de remisión del expediente con anterioridad pero sin que ello suponga la paralización del procedimiento para la liquidación y recaudación de la deuda tributaria». JUAN LOZANO, A., y TRIGO SIERRA, L., «Notas sobre la incidencia de la proyectada reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública», en *Actum Fiscal*, núm. 3, mayo 2007, pág. 47.

delito contra la Hacienda Pública con el importe de la cuota tributaria defraudada, sólo que, en la modificación proyectada, la existencia de responsabilidad civil dependerá de si la Administración Tributaria ha sido o no diligente en el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas ⁹⁴. Es decir, de *lege ferenda*, cuando se haya podido liquidar administrativamente la cuota defraudada, el deber de reintegrar su importe será una obligación tributaria, mientras que si no se ha podido practicar la liquidación (sobre todo por prescripción) nos encontraremos nuevamente ante una responsabilidad civil derivada del delito. Así, el legislador sigue utilizando un régimen de subsidiariedad en la liquidación de la deuda tributaria, pero en sentido inverso al establecido en el artículo 180 de la LGT, pues de prosperar la reforma, la liquidación judicial de la deuda será subsidiaria de la liquidación administrativa.

Aunque coincidimos con el propósito de la reforma proyectada en el sentido de desvincular la liquidación de la deuda tributaria de la persecución de los delitos contra la Hacienda Pública, no compartimos la solución técnica que el legislador propone. A nuestro modo de ver, en lugar centrar el debate en la responsabilidad civil derivada del delito, lo que procede es regular la actuación concertada y coordinada de los órganos de la Administración Tributaria y del Poder Judicial, atribuyendo a cada uno de ellos la función que le es propia: a los primeros la exigencia de la cuota defraudada, a los segundos la imposición de la sanción penal ⁹⁵. Para ello, entendemos que no es necesario acudir a la norma penal (con el riesgo de incurrir en una innecesaria congelación de rango al utilizar una ley orgánica para regular aspectos meramente procedimentales), sino que basta con mejorar la redacción de la norma tributaria (fundamentalmente del art. 180 LGT) para definir los efectos que, sobre los procedimientos tributarios, supone la iniciación de un procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública.

Planteada la cuestión en estos términos, y para contextualizar adecuadamente la trascendencia del debate acerca del modo de articular la intervención de la Administración Tributaria y del Poder Judicial en la lucha contra el fraude fiscal ⁹⁶, a continuación pasamos a realizar un somero estudio de las soluciones que el legislador ha venido utilizando para resolver tan compleja cuestión.

1. El modelo de preferencia administrativa.

Hasta el año 1986 predominó en el ordenamiento jurídico español un modelo que podríamos calificar de preferencia administrativa ⁹⁷, en virtud del cual el ejercicio de la acción penal requería la

⁹⁴ En la redacción proyectada del artículo 305 del CP se restringe la responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública al: «[...] importe de la deuda tributaria que la Administración no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora [...]».

⁹⁵ La paradoja que respecto a esta cuestión se produce la expresa con maestría CASADO OLLERO cuando indica que: «Si bien todos los poderes públicos tienen en la "lucha contra el fraude fiscal (...) un fin y un mandato constitucional", cada uno de ellos habrá de acometerlo de la forma que constitucionalmente y legalmente le sea encomendada, sin que resulte admisible que la Administración Tributaria se dedique a la investigación y persecución de la delincuencia fiscal, mientras la Jurisdicción penal acaba desempeñando funciones de liquidación y recaudación tributaria». CASADO OLLERO, G., «Administración Tributaria, Jurisdicción Penal y Delito Fiscal», en AA.VV. *Estudios en memoria de D. César Albiñana García-Quintana*, IEF, Madrid, 2008, pág. 1.597.

⁹⁶ En este sentido, resultan particularmente ilustrativas las palabras del propio Tribunal Constitucional cuando indica que: «[...] La lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración Tributaria» (STS 76/1990, de 26 de abril).

⁹⁷ Pese a que dicha situación de preferencia se ha asimilado al régimen de la *cuestión prejudicial*, el Tribunal Supremo (STS de 5 de noviembre de 1991) consideró que lo que la ley establecía era un *requisito de procedibilidad* previo a la acción

previa firmeza de la liquidación tributaria por la que se fijaba definitivamente la cuota defraudada⁹⁸. Esta solución no sólo recibió numerosas críticas doctrinales y jurisprudenciales⁹⁹ por su evidente obstrucción al normal ejercicio de la acción penal, sino también porque, al posponer la actuación del juez a la conclusión de la vía administrativa, indirectamente dejaba en manos del contribuyente la elección del momento a partir del cual podía ser acusado de un delito de defraudación tributaria¹⁰⁰.

2. El modelo de preferencia jurisdiccional.

La reacción ante la constatación del fracaso del modelo de preferencia administrativa fue optar por la solución contraria¹⁰¹. Por vía interpretativa primero¹⁰², y legislativa después¹⁰³, se estableció un modelo de preferencia penal en virtud del cual en caso de que unos mismos hechos pudieran ser el fundamento objetivo de una regularización administrativa y de una sentencia condenatoria por delito contra la Hacienda Pública, por aplicación del principio constitucional de *non bis in idem*¹⁰⁴,

penal. En un sentido semejante se pronuncia RAMÍREZ GÓMEZ, S., «El principio *ne bis in idem* en el ámbito tributario», Madrid, 2000, pág. 73.

⁹⁸ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37.2 de la Ley de 14 de noviembre de 1977, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal: «Una vez hayan adquirido firmeza las actuaciones administrativas y, en todo caso, cuando haya recaído resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, el Delegado de Hacienda de la provincia respectiva [...] deberá poner en conocimiento del M.º Fiscal los hechos que se estimen constitutivos de delitos fiscales cometidos en el ámbito de su jurisdicción».

⁹⁹ Véase por todos APARICIO PÉREZ, J., «La jurisprudencia y la aplicación del delito fiscal; la responsabilidad civil y los incrementos no justificados de patrimonio», *Impuestos*, núm. 11, 1990.

¹⁰⁰ La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, indica que: «La redacción del artículo 37 de la Ley 50/1997, que exige el agotamiento de la vía administrativa antes de que la propia Administración Tributaria, única legitimada para ello, promueva el ejercicio de la acción penal, es ciertamente un obstáculo para el correcto funcionamiento del mecanismo procesal y sustantivo y, por ello, esta Ley incluye su derogación, consciente, además, de que imponer una prejudicialidad tributaria con carácter necesario choca con el principio tradicional en nuestro ordenamiento que, con suficiente elasticidad, aparece recogido en el capítulo II del libro I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [...]».

¹⁰¹ Como explica CASADO OLLERO, al analizar los precedentes normativos mediante los que se atribuyen las competencias en la lucha contra el fraude fiscal: «[...] es fácil advertir que la principal tarea (consciente o no) del legislador consistió en liberar al delito fiscal de su tradicional dependencia administrativa [...]», CASADO OLLERO, *op.*, *cit.*, pág. 1.598. Por su parte, DE JUAN CASADEVALL al valorar el cambio de concepción producido a partir de la reforma de 1985 concluye que: «La ley del péndulo supuso que la reforma de 1985 desterrara la vieja prejudicialidad administrativa y entregara la facultad liquidatoria al órgano jurisdiccional». DE JUAN CASADEVALL, J., «La articulación de la regla *ne bis in idem* en el ámbito tributario», en AA.VV., *Estudios en memoria de D. César Albiñana García-Quintana*, IEF, Madrid, 2008, pág. 1.463.

¹⁰² En la Circular de 8 de mayo de 1986, de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria, se asume, por primera vez, el efecto suspensivo que, sobre el procedimiento inspector, produce la presentación de una denuncia por delito contra la Hacienda Pública.

¹⁰³ La Ley 10/1985, de 26 de abril, introduce el efecto suspensivo sobre el procedimiento sancionador en el artículo 77.6 de la LGT. Posteriormente, la Ley 25/1995, de 20 de julio, tácitamente extiende dicho efecto al resto de procedimiento tributarios cuando establece que: «En los supuestos en que la Administración tributaria estime que las infracciones pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo [...]». El actual artículo 180 de la LGT sigue sin especificar cuál es el procedimiento tributario afectado por la suspensión.

¹⁰⁴ En este sentido, el Tribunal Constitucional en la STC 2/1981, de 30 de enero (FJ 4.º), señala que: «El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en los que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin exis-

la mera presentación de la denuncia o de la querella determina la suspensión automática e inmediata, no sólo del procedimiento sancionador tributario, sino de cualesquiera procedimientos administrativos concurrentes con el proceso penal ¹⁰⁵.

Respecto al procedimiento sancionador tributario, la previsión contenida en el texto del actual artículo 180 de la LGT tiene por finalidad prevenir la imposición de una sanción administrativa previa o simultánea a la sanción penal ¹⁰⁶. Sin embargo, respecto a los procedimientos tributarios de liquidación, el fundamento de la suspensión resulta algo más difuso. En primer lugar, por la ubicación sistemática del precepto, su extensión a procedimientos distintos del sancionador se efectúa necesariamente por analogía ¹⁰⁷. En segundo lugar, porque el fundamento jurídico de la paralización de las actuaciones administrativas no puede ser la concurrencia en el ejercicio del *ius puniendi* sino, en todo caso, la concurrencia del procedimiento de liquidación (fundamentalmente el de inspección) con el proceso penal. Dicho de otro modo, la suspensión del procedimiento sancionador se produce por razones materiales, mientras que la suspensión del resto de procedimientos tributarios únicamente puede justificarse por razones procesales ¹⁰⁸.

En cualquier caso, tampoco este modelo parece haber solucionado el problema. Al anticipar la acusación por el delito cometido a la liquidación administrativa de la deuda pudiera parecer que se ejerce una mayor presión sobre el defraudador. Sin embargo, la realidad ha demostrado que, antes de imponer la sanción penal, se exige que el juez instructor actúe como órgano de liquidación, con

tencia de una relación de supremacía especial de la Administración [...]». Posteriormente, en la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 4.º), introduce una reflexión fundamental para resolver la concurrencia de diversos procedimientos sancionadores al indicar que: «El principio non bis in ídem [...] conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puede producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado».

¹⁰⁵ Como dice RAMÍREZ GÓMEZ: «No basta, pues, con paralizar o suspender el procedimiento al final del mismo, una vez impuesta la sanción administrativa, sino que dicha paralización deberá producirse con anterioridad, en el momento en que se aprecien indicios de una posible conducta delictiva». RAMÍREZ GÓMEZ, S., *op. cit.*, pág. 115.

¹⁰⁶ No obstante lo anterior, la situación de concurrencia entre el procedimiento para imponer una sanción administrativa y una sanción penal no siempre requiere la suspensión del primero en su fase instructora. En este sentido, mención especial merece lo dispuesto en el apartado 2 de artículo 32 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que al referirse a las sanciones administrativas a imponer por las infracciones tipificadas en dicha Ley establece que: «Cuando las conductas a que se refiere la presente Ley pudieran revestir caracteres de infracción penal, se remitirán al Ministerio Fiscal los antecedentes necesarios de las actuaciones practicadas, aunque ello no impedirá la tramitación de los expedientes sancionadores por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente solo podrá producirse cuando sea firme la resolución recaída en el ámbito penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción».

¹⁰⁷ La única referencia normativa de la que podría inferirse el efecto suspensivo referido a los procedimientos de liquidación (particularmente el de inspección) y de recaudación es el artículo 68 de la LGT, según el cual la remisión del tanto de culpa al Ministerio Fiscal o al juez constituye una causa de interrupción de la prescripción.

¹⁰⁸ En general, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia consideran que entre el procedimiento tributario y el proceso penal se produce una situación de prejudicialidad. Sin embargo, coincidimos con RUBIO SOLER, cuando señala que: «[...] la prejudicialidad no sirve para explicar por qué una vez dictada la sentencia condenatoria, la Administración no puede reanudar el procedimiento inspector; por su parte, el principio non bis in ídem tampoco permite explicar por qué se produce la paralización del procedimiento de inspección, y por qué el mismo no se reanuda en los casos de sentencia condenatoria». RUBIO SOLER, C., en AA.VV. *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado), 2008, pág. 262.

lo cual, además de verse obligado a aplicar una normativa extraña al proceso penal, la determinación de la deuda tributaria se antepone a la sanción, con el añadido de que la recaudación de la cuota judicialmente liquidada se pospone a la firmeza de la sentencia condenatoria.

3. El modelo de concurrencia de actuaciones.

Constatado el fracaso de los dos modelos de preferencia —el primero por diferir la sanción penal, el segundo por diferir el reintegro de la cuota defraudada—, parece que el legislador actual se decanta por implementar un modelo de concurrencia de actuaciones. Sin embargo, según cómo se efectúe el desarrollo de la iniciativa legislativa que promueve la supresión del efecto suspensivo de la interposición de la denuncia o querella por un delito de defraudación tributaria, como consecuencia de la prejudicialidad devolutiva (art. 4 LCrim.), podría producirse un regreso al modelo anterior de preferencia administrativa y, por consiguiente, la reproducción de los muchos inconvenientes y deficiencias técnicas que se trataron de solucionar con las diversas y sucesivas reformas legislativas adoptadas desde 1985.

Como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina y ratificado la jurisprudencia ¹⁰⁹, la actual configuración de la Inspección de los Tributos no le faculta para desarrollar actuaciones de policía judicial sino, en todo caso, de policía fiscal (administrativa) ¹¹⁰. Luego, siendo una realidad indiscutible que la mayoría de las denuncias por delitos contra la Hacienda Pública son el resultado de hechos puestos de manifiesto en un procedimiento inspector, la situación de concurrencia que debe resolverse es la que se produce en la fase de investigación del hecho presuntamente delictivo. Es decir, salvo que de *lege ferenda* se atribuya a la Administración Tributaria funciones policiales, la determinación de los hechos con trascendencia penal debe realizarse fuera del procedimiento administrativo de comprobación ¹¹¹. Por consiguiente, el respeto a las garantías constitucionales del presunto autor determina que el efecto jurídico que la presentación de la denuncia produce sobre las actuaciones administrativas no pueda ser otro que el de la suspensión inmediata ¹¹².

Por ello, a nuestro modo de ver, en la situación actual, no se trata tanto de suprimir el efecto suspensivo como de mejorar la regulación de sus condiciones de aplicación a los procedimientos

¹⁰⁹ En palabras del propio Tribunal Constitucional: «[...] la Inspección va dirigida a verificar la conducta fiscal del contribuyente y, en particular, a constatar la veracidad de sus declaraciones a la Hacienda Pública. Esa actividad investigadora conducirá a obtener pruebas, en su caso, de que el contribuyente ha defraudado al Fisco» [STC 110/1984, de 26 de noviembre (FJ 2.º) (NFJ000067) y STC 76/1990, de 26 de abril (NFJ000802)].

¹¹⁰ A mayor abundamiento puede verse MARTÍNEZ HORNERO J., «Marco jurídico de la policía fiscal», en *Gaceta Fiscal*, núm. 125, octubre 1994, pág. 171.

¹¹¹ Como explica CASADO OLLERO: «Conviene no confundir la investigación fiscal, esto es, la actividad controladora e investigadora de la Inspección de los Tributos, con la función de descubrir delitos fiscales y proceder a su persecución». CASADO OLLERO, G., *op. cit.*, pág. 108.

¹¹² En este sentido, compartimos plenamente el razonamiento de RUBIO SOLER cuando indica que: «Son, sin embargo, los principios de preferencia de la jurisdicción penal y de seguridad jurídica, los que justifican esta paralización del procedimiento inspector como consecuencia del inicio de un proceso penal. A mi modo de ver, es incuestionable que debe producirse la paralización del procedimiento administrativo [...]. Aunque no se trate de un procedimiento sancionador, los hechos declarados probados por el órgano judicial deberían vincular, asimismo, al órgano administrativo pudiendo justificarse esta posición en el principio de seguridad jurídica [...]», en «Manual...», *op. cit.*, pág. 249.

tributarios distintos al sancionador. La ley tributaria (no la penal) es la que debe regular con precisión tanto el momento en que se inicia como aquel en que finaliza el efecto suspensivo que la instrucción penal supone sobre la instrucción administrativa.

En lo que al inicio se refiere, lo establecido en el artículo 180 de la LGT respecto al procedimiento sancionador es también válido respecto al procedimiento inspector, por cuanto, una vez presentada la denuncia, de conformidad con lo establecido en el artículo 773.2 de la LCrim., corresponde al Ministerio Fiscal impulsar las diligencias de investigación previas a la interposición de la querella. Sin embargo, en cuanto a la fecha de cese del efecto suspensivo, lo dispuesto en el artículo 180 de la LGT no puede aplicarse *mutatis mutandis* a los procedimientos de comprobación y liquidación, pues el fundamento de la suspensión no es la incompatibilidad de potestades sancionadoras sino, en todo caso, la observancia de las garantías procesales del presunto delincuente en la fase de instrucción penal ¹¹³.

Independientemente de la posición que se asuma respecto a la naturaleza jurídica del límite cuantitativo establecido en el artículo 305 del CP ¹¹⁴, debe aceptarse que al juez instructor lo único que le interesa para decidir si efectúa o no la imputación de un delito contra la Hacienda Pública es determinar si la cuota presuntamente defraudada excede o no de la cantidad legalmente establecida. Para comprobar dicha circunstancia, según lo indicado en el artículo 777 de la LCrim., podrán efectuarse las correspondientes diligencias judiciales de investigación, siendo la primera de ellas la comparecencia del imputado. Pero una cosa es verificar la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad y otra muy distinta es regularizar completamente la situación del contribuyente y liquidar la cuota tributaria. Así pues, una vez concluida la instrucción penal, tanto si se decide iniciar la fase de juicio oral como si no, debe reanudarse el procedimiento legalmente establecido para determinar la deuda tributaria, que no es otro que el de liquidación en vía administrativa.

Si esto es así, a nuestro modo de ver, la norma a considerar para establecer el momento procesal en que cabe entender concluida la situación de concurrencia y, por consiguiente, finalizado el efecto suspensivo sobre los procedimientos administrativos distintos del sancionador es la contenida en la regla 4.ª del artículo 779 de la LCrim., según la cual, una vez ultimadas las diligencias previas, si el juez considera que puede haberse cometido alguno de los delitos que, según lo establecido en el artículo 757 de la LCrim., deben juzgarse mediante el procedimiento abreviado, dictará el auto de apertura de juicio oral, en el que se relacionarán los hechos punibles y se identificará a la persona o personas a las que se imputan. Luego considerando que, salvo situaciones excepcionales, en la fase de juicio oral, no se realizan diligencias judiciales de investigación, la preferencia del proceso penal respecto al procedimiento inspector ya no tiene razón de ser. Por ello, en nuestra opinión, no existe inconveniente para que se reanuden las actuaciones de regularización tributaria suspendidas con la presentación de la denuncia, independientemente de cuál sea el resultado del juicio. Tanto si hay condena como si se acuerda la absolución del imputado, la liquidación administrativa se realizará por los órganos de la Administración Tributaria.

¹¹³ Respecto a esta cuestión resulta particularmente interesante el trabajo de SARRÓ RIU en relación con los límites de las facultades reconocidas a los órganos de la Inspección cuando los hechos investigados pueden ser constitutivos de delito. SARRÓ RIU, J., «El derecho a la no autoincriminación y la Inspección de Hacienda», en *El Fisco*, núm. 123, septiembre 2006, págs. 15 a 51.

¹¹⁴ Un reciente planteamiento sobre el estado de esta cuestión puede verse en: ANEIRÓS PEREIRA, J., «Delito Fiscal», en *Estudios en memoria de D. César Albiñana García-Quintana*, IEF, Madrid, 2008, págs. 1.501 a 1.541.

En definitiva, en el actual escenario normativo, la situación de concurrencia del procedimiento tributario de comprobación y liquidación con la sustanciación de una causa penal por un delito contra la Hacienda Pública se resuelve mediante la aplicación de un modelo de preferencia penal limitada en virtud del cual, una vez finalizada la investigación judicial de los hechos punibles, la Administración regularizará la situación tributaria del sujeto pasivo (condición que no siempre coincidirá con la de autor del delito) con base en los hechos incluidos en el auto de apertura del juicio oral y cualesquiera otros que, sin relevancia penal, puedan ponerse de manifiesto en el curso de la comprobación administrativa. Por el contrario, en lo que se refiere al procedimiento sancionador tributario debe de mantenerse el modelo de preferencia penal absoluta, de modo que la eventual reanudación de la vía administrativa sólo puede producirse en caso de archivo, sobreseimiento o absolución ¹¹⁵.

Corolario de lo anterior, y a diferencia de lo que ocurre respecto a la potestad sancionadora, cabe concluir que la tutela penal de la Hacienda Pública y la autotutela administrativa del crédito tributario no son potestades incompatibles, sino que deben concurrir para hacer efectivo el principio de justicia tributaria, sólo que dicha concurrencia requiere coordinar la actuación del órgano judicial y del órgano administrativo en función del tipo de actividad que, en cada momento, se desarrolle y, sobre todo, atendiendo a las garantías del contribuyente tanto en los procedimientos tributarios como en el proceso penal.

Por todo lo expuesto, a mi modo de ver, no es necesario esperar a la reforma del CP para aplicar un modelo de concurrencia de actuaciones. Basta con una interpretación estricta del artículo 180 de LGT para que el efecto suspensivo sólo se aplique en toda su extensión al procedimiento sancionador tributario ¹¹⁶. De hecho, por la ubicación sistemática del precepto y por aplicación del principio de separación que rige desde la Ley 1/1998, no resulta tan descabellado mantener que, sin perjuicio de reconocer la preferencia de la instrucción penal respecto a la instrucción administrativa —cuando una y otra tengan por objeto la investigación de los mismos hechos—, la denuncia de un posible delito contra la Hacienda Pública no impide la liquidación administrativa de la deuda tributaria ¹¹⁷. De este modo, si la cuota cuyo pago se elude al cometerse un delito de defraudación se liquida y recau-

¹¹⁵ Por ello, únicamente en lo que se refiere al procedimiento sancionador coincidimos con la posición de QUERALT quien, al comentar la STC 77/1983, de 3 de octubre (NFJ000032), indica que: «El que la potestad de fijar los hechos corresponda a los tribunales penales y que la sanción administrativa deba retrasarse hasta que haya concluido el proceso criminal, no me parece una afirmación procesal, sino de claro alcance y sentido material. Parte de la unidad de *ius puniendo* estatal, unidad que no queda contradicha porque haya varias ramas sancionadoras en la medida en que las mismas se sujeten a un común haz de principios que permitan reconocer la función represora como tal y no como otra de diversa índole, como pudiera ser, por ejemplo, si la presunta sanción tuviera exclusivamente, por sus resultados, carácter recaudatorio o confiscatorio», QUERALT, J., *op. cit.*, pág. 11. Sin embargo, respecto a los procedimientos tributarios de liquidación y recaudación sí que se trata de una cuestión estrictamente procesal a resolver mediante la aplicación de las normas reguladoras del proceso penal.

¹¹⁶ RAMÍREZ GÓMEZ lo expresaba con claridad al indicar que: «La aprobación de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes ha venido a establecer en su artículo 34 la tan reclamada separación del procedimiento sancionador respecto del procedimiento de comprobación e investigación y, aunque actualmente la paralización del procedimiento de liquidación esta prevista en la LGT y en el RGI, conviene indagar sobre si, en la situación actual de procedimientos separados, dicha paralización es una exigencia de principios constitucionales o si, en caso contrario, el legislador ordinario podría disponer la no paralización del procedimiento de liquidación sin que ello vulnere disposición o principio constitucional alguno». RAMÍREZ GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 119.

¹¹⁷ En este sentido, compartimos la opinión de los autores que consideran que en estos casos técnicamente no se produce propiamente una situación de prejudicialidad, pues, a nuestro modo de ver, la preferencia del juez penal tiene su fundamento en su competencia exclusiva y excluyente para conocer de unos hechos presuntamente delictivos. A mayor abundamiento, puede verse: QUERALT, J., *op. cit.*, pág. 32.

da por los órganos de la Administración Tributaria, por el mismo concepto no cabe reconocer una indemnización a favor de la Hacienda Pública.

En otras palabras, si los procedimientos de comprobación y liquidación suspendidos al presentarse la denuncia se reanudan una vez finalizada la instrucción penal, para obtener el reintegro de la cuota defraudada, ya no será necesario que la sentencia condenatoria transforme la deuda tributaria en responsabilidad civil. Luego la polémica actual acerca de la naturaleza jurídica de la obligación de pago que recae sobre el autor de un delito contra la Hacienda Pública quedaría plenamente superada y en todo caso circunscrita a establecer si la comisión de este delito puede generar un daño distinto a la cuota tributaria cuyo pago se ha eludido y, si dicho daño es susceptible de fundamentar un deber de indemnizar al perjudicado o perjudicados.

De prosperar el planteamiento que proponemos, el condenado por un delito contra la Hacienda Pública deberá hacer frente a una triple responsabilidad: a) La de carácter penal, mediante el cumplimiento de la pena y el pago de la multa que le pueda ser impuesta por el juez; b) La de carácter tributario cuando, además de su condición de autor del delito, reúna la de sujeto pasivo del tributo, o eventualmente pueda ser declarado obligado al pago en concepto de responsable tributario; c) Y, finalmente, la de carácter civil por acto ilícito si, como consecuencia de la comisión del delito, se han causado daños a terceros susceptibles de reparación.

NIVEL DE DISPONIBILIDAD DE LOS RECURSOS DE NETO

MIGUEL ÁNGEL VILLACORTA HERNÁNDEZ
Profesor de la Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Andrés DE LA OLIVA SANTOS, don Juan José BLANCO GÓMEZ, don Carlos José CABEZAS VELÁZQUEZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, doña Juana PULGAR EZQUERRA y don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ.

Extracto:

LA Legislación mercantil española sobre el aumento de capital (sección segunda del TRLSA) y la reducción de capital (sección tercera del TRLSA) se basa en la consideración de una parte de las reservas como disponibles y otras como indisponibles.

A pesar de la importancia de este concepto, el regulador no ha establecido el significado concreto para que un recurso sea calificado como disponible o indisponible; tampoco ha diferenciado el nivel de disponibilidad de cada uno de los recursos.

La presente investigación pretende definir el concepto de la indisponibilidad de los recursos de neto para, a continuación, realizar un estudio detallado del nivel de disponibilidad de cada componente de neto.

En este trabajo no se analizan únicamente las partidas incluidas como reservas en el listado del «Cuadro de Cuentas» del PGC 2007 y PGC PYMES, sino que también se evalúan el resto de partidas recogidas en los subgrupos 10, 11, 12 y 13 de los citados listados.

Palabras clave: Derecho mercantil, garantía de acreedores, patrimonio neto y fondos propios.

LEVEL OF AVAILABILITY OF NET RESOURCES

MIGUEL ÁNGEL VILLACORTA HERNÁNDEZ
Profesor de la Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Andrés DE LA OLIVA SANTOS, don Juan José BLANCO GÓMEZ, don Carlos José CABEZAS VELÁZQUEZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, doña Juana PULGAR EZQUERRA y don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ.

Abstract:

THE spanish company law about capital increase (second section of TRLSA) and the reduction of capital (section three of TRLSA) is based on considering a part of the reserves as available and others as unavailable.

Despite the importance of this concept, the regulator has not set the concrete meaning to an action to be classified as available or unavailable, nor has differentiated the level of availability of each resource.

This research aims to define the concept of the unavailability of resources equity to conduct a detailed study of the level of availability of each component of equity.

This paper not only analyzes the split included like reservations in the listing of the «Cuadro de Cuentas» of the PGC 2007 and PGC PYMES, but that also evaluates the rest of split collected in the subgroups 10, 11, 12 and 13 of the quoted listings.

Keywords: company Law, creditor guarantee, creditor-oriented and equity.

Sumario

1. Importancia del estudio de la indisponibilidad de los recursos de neto.
2. Garantías de los acreedores.
3. Instrumentos del Derecho mercantil para proteger los derechos de los acreedores.
4. Definición de neto indisponible.
5. Clasificaciones de las reservas.
6. Clasificación del neto en función de su disponibilidad.

Conclusiones.

Bibliografía.

1. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS RECURSOS DE NETO

Las garantías de los acreedores se materializan en los recursos indisponibles. De esta manera, para salvaguardar las garantías, es imprescindible conocer de forma clara cuáles son los recursos indisponibles; y esto no ha sido realizado por la legislación mercantil española. Esta investigación pretende realizar dos actuaciones necesarias que el legislador mercantil no ha llevado a cabo: establecer el significado concreto de que uno de los recursos sea disponible o indisponible, y diferenciar el nivel de disponibilidad de cada uno de los recursos de neto. Para realizar una clasificación de las reservas en función de su disponibilidad, es necesario describir la naturaleza de cada uno de ellos.

Los recursos de neto se clasifican normalmente por el criterio de su naturaleza (reserva legal, reservas estatutarias, reserva de fondo de comercio, reservas voluntarias...), sin embargo, también es posible realizar otra clasificación en función de su disponibilidad.

El estudio de los elementos del neto en función de su disponibilidad, consiste en analizar la función que tienen estos recursos dentro de la empresa, independientemente de su naturaleza. Las fuentes de financiación pueden tener multitud de naturalezas, pero sólo dos funciones o destinos: ser la garantía de los recursos de la empresa frente a terceros o no serlo.

Antes de realizar las dos actuaciones objeto de esta investigación, es necesario detallar la importancia y función de las garantías de los acreedores y la relación entre el Derecho mercantil y contable sobre el tema.

2. GARANTÍAS DE LOS ACREEDORES

La legislación mercantil española intenta proteger el tráfico mercantil incidiendo en la salvaguarda de los intereses de los acreedores por encima del resto de figuras. Podría haber protegido a otros partícipes de la actividad empresarial, como al accionista, pero ha considerado más oportuno incidir en la protección del acreedor.

La garantía de una sociedad colectiva, o cualquier otra figura de responsabilidad ilimitada frente a sus acreedores, es el patrimonio personal de los socios, tanto presente como futuro. Sin embargo, en las sociedades de responsabilidad limitada, como la sociedad anónima, la garantía de los acreedores, en un análisis somero, es su capital, ya que lo único que puede perder al adquirir una acción es la cantidad aportada.

Para que el capital social constituya una auténtica garantía para los acreedores, deberá estar materializado en activos reales. La disminución de capital con cargo a partidas del activo circulante, constituye una reducción de la garantía de los acreedores, puesto que dichos activos reembolsados a los accionistas ya no podrán ser utilizados en el futuro por la sociedad para pagar sus deudas.

La legislación mercantil española trata de proteger a los acreedores de la sociedad, puesto que un proceso de reducción del capital disminuye la garantía de la sociedad frente a dichos acreedores, ya que si no se les garantizan sus créditos de manera suficiente, disminuyen las cifras que responden a los mismos. Por esta razón, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) tiene previsto en su articulado dos medidas para proteger a los acreedores ante una posible reducción de capital: el derecho de oposición y las reservas por capital amortizado.

Si profundizamos más, la garantía de los acreedores no es el concepto contable capital, ni fondos propios, ni patrimonio neto, sino que es el concepto mercantil de recursos indisponibles. Las reservas en el Plan General Contable (PGC) 2007 están divididas según un criterio de naturaleza: legal, voluntaria, prima de emisión, etc. Sin embargo, la clasificación por naturaleza no es la más representativa a efectos mercantiles; la categorización más representativa de las reservas es la centrada en la disponibilidad de los recursos. De esta forma, todas las reservas pueden ser clasificadas en dos categorías: disponibles e indisponibles. Los recursos indisponibles son los que no pueden ser utilizados en operaciones que disminuyan las garantías de los acreedores, por lo que la empresa que posea más recursos indisponibles ofrece menores garantías a los sujetos que deben recibir dinero de ella. Los recursos indisponibles están compuestos por el capital social y las reservas indisponibles.

El principal instrumento para mantener las garantías a los acreedores es el derecho de oposición, que la legislación mercantil concede a los acreedores.

El derecho de oposición de los acreedores queda recogido en el artículo 166 del TRLSA, denominado «Derechos de oposición»:

- «1. Los acreedores cuyo crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción del capital tendrán el derecho de oponerse a la reducción hasta que se les garanticen los créditos no vencidos en el momento de la publicación.

No gozarán de este derecho los acreedores cuyos créditos se encuentren ya adecuadamente garantizados.

2. El derecho de oposición habrá de ejercitarse en el plazo de un mes a contar desde la fecha del último anuncio del acuerdo.

3. La reducción del capital social no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad preste garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por Entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento»¹.

Ahora bien, esta garantía para los acreedores no se contempla en todas las finalidades de reducción de capital social. El artículo 167 del TRLSA enumera una serie de supuestos para los que existe exclusión del derecho de oposición. El citado artículo, denominado «Exclusión del derecho de oposición», establece que los acreedores no podrán oponerse a la reducción en los casos siguientes:

- «1.º Cuando la reducción del capital tenga por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas.
- 2.º Cuando la reducción tenga por finalidad la constitución o el incremento de la reserva legal.
- 3.º Cuando la reducción se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito. En este caso, el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o de la disminución del valor nominal de las acciones deberá destinarse a una reserva de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social.»²

En el primer apartado, el legislador justifica que el acreedor no deba tener derecho de oposición porque los activos de la sociedad que le sirven de garantía no han variado con la operación de reducción de capital. En el momento de reducir capital sólo se ha producido un ajuste de las cuentas del neto patrimonial. En todo caso, la pérdida de garantía frente a los acreedores se produjo en los periodos contables en los que se fueron acumulando las pérdidas.

El legislador también recoge la exclusión de derecho de oposición en el apartado tres, reducción de capital con cargo a reservas disponibles o parcialmente disponibles, también llamada amortización de capital. En este caso, la salvaguarda de las garantías de los acreedores en la operación es total porque se minora la cifra de capital a cambio de aumentar una reserva indisponible por el mismo importe (reserva por capital amortizado). La creación de dicha reserva pretende mantener la cifra de recursos indisponibles (capital más reservas indisponibles) del patrimonio de la sociedad como garantía permanente frente a los acreedores.

En el caso de una reducción de capital por constitución o incremento de reserva legal, el legislador entiende que se cambia un recurso indisponible (capital) por otro recurso indisponible (reser-

¹ El artículo 166 del TRLSA tiene concordancia con los artículos 79 de la LSRL, 170.4 del RRM y 167 y 289 del TRLSA, Jur. STS (Sala I.ª) de 12 de noviembre de 2003, RDGRN de 29 de marzo de 2000 y RDGRN de 9 de mayo de 1998.

² El artículo 167 del TRLSA tiene concordancia con los artículos 82 de la LSRL, 171.2 del RRM y 77, 163, 164.4, 166, 178 y 214 del TRLSA, RDGRN de 29 de marzo de 2000, RDGRN de 1 de octubre de 2004 y RDGRN de 25 de febrero de 2004.

va legal), y si esto es así no debe existir derecho de oposición porque no se han disminuido las garantías frente a los acreedores al mantenerse constante la cifra de recursos indisponibles.

Si fuésemos críticos con la legislación vigente, es posible observar dos puntos discordantes. En la segunda de las situaciones, la reducción de capital por constitución o incremento de reserva legal, si se ha producido una cierta disminución de las garantías porque la reserva legal se puede utilizar para un mayor número de operaciones que el capital, lo que produce un cierto nivel de garantía menor. El segundo aspecto crítico es aplicable a los tres tipos de reducción de capital en los que se excluye el derecho de oposición. En todos ellos, realmente las garantías sí han disminuido algo, porque la minoración del capital provoca un nivel de reserva legal menor en el futuro, ya que su importe está basado en un porcentaje del capital social. Sin embargo, el legislador no lo ha considerado así, y ha entendido que los tres supuestos del artículo 167 del TRLSA no deben tener derecho de oposición de los acreedores, despreciando las mínimas minoraciones de garantías analizadas en este párrafo.

3. INSTRUMENTOS DEL DERECHO MERCANTIL PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES

El Derecho mercantil tiene como finalidad reducir la inseguridad y la incertidumbre derivadas de la actividad empresarial, concediendo garantías a los acreedores, accionistas y demás sujetos relacionados con la empresa.

La legislación mercantil española entiende que el mejor medio para alcanzar este objetivo es salvaguardar el patrimonio de la sociedad de responsabilidad limitada, para que a su vez los saldos de los acreedores estén adecuadamente protegidos. Por ello, considera necesario proteger a los acreedores como consecuencia de la responsabilidad limitada que caracteriza a los socios de estos tipos de sociedades. En las sociedades colectivas o individuales los empresarios responden ilimitadamente con todo su patrimonio presente y futuro de las cantidades pendientes de pagar a los acreedores; por el contrario, en las sociedades anónimas y limitadas, los socios no responderán personalmente de las deudas sociales, lo cual provoca que la garantía frente a los acreedores nunca podrá ser el patrimonio personal de los socios.

La legislación mercantil española utiliza dos tipos de instrumentos para alcanzar sus objetivos: los que realizan una interpretación de los conceptos contables y los que no realizan tal interpretación.

Por un lado, la legislación mercantil establece una serie de instrumentos para alcanzar sus fines por medio de una interpretación de los conceptos contables ³.

³ La necesidad de interpretar las normas contables, queda reflejada en las palabras de Sanz Gadea: «Para que las normas contables puedan cumplir los objetivos de la legislación mercantil, es necesario que ésta regule la normativa contable». *Vid.* SANZ GADEA, E.: «El resultado contable en el marco del derecho contable», *RCyT. CEF*, núm. 189, 137-210, 1998, pág. 180.

Las normas mercantiles desarrollan su influencia para intentar conseguir sus objetivos sobre la conceptualización de dos dimensiones: el beneficio y sus componentes (gastos e ingresos), y el patrimonio y sus componentes (activo, pasivo y neto).

La filosofía general de la interpretación mercantil de conceptos y normas contables es intentar influir en los aspectos contables de forma que se consiga un beneficio y patrimonio inferior al hipotético real, protegiendo a la empresa de una descapitalización, aumentando las garantías de cobro de los saldos pendientes de los acreedores. Esto se alcanza con dos medidas: una directa, definiendo estos valores como mínimos, y otra indirecta, derivada de que la definición de estos dos conceptos influye decisivamente en la regulación de muchas normas mercantiles.

La legislación mercantil regula el reparto del beneficio contable. La primera regulación es la constitución obligatoria de una reserva legal ⁴ y una reserva de fondo de comercio ⁵ y la posibilidad de establecer una estatutaria ⁶. La segunda es la imposibilidad de la distribución de resultados si existen gastos de investigación y desarrollo, salvo que existan reservas disponibles que lo compensen ⁷. Por último, existen controles al reparto de dividendos a cuenta, pues requieren beneficios realizados y repartibles, y liquidez suficiente ⁸.

La legislación mercantil española utiliza el concepto de patrimonio en ciertas medidas:

- La legislación mercantil española prohíbe la distribución de resultados cuando el patrimonio neto contable sea, o resulte ser como consecuencia del reparto, inferior al capital social ⁹, argumentando que con esta medida el capital permanecerá plenamente garantizado.
- El artículo 163 del TRLSA obliga a la sociedad a reducir el capital cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto.
- El artículo 260.4 del TRLSA no permite seguir desarrollando su actividad a las empresas cuyas pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, obligándolas a disolverse a no ser que reduzcan o amplíen su capital en la cuantía suficiente para que se restablezca su equilibrio patrimonial ¹⁰.

⁴ El artículo 214.1 del TRLSA establece que «(...) una cifra igual al 10 por 100 del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el 20 por 100 del capital social».

⁵ El artículo 213.4 del TRLSA establece que «(...) deberá dotarse una reserva indisponible equivalente al fondo de comercio que aparezca en el activo del balance, destinándose a tal efecto una cifra del beneficio que represente, al menos, un cinco por ciento del importe del citado fondo de comercio. Si no existiera beneficio, o éste fuera insuficiente, se emplearán reservas de libre disposición».

⁶ Cfr. artículos 75, 130, 216 del TRLSA.

⁷ Artículo 213.3 del TRLSA.

⁸ Artículo 216 del TRLSA.

⁹ Artículo 213.2 del TRLSA.

¹⁰ Siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

- La legislación mercantil también influye en la concepción contable del activo, ya que permite considerar únicamente como tales, los elementos que ofrezcan garantías de cobro futuro ¹¹. De esta forma, no consideran activos a ciertas partidas que económicamente deberían poseer tal condición, y en caso de reconocerlos como activos, establecen una vida útil claramente inferior al periodo de generación de ingresos (por ejemplo, los proyectos de investigación y desarrollo no finalizados deben ser amortizados en un plazo máximo de cinco años).

Por otro lado, la legislación mercantil española posee medios para desarrollar sus objetivos sin necesidad de interpretar el sistema contable. Estos instrumentos son los siguientes:

1. Obligación de mantener una cifra mínima de capital social ¹².
2. Establecimiento de unos requisitos restrictivos para modificar la cifra de capital social. El Derecho español, para compensar la responsabilidad limitada de los socios en las sociedades anónimas y limitadas, pretende que el capital social ofrezca una cifra que permita ser considerada garantía frente al tráfico mercantil ¹³. Todas las variaciones en la cifra de capital requieren modificación de los estatutos con los requisitos que ello conlleva ¹⁴, pero la pérdida de garantía por antonomasia se produce con la disminución de capital social. Una devolución de aportaciones supone una reducción de capital ¹⁵, la cual obliga a cumplir todos los requisitos de la modificación de los estatutos ¹⁶, a publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) y en un periódico de gran circulación en la provincia donde la sociedad tenga el domicilio ¹⁷ y, además, a respetar el derecho de oposición a favor de los acreedores sociales cuyo crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción, no pudiendo reducir esa cifra hasta que la sociedad preste garantía al acreedor. El derecho de oposición de acreedores frente a las reducciones de capital ¹⁸ es únicamente aplicable para aquellas operaciones que disminuyan las garantías de la sociedad. Las excepciones que marca el artículo 167 del TRLSA son los casos en los que las garantías no disminuyen, bien porque las garantías ya están mermadas, o porque se mantienen al establecer una reserva indisponible que compense la merma producida por la disminución del capital social. El cumplimiento de estos requisitos ante una disminución en la cifra del capital tiene como objetivo la protección, «(...) tanto de terceros, como de los propios socios

¹¹ Es necesario destacar que los criterios de definición, reconocimiento y valoración de los activos han variado sustancialmente desde que la Unión Europea, y por extensión España, ha aceptado la utilización de las normas contables del IASB. Fundamentalmente, el PGC 2007 ha establecido un Marco Conceptual que modifica los criterios vigentes hasta el 1 de enero de 2008.

¹² Artículo 4 del TRLSA.

¹³ «Como la legislación considera al capital invertido como la garantía de los acreedores, su mantenimiento es considerado un requisito legal (...)». Vid. BERNABÉU SÁNCHEZ, M.D. y NORVERTO LABORDA, M.C.: «Algunas consideraciones en torno al principio de identidad», *Actualidad Financiera*, núm. 14, octubre, 108-118, 1996, pág. 113.

¹⁴ Artículo 144 del TRLSA.

¹⁵ Artículo 163 del TRLSA.

¹⁶ Artículo 164.1 del TRLSA.

¹⁷ Artículo 165 del TRLSA.

¹⁸ Artículo 166 del TRLSA.

de la empresa»¹⁹, ya que busca mantener la capacidad de la empresa para seguir generando ingresos.

3. Establecimiento de requisitos para asegurar cierto valor económico de las aportaciones de los socios. Con estos requisitos, la legislación mercantil pretende que la cifra de capital social se encuentre materializada en activos funcionales y reales. El capital social como elemento de financiación (origen) se debe corresponder con unas inversiones (destinos) con valor económico concreto y suficiente para cumplir con la función de garantía que asegure de alguna manera a los acreedores el cobro de sus derechos. El deseo de materialización en activos reales viene recogido a lo largo de la legislación:

- Nulidad de la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad²⁰.
- El capital debe estar íntegramente suscrito y desembolsado, al menos, en una cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones²¹.
- Prohibición de emitir acciones por debajo de la par.
- La prima de emisión, en caso que exista, debe estar íntegramente desembolsada.
- Las aportaciones deben ser bienes y derechos susceptibles de valoración económica, puesto que sólo así, el capital social podrá representar una garantía a los acreedores²².
- Precaución ante las aportaciones no dinerarias, ya que la legislación española obliga a que las aportaciones sean valoradas por un experto independiente nombrado por el Registro Mercantil, estableciendo la negativa a la inscripción en el Registro si la valoración establecida por los administradores es inferior en un 20 por 100 a la realizada por el experto independiente²³.
- La legislación establece un procedimiento para intentar favorecer la entrega de los saldos pendientes de los dividendos pasivos por parte de los accionistas. Así, establece el sistema de reclamación judicial y el de expropiación de la titularidad de las acciones, con emisión de duplicados y venta de ellas por la empresa por cuenta y riesgo de los antiguos accionistas, para que la empresa cobre los saldos pendientes de los accionistas morosos. En los supuestos de aportación no dineraria el desembolso de las aportaciones pendientes debe realizarse en cinco años como máximo.
- La regulación mercantil de la adquisición (originaria y derivativa) y mantenimiento en cartera de las acciones propias y de la sociedad dominante²⁴ pretende que la

¹⁹ Vid. MARTÍNEZ CHURRIACQUE, J.L.: «El principio del registro y el reconocimiento de los hechos económicos en los estados financieros», en *Comentarios sobre el nuevo Plan General de Contabilidad*, ICAC, Madrid, 1993, pág. 314.

²⁰ Artículo 47 del TRLSA.

²¹ Artículo 12 del TRLSA.

²² Artículo 36 del TRLSA.

²³ Artículo 133 del RRM.

²⁴ Artículos 74-89 del TRLSA.

totalidad de la cifra de capital esté materializada en activos funcionales. Por esta razón, únicamente se permite la tenencia de la autocartera cumpliendo una serie de condiciones. La compleja normativa que regula la autocartera intenta proteger a los acreedores, facilitando que la cifra de capital social sea representativa del capital funcional de la empresa, capaz de generar beneficios, cosa que no ocurriría si se permitiese, sin establecer requisitos, que una parte de las acciones que representan el capital no estuviese en manos de terceros, sino que la hubiese adquirido la sociedad. Además de proteger a los accionistas, esta regulación busca evitar, por parte de la empresa, la especulación con sus propias acciones y con las acciones de la sociedad dominante.

4. Enumeración de conceptos mercantiles a partir de datos contables, pero sin influir sobre ellos. Por ejemplo, la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de 20 de diciembre de 1996 donde se fija el valor del patrimonio neto para dos operaciones, la disolución de sociedades mercantiles y la reducción obligatoria de capital social, que busca clarificar el concepto de patrimonio neto.
5. Indisponibilidad de recursos. La cifra de garantía a efectos mercantiles no es la cifra de capital, sino la de recursos indisponibles. Para mantener las garantías necesarias, el Derecho mercantil considera una serie de partidas con los destinos restringidos, pudiendo ser destinadas únicamente a operaciones en las que no se disminuyan las garantías de la sociedad con sus acreedores. Las indisponibilidades establecidas en la legislación mercantil española son las siguientes:
 - a) Acepta la cifra de capital como indisponible.
 - b) Obliga a crear una reserva (legal) indisponible al final de cada ejercicio.
 - c) Adicionalmente obliga a crear reservas indisponibles cuando se producen situaciones en las que pueden haberse disminuido las garantías, entre ellas, reconocimiento de un fondo de comercio y adquisición de acciones de la sociedad dominante y participaciones recíprocas.

Tras analizar los diferentes métodos, es posible concluir que las herramientas que posee el ordenamiento mercantil son lo suficientemente importantes y potentes como para llevar a cabo sus objetivos sin necesidad de interpretar la contabilidad. Sin embargo, la legislación mercantil española no lo considera así, e interpreta los criterios contables de manera que las normas contables favorezcan la consecución de sus intereses, a pesar de que ello no ayude a la consecución de las finalidades informativas de la contabilidad.

La legislación mercantil puede garantizar la seguridad en el tráfico comercial con los medios que tiene a su alcance y, de entre ellos, el más importante es la indisponibilidad de recursos, puesto que es el único que permite alcanzar las finalidades de la legislación mercantil de forma completa.

El FASB²⁵, ASC²⁶, IASB²⁷ y la Comisión de la Unión Europea²⁸ valoran positivamente la indisponibilidad de recursos como medio de la legislación mercantil para alcanzar la seguridad jurídica.

4. DEFINICIÓN DE NETO INDISPONIBLE

La normativa española sobre el régimen del capital de la empresa, como muchas otras de su entorno, está directa y especialmente encaminada a servir de instrumento de garantía para compensar a los acreedores de la exoneración de responsabilidad de la que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios.

El principal instrumento de garantía establecido en la legislación española es el carácter indisponible del capital social de la empresa. La verdadera garantía frente a acreedores no se deriva de la estabilidad del capital social sino de su indisponibilidad. La estabilidad del capital es un requisito necesario, pero no suficiente, para que la empresa mantenga las garantías a los acreedores, ya que a los mismos no les protege que la empresa tenga un cierto nivel de capital, sino que los recursos que representan esta cifra no puedan disponerse libremente por la dirección.

El capital no es la única partida que tiene un carácter indisponible para salvaguardar la función de garantía, ya que existen otras partidas del neto (reservas indisponibles) que comparten esa función.

La diferenciación entre reservas disponibles e indisponibles no aparece expresamente recogida en el TRLSA, pero sí podemos encontrar apartados en los que aparecen ambos términos. En el artículo 75 del TRLSA, entre otros, se encuentran referencias a la indisponibilidad de algunas reservas. Para referirse al concepto de reservas disponibles, el texto acuña el término «reservas libres o de libre disposición». El único artículo del TRLSA que recoge el término «reservas disponibles» es el 194, prohibiendo toda distribución de beneficios, a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo.

A la luz del TRLSA se han suscitado controversias, pues el término reservas disponibles podría ser entendido de forma diversa según los autores. Un enfoque considera que por reservas disponibles se debe entender a la totalidad de las reservas contabilizadas en la empresa en el momento del

²⁵ Vid. *Financial Accounting Standard Board (FASB): Statement of Financial Accounting Standard* núm. 33, *Financial reporting and changing prices*, Stanford, Connecticut, 1979.

²⁶ Vid. *Accounting Standards Committee. U.K. (ASC): Statement of Standard Accounting Practice* núm. 16 (SSAP núm. 16): *Current cost accounting*, ASC, march, London, 1980.

²⁷ Vid. *International Accounting Standard Board (IASB): Norma Internacional de Contabilidad* núm. 15: *Información para reflejar los efectos de cambios en los precios*, noviembre, IASB, London, 1981.

²⁸ Vid. Comisión Unión Europea: *Servicios financieros: establecimiento de un marco de actuación*, Comunicación de la Comisión, COM (1998) 625, diciembre, Bruselas, 1998, pág. 42.4.

reparto del beneficio, y no a las reservas de libre disposición ²⁹. El otro enfoque, defendido en esta investigación, sería considerar que entre las reservas existen diversos grados de disponibilidad.

La legislación contable española ³⁰ no ha reservado una cuenta específica para las reservas indisponibles como ha realizado el ordenamiento francés ³¹; por el contrario, realiza una clasificación por naturaleza, sin considerar si una reserva es disponible o indisponible.

La indisponibilidad de las reservas no está relacionada con las cuentas en las que se registra, sino con las consecuencias que se derivan de su regulación en la legislación mercantil. Por tanto, es necesario observar las características que marca la ley para cada reserva y analizar los criterios de indisponibilidad en cada caso concreto.

La característica de indisponible no depende del origen de los fondos, sino de su función y posibles destinos; la misma reserva, en otra función, puede variar su disponibilidad. Por ejemplo, serían reservas indisponibles las reservas antes disponibles que se utilizan para garantizar unas deudas o un empréstito ³². De la misma forma, las reservas disponibles que sirven de garantía para el reparto de beneficios pasan a ser indisponibles hasta que se amorticen las partidas recogidas en el artículo 194.3 del TRLSA.

Existen dos definiciones posibles de la indisponibilidad de un recurso (siempre partiendo de la existencia de diversos niveles de disponibilidad). La primera consiste en considerar indisponibles las dotaciones que no pueden salir de la empresa, ya sea vía reparto de dividendos o por cualquier otro medio que apruebe la junta general. El segundo enfoque es considerar indisponibles las partidas que ofrecen las mismas garantías que el capital. Hay un punto de coincidencia entre ambos, ya que por cualquiera de los dos enfoques, es posible afirmar que una reserva es de libre disposición cuando son recursos que pueden salir libremente de la empresa.

Según esta investigación, la interpretación adecuada es la segunda (más amplia), definir a los recursos indisponibles como los que tienen la función de mantener las garantías frente a los acreedores y únicamente pueden tener como destino operaciones que no disminuyan las garantías de los mismos. Una reserva es indisponible si con ella sólo se pueden realizar operaciones que no disminuyan las garantías ofrecidas a los acreedores, esto es, utilizarlas para aumentar el capital social o para compensar pérdidas si no existen otros recursos disponibles.

Si se acepta como definición de recurso indisponible aquellas partidas que únicamente pueden ser destinadas a operaciones en las que no se disminuyan las garantías de los acreedores, las reservas disponibles pueden destinarse como contrapartida de cuatro operaciones: distribuir reservas

²⁹ Este primer enfoque está representado por CEA y ROMANO. *Vid.* CEA GARCÍA, J.L.: «Perspectiva contable de la propuesta de aplicación del resultado», *RCyT*. CEF, Madrid, 1992, pág. 45. *Vid.* ROMANO APARICIO, J.: *Contabilidad de Sociedades*, CEF, Madrid, 1996, pág. 121.

³⁰ Ni PGC 2007, ni PGC PYMES, ni PGC 1990, ni PGC 1973.

³¹ Cuenta 1062 dentro del grupo 1.

³² Artículo 282 del TRLSA.

en forma de dividendos ³³, posibilitar la permanencia de las acciones de la sociedad dominante en cartera ³⁴, aplicar las reservas para aumentar la cifra de capital social ³⁵ y utilizar las reservas para compensación de pérdidas ³⁶. Por el contrario, las reservas indisponibles únicamente pueden ser utilizadas para las dos últimas, ya que en ellas no se disminuyen las garantías de terceros.

Los conceptos anteriores son claros a corto plazo, pero a largo plazo pueden surgir dudas. El capital social está destinado a garantizar las deudas de los acreedores sociales, por lo que debe ser indisponible, es decir, no puede ser utilizado para cualquier finalidad que disminuya las garantías de terceros. La ley permite que únicamente se pueda utilizar para compensar pérdidas cuando no existan otros fondos para realizarlo, ya que en esta operación las garantías reales de los acreedores no disminuyen, porque las pérdidas mermaban sus garantías con anterioridad a su realización. Sin embargo, a largo plazo, el acreedor puede verse perjudicado con esta operación, pues si la empresa empieza a generar beneficios, éstos los puede repartir, cosa que no pasaría si no se hubiera reducido el capital por pérdidas. Aunque el capital social, por ser indisponible, sólo pueda realizar esta operación, las reservas indisponibles pueden tener como destino esta y otra adicional. La otra operación que puede ser realizada con las reservas indisponibles es incrementar la cifra de capital social. En este caso, también existen dudas sobre el mantenimiento de las garantías. No parece adecuado igualar las garantías de las reservas y el capital porque capitalizando reservas por capital las garantías de la empresa pueden disminuir. Las reservas indisponibles conceden más garantías a los acreedores que el incremento del capital social con cargo a ellas, pues aunque habría que aumentar la dotación de la reserva legal, la existencia de más acciones en circulación (o las mismas, pero, con mayores valores nominales), facilita la salida de mayores dividendos y esto conlleva la disminución potencial de garantías.

Como excepción al régimen general de indisponibilidad, tanto la Directiva como el Derecho español admiten que se pueda disponer de la reserva «con los mismos requisitos exigidos para la reducción de capital social». Esto significa que las distribuciones con cargo a esta cuenta de reservas deberán observar los requisitos de tutela del derecho de acreedores y demás exigencias legales, de reducción efectiva de capital social: acuerdo de junta, publicación de anuncios, pago o consignación en favor de los acreedores que ejercitan en tiempo y forma el derecho de oposición.

5. CLASIFICACIONES DE LAS RESERVAS

El conjunto de los recursos propios distintos del capital puede ser denominado reservas ³⁷. El origen más común de las reservas, aunque no el único, es el de un valor patrimonial obtenido por la

³³ Artículos 194 y 213 del TRLSA.

³⁴ Artículos 74, 75.3, 76.1 y 79.3 del TRLSA.

³⁵ Artículos 151, 152.2, 157 y 158.3 del TRLSA.

³⁶ Artículos 168 y 214 del TRLSA.

³⁷ *Vid.* Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA): *Recursos propios*, Serie principios contables, documento núm. 10 revisado, enero, AECA, Madrid, 1998. Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA): *Recursos Propios*, Serie principios contables, documento núm. 24, junio, AECA, Madrid, 2003.

sociedad vía beneficios y retenido en su patrimonio, en lugar de distribuirlo entre los socios; de esta forma, representa un ahorro para la empresa y figurará en el balance dentro del epígrafe A-1 «Fondos Propios» del PGC 2007 y PGC PYMES, teniendo su contravalor diluido entre los distintos elementos patrimoniales del activo social.

Las reservas son el sacrificio efectuado por el socio, por lo que la titularidad de la acción no concede únicamente el derecho a recibir el beneficio repartido periódicamente en forma de dividendos, sino que conjuntamente posee el derecho a recibir el beneficio no distribuido al finalizar la vida de la empresa.

La constitución de las reservas se puede producir con diversas finalidades:

- En primer lugar, como elemento de protección para socios, terceros y el conjunto de la propia empresa, frente a las necesidades imprevistas que puedan surgir en el futuro de la sociedad y que puedan incluso comprometer su subsistencia si faltan los medios para atenderlas.
- Las reservas también pueden constituirse para evitar la descapitalización que se produciría inevitablemente si anualmente se realiza el reparto de todo el excedente patrimonial obtenido.
- Asimismo, pueden constituirse con el fin de autofinanciar el crecimiento de la empresa; no nos referimos tan sólo a un crecimiento de enriquecimiento, sino también al supuesto que llevarlo a cabo suponga la supervivencia, según una hipótesis de mantenimiento del capital.
- Por último, para intentar ofrecer cierta estabilidad al reparto de dividendos en los futuros ejercicios, evitando altas variaciones en las entregas de dividendos e intentando conseguir estabilidad en las cotizaciones bursátiles; el proceso consiste en la generación de reservas en el ejercicio con mayores beneficios y la distribución con cargo a reservas en los ejercicios con menor cantidad de ellos.

La constitución de reservas suele ser materia de conflicto de intereses entre los distintos sujetos que forman el sistema empresarial. Los administradores, grandes accionistas y usufructuarios normalmente son partidarios de su constitución, con miras a asegurar la futura subsistencia de la empresa, mientras que los inversores con fines especuladores suelen estar más interesados en el reparto inmediato de los beneficios que se obtengan, ya que su relación con la empresa es a corto plazo.

Esta investigación identifica cuatro clasificaciones de las reservas:

- a) Según su naturaleza.
- b) Según su origen.
- c) Según la existencia o no de reflejo contable.
- d) Según su disponibilidad.

La primera forma de clasificar las reservas consiste en atender a la naturaleza de cada una de ellas. En España es posible encontrar un ejemplo donde se realiza una clasificación según el criterio de su naturaleza: la regulación contable ³⁸. El PGC 2007 incorpora las reservas en los subgrupos 11 y 12. El subgrupo 11. «Reservas» contiene las siguientes cuentas y subcuentas: 110. Prima de emisión o asunción, 111. Patrimonio neto por emisión de instrumentos financieros compuestos, 112. Reserva legal, 113. Reservas voluntarias, 114. Reservas especiales (1140. Reservas para acciones o participaciones de la sociedad dominante, 1141. Reservas estatutarias, 1142. Reservas por capital amortizado, 1143. Reserva por fondo de comercio), 115. Reservas por pérdidas y ganancias actuariales y otros ajustes, 118. Aportaciones de socios o propietarios y 119. Diferencias por ajuste del capital a euros. Las cuentas de este subgrupo figurarán en el patrimonio neto del balance, formando parte de los fondos propios. El subgrupo 12. «Resultados pendientes de aplicación» está formado por tres cuentas: 120. Remanente, 121. Resultados negativos de ejercicios anteriores y 129. Resultados del ejercicio. Las cuentas de este subgrupo figurarán en el patrimonio neto del balance, formando parte de los fondos propios, con signo positivo o negativo, según corresponda ³⁹.

La segunda forma de clasificar las reservas es atender a su procedencia u origen. La catalogación de las reservas según su origen, supone dividir las en tres grupos: aportaciones de los socios, aplicación de normas de actualización de balances y beneficios no distribuidos.

En el primer apartado figura la Prima de emisión de acciones, que recoge la aportación de los accionistas cuando los títulos son emitidos a un precio superior al nominal. La justificación de dar a una aportación externa, viene justificado por los casos de ampliaciones de capital en los que no existe derecho preferente de suscripción y el auditor fija el nuevo valor de las acciones de forma que el nuevo accionista pague con la prima de emisión la cuantía equivalente a las reservas de los antiguos accionistas.

El segundo apartado incluye las reservas de revalorización, originadas por la aplicación de normas de actualización de balances, que periódicamente se ponen en vigor en nuestro país con la finalidad de paliar el efecto que produce la inflación en la contabilidad, surgen como contrapartida del incremento nominal de los elementos del inmovilizado originado por el alza de los precios.

En el tercer apartado están el resto de las reservas que las podemos a su vez clasificar por su carácter: de carácter obligatorio y de carácter voluntario. Dentro de las reservas de carácter obligatorio se sitúa la reserva legal y la reserva por fondo de comercio, reguladas por el TRLSA y la reserva estatutaria regulada por los propios estatutos de la sociedad. Dentro de las reservas de carácter voluntario están las restantes reservas que se pueden clasificar en:

³⁸ La clasificación según el criterio de su naturaleza se realiza, tanto en los PGC 2007 y PGC PYMES vigentes, como el pretérito PGC 1990.

³⁹ El PGC de 1990 establecía el subgrupo 11 donde incluía todas las reservas con esta clasificación. La clasificación de las reservas realizadas en el PGC de 1990 puede observarse en el Cuadro de Cuentas del Plan General Contable de 1990 (RD 1643/1990, de 20 de diciembre). El subgrupo 11. «Reservas» está compuesto por 110. Prima de emisión de acciones, 111. Reservas de revalorización, 112. Reserva legal, 113. Reservas especiales, 114. Reservas para acciones de la sociedad dominante, 115. Reservas para acciones propias, 116. Reservas estatutarias, 117. Reservas voluntarias y 118. Reserva por capital amortizado.

- Voluntarias reguladas por la ley.
- Voluntarias.

Las primeras serían todas aquellas reservas cuya dotación es voluntaria porque responden a un acuerdo de la junta general, pero reguladas por la ley (principalmente TRLSA). Dentro de este apartado se sitúa la reserva por acciones propias aceptadas en garantía, cuya tenencia de las acciones es voluntaria pero su mantenimiento conlleva dotar la reserva correspondiente al igual que la reserva por acciones de la sociedad dominante y las reservas especiales. También estaría en este apartado la reserva por capital amortizado; la reducción de capital con cargo a beneficios o la amortización de acciones rescatables con cargo a beneficios es un acuerdo voluntario, sin embargo, para poderse realizar es imprescindible dotar esta reserva. Las segundas son las reservas voluntarias, que no están reguladas y sólo responden a la voluntad de la junta general (no se debe olvidar la obligación de dotarlas para poder repartir dividendos en el caso de que existan determinadas partidas de activo, no amortizadas totalmente, que para el TRLSA tienen carácter de activos no realizables).

En España es posible encontrar un ejemplo de distinción de las reservas en atención a su origen, ya que la AECA ⁴⁰ establece cuatro categorías: procedentes de beneficios de ejercicios anteriores, procedentes de aportaciones de los socios al emitir las participaciones por encima de su valor nominal, procedentes de las actualizaciones legales de activos y de otras procedencias.

La tercera clasificación de las reservas consiste en dividir las según la existencia de reflejo contable, clasificándose entre tácitas y expresas.

La última forma de clasificar las reservas es atender a su disponibilidad. El estudio de la indisponibilidad de las reservas es la clasificación de éstas atendiendo a su aplicación o destino. En ellas se diferencian las reservas disponibles, las indisponibles y las parcialmente disponibles.

6. CLASIFICACIÓN DEL NETO EN FUNCIÓN DE SU DISPONIBILIDAD

Los recursos de neto de la empresa aparecen en contabilidad clasificados por su naturaleza, por lo que para lograr clasificar los recursos en función de su disponibilidad es necesario realizar una reclasificación. En este apartado se analiza detalladamente la clasificación por naturaleza de los recursos de neto para poder realizar, a continuación, una reclasificación que permita dividir los recursos en función de su disponibilidad.

A efectos de realizar esta clasificación, se denominan genéricamente reservas a todos los recursos propios de las sociedades distintos de: los aportados a título de capital.

⁴⁰ *Vid.* Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA): *Recursos Propios*, Serie principios contables, documento núm. 24, junio, AECA, Madrid, 2003, pág. 47.

El **cuadro 3** resume una clasificación del neto en función de su naturaleza.

CUADRO 3. *Clasificación del neto en función de su naturaleza.*

Aportación de los socios a la sociedad	Capital social
	Fondo social
	Capital
Reservas procedentes de beneficios de ejercicios anteriores	Reserva legal
	Reserva estatutaria
	Reserva voluntaria
Reservas procedentes de aportaciones de socios	Prima de emisión de acciones
	Prima de asunción de participaciones
Reservas procedentes de actualizaciones legales de activos	Reserva de revalorización
	Aportación de socios y propietarios
	Patrimonio neto por emisión de instrumentos financieros compuestos
	Reserva por valor razonable
Otras reservas	Reserva por capital amortizado
	Reserva para participaciones recíprocas
	Reserva para acciones o participaciones de la sociedad dominante
	Reserva por acciones propias en garantía
	Reserva por reducción de capital por amortización de participaciones cuya adquisición no haya significado devolución a los socios
	Reserva por reducción de capital por restitución de aportaciones a los socios de sociedades de responsabilidad limitada
	Reserva por opciones emitidas
	Reserva para financiar el rescate de acciones rescatables (fondo de amortización)
	Reserva de capital amortizado para rescatar acciones rescatables
	Reserva de valor razonable
	Reservas por pérdidas y ganancias actuariales y otros ajustes
	Diferencias por ajuste del capital a euros
	Otras reservas
Otras partidas integrantes de los fondos propios	Remanente
	Resultados del ejercicio

FUENTE: *Elaboración propia.*

El capital social tiene la clara y consensuada consideración de indisponible en la legislación mercantil española. Por el contrario, para el resto de los recursos de neto existen dudas sobre su régimen de disponibilidad, por lo que para clasificarlos es necesario analizar sus particulares disposiciones y tratamientos.

Para realizar una clasificación de las reservas atendiendo a la cualidad de indisponibilidad en el específico régimen jurídico español, es necesario analizar detalladamente cada una de las reservas clasificadas por su naturaleza, para intentar realizar posteriormente una reclasificación de las reservas en función de su disponibilidad. Para ello debe tenerse en cuenta el conjunto de la legislación mercantil española aplicable a sociedades con responsabilidad limitada (TRLSA y LSRL) y el conjunto de leyes contables vigentes para entidades españolas (PGC 2007, PGC PYMES y normativa del IASB aplicable a grupos).

Reservas procedentes de beneficios de ejercicios anteriores.

1. Reserva legal.

La cuenta 112. «Reserva legal» registra la reserva regulada fundamentalmente por el artículo 214 del TRLSA, aunque también aparece en otros cinco artículos del TRLSA: 157, 163, 167, 168 y 213.

Esta reserva tiene carácter obligatorio para las sociedades anónimas, limitadas, comanditarias por acciones y anónimas laborales. Presenta tres rasgos:

- Esta reserva puede utilizarse como contravalor del aumento de capital en la parte que exceda del 10 por 100 del capital ya aumentado ⁴¹.
- En las sociedades de responsabilidad limitada se podrá aplicar a esta finalidad la totalidad de la misma.
- El exceso sobre el límite mínimo, al tener la consideración de reserva de libre disposición, podrá aplicarse a cualquier otra finalidad.

Al aprobar la junta general la distribución de beneficios de cada ejercicio, la sociedad deberá registrar un cargo en la cuenta de pérdidas y ganancias, con abono a la cuenta de reserva legal, por el importe de la dotación anual correspondiente.

Otra forma posible de dotación será con cargo a las cuentas de reservas de revalorización, cuando la correspondiente ley de regularización o actualización lo permita, y la sociedad decida transferir la totalidad o parte de estas reservas a la reserva legal.

⁴¹ «Cuando el aumento del capital se haga con cargo a reservas, podrán utilizarse para tal fin las reservas disponibles, las primas de emisión y la reserva legal en la parte que exceda del 10 por 100 del capital ya aumentado». Artículo 157.1 del TRLSA.

La cuenta de reserva legal se cargará por las disposiciones que se hagan de su saldo para cubrir pérdidas o, en su caso, para ampliar capital o cualquier otra finalidad, siempre de acuerdo con las normas legales que la regulan en cada tipo de sociedad.

La reserva legal es totalmente indisponible hasta el límite del 10 por 100, pero de ese punto hasta el 20 por 100 se puede destinar a aumentar el capital. La doctrina ⁴² la considera indisponible pues esta posible utilización no tiene como destino la salida de recursos de la sociedad, sino que se traspasa a una cuenta indisponible, por lo que las garantías de los acreedores no disminuyen. Este criterio está basado en la definición de indisponible como recurso no admitido para su salida al exterior. Sin embargo, atendiendo a la definición ofrecida en esta investigación ⁴³, la reserva legal es parcialmente indisponible, porque del 10 al 20 por 100 se puede destinar para aumentar el capital social.

Sólo puede ser considerada reserva legal la cantidad que aparece regulada en el artículo 214 del TRLSA, siendo claramente disponibles los recursos que superen esa cantidad, aunque aparezcan contablemente registradas en esa cuenta.

2. Reserva estatutaria.

El PGC 2007 establece que en la cuenta 1141. «Reservas estatutarias» se deben incluir las reservas establecidas en los estatutos de la sociedad.

La cuenta de reserva estatutaria se abonará en el momento de la dotación, con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias, y se cargará cuando se produzca su aplicación, siguiendo la normativa de los propios estatutos.

La reserva estatutaria ⁴⁴ posee un carácter de autoimposición por la propia sociedad, pudiendo (cumpliendo unas formalidades), modificarla o eliminarla por medio de un cambio en los estatutos. Sobre la disponibilidad de esta reserva se observan dos puntos de vista:

- a) El criterio de indisponibilidad depende de que algún agente externo a la empresa le obligue a crearla y a mantenerla ⁴⁵.

⁴² Vid. LÓPEZ DÍAZ, A.: «La financiación básica en el Plan General contable», *Cuadernos Aragoneses de economía*, núm. 2, Zaragoza, 1991, pág. 215. GARRIDO DE PALMA, V. M.: «Operación Acordeón», en GARRIDO DE PALMA, V.M.: *Estudios sobre la sociedad anónima II*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 250. GALLIZO LARRAZ, J.L.: «Rentabilidad de las acciones sin voto», *Técnica Contable*, núm. 522, diciembre, 779-798, 1994, pág. 783.

⁴³ Los recursos indisponibles son los que no pueden ser utilizados en actividades que disminuyan las garantías de la empresa, es decir, únicamente pueden utilizarse para compensación de pérdidas, si no existen reservas disponibles, o para incrementar la cifra del capital social.

⁴⁴ Artículos 157.1, 167.3 y 213.2 del TRLSA.

⁴⁵ Vid. COZIÁN, M; VIANDER, A.: *Droit des sociétés*, Francis Lefebvre Levallois, 1992, pág. 132.

- b) El criterio de indisponibilidad depende de que los estatutos o algún agente externo a la empresa le obligue a crearla y mantenerla ⁴⁶.

Aceptando esta última idea, se debería atender a lo establecido en los estatutos para considerar a las reservas estatutarias como disponibles o indisponibles. La finalidad de la legislación es proteger el mantenimiento de las garantías de los acreedores; el legislador establece las reservas indisponibles que considera necesarias para ello. Por su parte, los fundadores o los administradores consideran que la reserva estatutaria tiene como objetivo la protección de la empresa y de los accionistas, además de la de los acreedores, de los que se ocupan las reservas indisponibles por regulación legal. Así, por todo ello, la reserva estatutaria es disponible, salvo que los estatutos regulen lo contrario; por lo tanto, la calificación correcta es que la reserva estatutaria es parcialmente disponible.

3. Reserva voluntaria.

Este epígrafe incluye todas las reservas que se crean por libre voluntad de la junta de socios en el momento de la distribución de resultados ⁴⁷. Las reservas voluntarias pueden crearse para atender alguna finalidad concreta o, por el contrario, ser de libre disposición para la entidad.

La cuenta de reservas voluntarias (cuenta 113) se abonará en el momento de producirse las dotaciones correspondientes con cargo a pérdidas y ganancias, y se cargará con abono a las cuentas que corresponda cuando se decida su aplicación.

La reserva voluntaria es el ejemplo más claro de reserva de libre disposición, pues la junta, a la hora de elaborar el documento contable de distribución de beneficios ⁴⁸, decide retener una parte de sus beneficios, sin tener una función específica ni una protección concreta ⁴⁹.

Reservas procedentes de aportaciones de socios.

1. Prima de emisión de acciones.

La prima de emisión está regulada en los artículos 38, 47, 157, 159, 214 del TRLSA. La prima de emisión ⁵⁰ recoge la aportación realizada por los accionistas en el caso de emisión y colocación de acciones a un precio superior a su valor nominal. En particular, incluye las diferencias que pudie-

⁴⁶ Vid. GALLIZO LARRAZ, J.L.: *Distribución de beneficios y compensación de pérdidas*, monografía núm. 26, ICAC, Madrid, 1993, pág. 36.

⁴⁷ El PGC 2007 establece que la cuenta 113. «Reservas voluntarias» debe recoger «(...) las constituidas libremente por la empresa».

⁴⁸ Nota 3 «Aplicación de resultados» del PGC 2007 y Nota 3 «Aplicación de resultados» del PGC PYMES.

⁴⁹ Sin embargo, su calificación no es definitiva, pues, como hemos visto, puede perder su disponibilidad por estar garantizando una emisión, por ejemplo, un empréstito.

⁵⁰ La cuenta 110 del Listado de Cuentas del PGC 2007, «Prima de emisión o asunción», recoge conjuntamente la prima de emisión y la prima de asunción.

ran surgir entre los valores de escritura y los valores por los que deben registrarse los bienes recibidos en concepto de aportación no dineraria, de acuerdo con lo dispuesto en las normas de registro y valoración.

Cuando la sociedad emita acciones por importe superior a su valor nominal, el exceso se abonará a la cuenta que recoja dicha prima de emisión de acciones, la cual deberá desembolsarse en su integridad en el momento de la suscripción.

La cuenta de prima de emisión se cargará por las disposiciones que se hagan de su saldo con abono a las cuentas representativas de los activos dispuestos: a la de resultados negativos cuando se trate de compensar pérdidas, a la de capital cuando se disponga de la misma para un aumento de su cifra, o a la representativa de cualquier otra finalidad acordada por la junta.

La prima de emisión es de libre disposición, según avala el artículo 157 del TRLSA y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 31 de agosto de 1993, porque no existe ninguna limitación a su destino.

2. Prima de asunción de participaciones.

La prima de asunción de participaciones recoge la cantidad que los socios de una sociedad de responsabilidad limitada aportan, en las emisiones de capital, por encima del valor nominal de las aportaciones asumidas.

La «prima de asunción»⁵¹ recoge la aportación realizada por los socios en el caso de emisión y colocación de participaciones a un precio superior a su valor nominal. En particular, incluye las diferencias que pudieran surgir entre los valores de escritura y los valores por los que deben registrarse los bienes recibidos en concepto de aportación no dineraria, de acuerdo con lo dispuesto en las normas de registro y valoración.

Cuando la sociedad emita participaciones por importe superior a su valor nominal, el exceso se abonará a la cuenta que recoja dicha prima de asunción de participaciones.

La cuenta correspondiente a la prima se cargará por las disposiciones que se hagan de su saldo, con abono a las cuentas representativas de los activos dispuestos: a la de los resultados negativos cuando se trate de compensación de pérdidas, a la de capital cuando se disponga de la misma para una ampliación, o a las representativas de cualquier otra finalidad acordada por la junta.

Por el mismo razonamiento que la prima de emisión de las sociedades anónimas, la prima de asunción de responsabilidades es de libre disposición.

⁵¹ La «Prima de emisión o asunción» está recogida en la cuenta 110 del Listado de Cuentas del PGC 2007.

3. Aportaciones de socios o propietarios.

Según el PGC 2007, la cuenta 118. «Aportaciones de socios o propietarios» recoge los elementos patrimoniales entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo. En particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas. Esta partida es disponible porque no existe limitación legal o estatutaria a su disposición.

4. Patrimonio neto por emisión de instrumentos financieros compuestos.

Según el PGC 2007, la subcuenta 1110. «Patrimonio neto por emisión de instrumentos financieros compuestos» debe recoger el componente del patrimonio neto que surge por la emisión de un instrumento financiero compuesto. En particular, por la emisión de obligaciones convertibles en acciones. Según la lógica y la práctica contable, esta cuenta no debería desaparecer hasta que no esté el instrumento financiero compuesto rescatado o reembolsado. La subcuenta 1111. «Resto de instrumentos de patrimonio neto» recoge el resto de instrumentos de patrimonio neto que no tienen cabida en otras, tales como las opciones sobre acciones propias. Por lo tanto, estos recursos son indisponibles.

Reservas procedentes de actualizaciones legales de activos.

Las actualizaciones de las cifras contables deberán realizarse dentro del ámbito de un marco conceptual de la contabilidad financiera definido que contemple las circunstancias de generalidad, completitud y periodicidad. La actualización de activos es realizada desde dos puntos de vista. La primera es la que se realiza en un marco que sólo reconoce de forma generalizada las disminuciones de valor de activos, pero escasos aumentos de valor, por ejemplo, el PGC de 1990. En ese entorno surgen las reservas de revalorización derivadas de una corrección de valor generada por una ley de actualización de activos. El segundo se produce en un marco conceptual que reconoce y regula tanto los incrementos como los decrementos de valor de los activos, como, por ejemplo, con la aplicación de las IFRS. En este marco algunos incrementos de valor se registran en resultados y otros en el neto. En este entorno se producen las reservas por valor razonable cuando los incrementos de valor se registran en el neto.

1. Reserva de revalorización.

La reserva de revalorización⁵² tiene como finalidad ser la contrapartida del incremento del valor de los activos, como resultado de las operaciones de regularización de balances y actualización de activos.

⁵² El PGC 2007 no recoge cuenta alguna para recoger estas reservas, aunque ni el PGC 2007, ni el PGC PYMES, afirmen que no sea posible su existencia derivada de una legislación fiscal posterior, por esta razón debe ser evaluado su nivel de disponibilidad.

Cuando una norma de regularización de activos permita la revisión del valor por el que figuren en contabilidad determinados elementos, los excesos sobre los valores contables anteriores tendrán el carácter de diferencias por revalorización y se deberán registrar en cuentas específicas correspondientes al neto patrimonial, mediante su abono como contrapartida por las rectificaciones de valor de los activos actualizados.

Los estados financieros de la entidad habrán de contener, en el ejercicio en que se practiquen las actualizaciones, una explicación suficiente acerca de las mismas, mencionando sus disposiciones reguladoras, limitaciones legales, activos afectados, efecto impositivo, etc. Asimismo, deberán ponerse de manifiesto las sucesivas disposiciones que se realicen de su saldo. La disposición que la sociedad puede hacer de las reservas de revalorización vendrá determinada en la disposición legal que las autorizó. Antes del Real Decreto 2607/1996, la mayoría de la doctrina consideraba esta reserva como indisponible⁵³. Sin embargo, en la actualidad, debemos considerar a la reserva de revalorización como parcialmente indisponible por el tratamiento que da el legislador a la misma. En una primera fase, hasta que la operación de actualización sea comprobada o aceptada por la Inspección de los Tributos o transcurra el plazo para hacerlo (actualmente tres años), es totalmente indisponible. En una segunda fase, tras finalizar la primera, la reserva sólo podrá destinarse a eliminar resultados contables negativos, o a ampliar el capital social, por lo que sigue siendo indisponible. En la tercera fase, que comienza una vez hayan transcurrido 10 años a partir de la fecha del balance en que se reflejaron las operaciones de revalorización, la reserva se puede destinar a la dotación de reservas voluntarias, pasando a ser, por tanto, de libre disposición. También pasa a ser reserva de libre disposición cuando la plusvalía monetaria a la que corresponde haya sido realizada; se considera realizada cuando los elementos patrimoniales se den de baja en contabilidad, ya sea por su enajenación o por estar contablemente amortizados.

2. Reserva de valor razonable⁵⁴.

La utilización de las IFRS, emitidas por el IASB, por parte de los grupos cotizados españoles, introduce una nueva reserva: la surgida de la aplicación del valor razonable.

Las IFRS definen el valor razonable como el precio de mercado o una estimación que se la aproxime suficientemente, en ausencia de éste. En concreto, es la cantidad por la que puede ser intercambiado un activo entre un comprador y un vendedor debidamente informados, o puede ser cancelada una obligación entre un deudor y un acreedor con suficiente información, que realizan una transacción libre⁵⁵. No se trata de un concepto nuevo al entrar en vigor el PGC 2007, ni las IFRS, en

⁵³ Vid. CASTELLANO: «Limitti alla distribuzione dell' attivo», in *La seconda direttiva CEE in materia societaria*, Milán, pág. 161. CERA: *Il passaggio di riserve a capitale*, Milán, 1988, pág. 63. GARCÍA LUENGO, R. y SOTO VÁZQUEZ, R.: *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, Editorial Comares, Granada, 1991, pág. 705. GARCÍA-MORENO GONZALO, J.M.: «Actualización de balances: afloración y aplicación de reservas ocultas», *Derecho de sociedades*, núm. 4, año III, Pamplona, 73-97, 1995, pág. 89.

⁵⁴ En la actualidad son de aplicación en España las IFRS, y de esa aplicación surgen dos reservas: correcciones de errores fundamentales y reconocimiento por valor razonable.

⁵⁵ Vid. *International Accounting Standard Board (IASB): International Accounting Standard núm. 39: Financial Instruments: Recognition and measurement*, december, IASB, London, 1998, párrafo 8.

nuestra normativa contable ya se viene aplicando, con anterioridad, en determinados casos: valoración de participaciones en FIAMM, tratamiento contable de determinados elementos expresados en moneda distinta del euro, así como con carácter general en la cuantificación de las correcciones valorativas que proceda dotar para los distintos elementos patrimoniales.

El IASB establece una distinción heterogénea entre los activos a la hora de aplicar el *fair value*. En algunos es obligatorio registrarlos a valor razonable, en otros es posible aunque no obligatorio, y, por último, en otros no es posible su valoración con este método. Por si fuese poco, los activos que pueden ser valorados con este criterio tienen dos posibles destinos: algunos deben ser registrados contra reservas y otros contra resultados.

La legislación española adopta la regularización del *fair value* del IASB, por medio de una modificación del Código de Comercio. En primer lugar, el Código de Comercio (art. 46, 9.1) establece que se valorarán por su valor razonable los siguientes activos y pasivos:

- a) Activos financieros que formen parte de una cartera de negociación, o se califiquen como disponibles para la venta, o sean instrumentos financieros derivados.
- b) Pasivos financieros que formen parte de una cartera de negociación o sean instrumentos financieros derivados.

El Código de Comercio (art. 46, 9.2) establece que, en ningún caso, se aplicará el valor razonable a:

- a) Los instrumentos financieros, distintos de los derivados, que van a ser mantenidos hasta su vencimiento.
- b) Los préstamos y partidas a cobrar originados por la sociedad a cambio de suministrar efectivo, bienes o servicios, no mantenidos con fines de negociación.
- c) Las participaciones en sociedades dependientes, en empresas asociadas y en sociedades multigrupo.
- d) Los instrumentos de capital emitidos por la sociedad.
- e) Los contratos en los que se prevé una contrapartida eventual en una adquisición de empresas, motivada por ajustes de la contraprestación por sucesos futuros.
- f) Otros instrumentos financieros que, por sus especiales características, se consideren contablemente elementos patrimoniales distintos a los demás instrumentos financieros.

El Código de Comercio (art. 46, 9.3) regula el modo de calcular el *fair value*. El valor razonable se calculará con referencia a un valor de mercado fiable. En aquellos instrumentos financieros para los que no pueda determinarse un valor de mercado fiable, se obtendrá mediante la aplicación

de los modelos y técnicas de valoración en los términos que reglamentariamente se determinen, y si no fuese fiable se valorarán por su precio de adquisición.

Las empresas que aplican el PGC 2007 no realizan la dotación de esta reserva directamente, sino que se contabilizan en cuentas intermedias del grupo 8 y 9 para terminar destinando, al final del ejercicio, el saldo diferencia entre las cuentas de los grupos 8 y 9 a cuentas del grupo 1.

La utilización del valor razonable tiene dos riesgos potenciales: uno en el cálculo del valor, y otro en el régimen de la reserva que se produce en los aumentos de valoración posteriores a la inicial que no tienen como destino el estado de resultados.

En lo que se refiere a la medición concreta del valor razonable, existe un potencial problema en cualquiera de los casos en los que debe estimarse utilizando valores aproximados o modelos de valoración, por muy aceptados que estén en la práctica, puesto que la presunta objetividad de la valoración puede vulnerarse, perjudicando la posibilidad de interpretación de la información.

En lo referente a la cuenta de patrimonio neto, donde se inscribirán las variaciones que así lo requieran, existe un potencial problema con la disponibilidad de esa reserva. La cuenta debe ser tratada como indisponible para su reparto hasta que no se produzca su realización. Si fuese disponible se podría incrementar el valor de los activos de forma no cierta ni definitiva, lo cual sólo es negativo a efectos de representación contable, pero, además, se produciría un efecto aún peor en el ámbito mercantil: se podría descapitalizar la empresa con el reparto a los accionistas de recursos que son la garantía para que los acreedores recibieran los recursos a los que tienen derecho contractualmente. Por todo ello, es posible afirmar que la reserva de valor razonable debe ser indisponible.

La necesidad de que la reserva de valor razonable sea indisponible es compartida por la «Comisión especial para la elaboración de un Libro Blanco sobre la reforma parcial de determinados sectores del Derecho mercantil financiero»⁵⁶.

Otras reservas.

Dentro de este apartado se identifican, entre otras, las siguientes reservas: por capital amortizado, por participaciones recíprocas, por acciones de la sociedad dominante y por acciones propias aceptadas en garantía. Todas las reservas tienen en común tres puntos:

- Su creación está motivada por una disposición legal ante determinadas operaciones de la sociedad.

⁵⁶ *Vid.* Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC): Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma (Libro Blanco para la reforma de la contabilidad en España), ICAC, Madrid, 2002, pág. 110.

- Su dotación se producirá con cargo a beneficios o a otras reservas, normalmente de libre disposición.
- Su disposición se producirá al desaparecer la causa que motivó su creación, debiéndose traspasar a reservas disponibles.

1. Reserva por capital amortizado.

Esta reserva se dotará siempre que se realice una reducción de capital con cargo a beneficios o reservas libres, o mediante la amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito, en las que los acreedores sociales no gocen del derecho de oposición al acuerdo.

La cuenta de reserva por capital amortizado⁵⁷ se abonará por las cantidades que se doten por este concepto (equivalentes al importe del nominal disminuido del capital), con cargo a beneficios o a otras cuentas de reservas de libre disposición.

La reserva de capital amortizado debe ser indisponible. De esta reserva sólo se podrá disponer cumpliendo los mismos requisitos que los exigidos para una reducción de capital, entre los que se incluye el derecho de oposición de los acreedores sociales.

La Segunda Directiva establece claramente su naturaleza de reserva indisponible, ya que su normativa le proporciona un estatuto homólogo al del propio capital social puesto que «(...) esta reserva sólo podrá ser utilizada para aumentar el capital suscrito por incorporación de reservas»⁵⁸ y «(...) en la medida en que los estados miembros permitan la operación, para compensar pérdidas»⁵⁹. Hay que entender también que, dado su estatuto análogo al del capital social, la reserva indisponible no puede aplicarse «salvo en el caso de reducción del capital suscrito»⁶⁰, es decir, mediante la aplicación de las mismas reglas que para la reducción de capital social (principalmente garantizando el derecho de oposición de acreedores). El Derecho británico también considera a la capital *redemption reserve* como indisponible, tanto es así que la s. 264.3 *The Companies Act 1984* y la s. 831.4 *The Companies Act 2006* las incluye entre las *undistributable reserves*. Se califica de «quasi-capital social», lo que supone que sólo puede disponerse de ella con los requisitos de la reducción de capital⁶¹. La reserva también puede emplearse para aumentar el capital con entrega de *bonus shares* a los accionistas. En este caso se convierte la reserva de capital (*paid up capital*) en verdadero capital (*paid up share capital*). La reserva de capital indisponible, que en la legislación mercantil española

⁵⁷ En la cuenta 1142. «Reserva por capital amortizado» del PGC 2007 se incluye el nominal de las acciones o participaciones de la propia empresa adquiridas por ésta y amortizadas con cargo a beneficios o a reservas disponibles. También se incluirá el nominal de las acciones o participaciones de la propia empresa amortizadas, si han sido adquiridas por ésta a título gratuito. La dotación y disponibilidad de esta cuenta se registrará por lo establecido en el artículo 167 del TRLSA y 80 de la LSRL, respectivamente.

⁵⁸ Artículos 33.1, 36.1 d), 37.2 y 39 e) de la Segunda Directiva.

⁵⁹ Artículos. 33.1, 36.1 d), 37.2 de la Segunda Directiva.

⁶⁰ Artículo 33.1 de la Segunda Directiva.

⁶¹ S. 170.4 *The Companies Act*.

se ajusta a las notas que caracterizan el estatuto de la correspondiente reserva en Derecho comunitario, es la reserva del artículo 167.1.3 del TRLSA: una reserva «(...) de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos que para la reducción del capital social». El estatuto de reserva indisponible impide precisamente aplicarla a realizar distribuciones de dividendos a los accionistas con su cargo. La reserva del artículo 167.3 del TRLSA, en su condición de reserva indisponible, no es susceptible de financiar distribuciones ordinarias o extraordinarias a los accionistas ⁶². Por eso no se integra en la «base de reparto» del cuadro de distribución de resultados de la Memoria ⁶³.

La reserva de capital amortizado tiene la finalidad de conservar las garantías de los acreedores cuando la sociedad reduce capital con cargo a beneficios o a reservas de libre disposición sin su consentimiento. El establecimiento de esta reserva permite que los recursos indisponibles permanezcan invariables. Para realizar esta reducción de capital deben existir en poder de la sociedad fondos de libre disposición por igual importe que la reducción de capital que se va a realizar. Al reducir el capital y dotar esta cuenta, las garantías con los acreedores se mantienen intactas, no siendo necesario recabar consentimiento alguno de los mismos.

Para el registro contable de una amortización de capital social financiada con recursos libres, es necesario practicar un ajuste en el patrimonio neto por el importe correspondiente al valor nominal de las acciones retiradas o el de la cuantía en que queda reducida la cifra de capital social si la amortización afecta por igual a todas ellas. La cuenta de capital social se carga en la cuantía correspondiente a la amortización y se abona a una cuenta de neto que, si se desea que la reducción pueda formularse sin respetar el derecho de oposición de acreedores, debe constituir un neto indisponible.

En el caso de la amortización de capital establecida en la legislación francesa y belga, la cuenta que se dota es la cuenta de «capital amortizado», «(...) que no es sino la misma cuenta de capital social» ⁶⁴. En los sistemas, como el español, en que la reducción de capital social entraña la reducción de la cifra de capital social, la cuenta de neto que se abona es una cuenta de reserva indisponible: la reserva por capital amortizado.

En el Derecho portugués, la amortización de acciones puede hacerse con o sin reducción de capital ⁶⁵. En el caso de amortización con reducción de capital social deberán observarse los requisitos de la tutela judicial del derecho de acreedores establecidos en el artículo 95 del Código das Sociedades Comerciais, salvo que se dote la reserva indisponible establecida en el artículo 347 del Código das Sociedades Comerciais. Esa reserva se dota con cargo a reservas libres (*lucros e reservas distribuíveis*) por el importe del nominal de las acciones amortizadas, estando sujeta al régimen de la reserva legal. En el Derecho portugués, a diferencia del británico, existe la obligación de dotar reserva legal con cargo a los beneficios del ejercicio ⁶⁶.

⁶² Artículo 213.2 del TRLSA.

⁶³ Nota 3 «Aplicación de resultados» del PGC 2007 y Nota 3 «Aplicación de resultados» del PGC PYMES.

⁶⁴ *Vid.* LANGLOIS, G.; FRIÉDERICH, M. y BURLAUD, A.: *Comptabilité approfondie*, Foucher, París, 1998, pág. 1.137.

⁶⁵ Artigos 346 y 347 del Código das Sociedades Comerciais.

⁶⁶ Artigo 295 del Código das Sociedades Comerciais.

En el pretérito Derecho alemán, la reserva que se dotaba en la amortización de capital era la misma reserva legal que la establecida en el actual Derecho portugués⁶⁷. La situación ha cambiado, aunque sólo nominalmente, tras la Reforma contable para la adaptación a las Directivas Comunitarias y la entrada en vigor de la Ley de Balances (*Bilanzrichtliniengesetz*)⁶⁸. La reserva pasó de ser la legal a constituir una de las reservas de capital (*Kapitalrücklagen*). La reserva que se abona en ese procedimiento es una reserva de capital sujeta al estatuto de indisponibilidad de todas las reservas de capital con independencia de la causa de dotación⁶⁹. En la estructura de los fondos propios (*Eigenkapital*, § 272) se distinguen tres tipos de reservas: las reservas de beneficios (*Gewinnrücklagen*), las reservas de capital (*Kapitalrücklagen*) y las reservas por acciones propias. Las reservas de capital (*Kapitalrücklagen*) se nutren de las aportaciones a título de capital de riesgo no incorporadas al capital social⁷⁰.

El artículo 167.3 del TRLSA español se inspira en el Derecho alemán. Sin embargo, nuestro Derecho desconoce la categoría «reservas de capital». Podría haber seguido el sistema alemán tradicional y entender que la reserva que se dota es la legal, pero ha optado por fijar otra reserva.

La reducción trae consecuencias sobre los acreedores, ya que la disminución del capital se traduce no sólo en la salida efectiva de recursos (disminución del patrimonio empleado en el reembolso; patrimonio con que la sociedad responde del cumplimiento de sus obligaciones) sino en una disminución en la efectividad de ciertos mecanismos de la integridad del capital en defensa del derecho de terceros (y de los socios). Por un lado, disminuye la cifra de retención⁷¹, por el otro, se rebajan los requisitos de autofinanciación forzosa por dotación de la reserva legal⁷².

El diferente estatuto de la reserva del artículo 167.3 del TRLSA respecto al capital social se manifiesta en la no aplicación de ciertas normas que se construyen exclusivamente por referencia a la cifra de capital social: la reducción obligatoria «(...) cuando las pérdidas hayan disminuido su haber (el de la sociedad) por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio»⁷³; la disolución forzosa «(...) por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente»⁷⁴; la posible aplicación del resultado sólo si «(...) el valor del patrimonio neto contable no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social»⁷⁵; la obligación de constituir o reconstituir la reserva legal en una cifra igual al 10 por 100 del beneficio del ejercicio hasta que la reserva legal alcance, al menos, el 20 por 100

⁶⁷ Artigos 346 y 347 del *Código das Sociedades Comerciais*.

⁶⁸ Dicha ley reformó el Derecho contable común contenido en el Código de Comercio. HGB § 238-§ 330.

⁶⁹ Vid. HÜFFER, V.: *Aktiengesetz*, Ch, Beck, 1.ª ed., Munchen, 1993, pág. 1.051. GESSLER, E.; HEFERMEHL, W.; ECKART, U. y KROPPF, B.: *Aktiengesetz Kommentar*, band IV, 16 Lieferung, München, 1994, pág. 262.

⁷⁰ § 272 (2) 4 HGB.

⁷¹ Artículo 213.2 del TRLSA.

⁷² Artículo 214 del TRLSA.

⁷³ Artículo 163.1 del TRLSA.

⁷⁴ Artículo 260 del TRLSA.

⁷⁵ Véase nota 71.

del capital social⁷⁶; la imposición de un capital social mínimo⁷⁷. Los peligros de la rebaja de la cifra de capital, que no son totalmente compensados con la dotación de la reserva de capital amortizado, son análogos a los que presentaría una excesiva dotación de la reserva legal con cargo a la cuenta de capital social. La ley alza cautelas frente a los riesgos inherentes a la operación de reducción de capital para dotar la reserva legal. Las cautelas consisten en: limitar cuantitativamente la dotación, y por ende, la rebaja de la cifra de capital consiguiente⁷⁸ y limitar el futuro reparto de dividendos una vez reducido el capital⁷⁹. Ambas cautelas no se traspasan al artículo 167.3 del TRLSA, como no se traspasa al artículo 167.3 del TRLSA el balance auditado del artículo 168.2 del TRLSA.

Existen tres posibles aplicaciones para cualquier reserva: distribuciones a los socios, compensación de pérdidas e incorporación a capital social.

El estatuto de la reserva indisponible impide el primero de ellos, aplicarla a realizar distribuciones de dividendos a los accionistas con su cargo. La reserva del artículo 167.3 del TRLSA, en su condición de reserva indisponible, no es susceptible de financiar distribuciones ordinarias o extraordinarias a los accionistas⁸⁰. Por eso no se integra en la «base de reparto» del cuadro de distribución de resultados de la Memoria⁸¹.

Como excepción al régimen general de indisponibilidad, tanto la Directiva como el Derecho español, admiten que se pueda disponer de la reserva con los mismos requisitos exigidos para la reducción de capital social. Esto no puede significar sino que las distribuciones con cargo a esta cuenta de reservas deberán observar los requisitos de tutela del derecho de acreedores y demás exigencias legales, de reducción efectiva de capital social: acuerdo de junta, publicación de anuncios, pago o consignación en favor de los acreedores que ejercitan en tiempo y forma el derecho de oposición.

Esta equiparación de régimen entre el capital social y la reserva es precisamente lo que justifica la exclusión del derecho de oposición: si la reserva hubiera sido disponible, el régimen de su dotación con cargo a capital sería el ordinario de reducción efectiva⁸².

Un problema, no resuelto en la ley, sobre la aplicación de la reserva al saneamiento de pérdidas, es identificar, si es imputable a pérdidas antes o después de la reserva legal. La equiparación que hace el artículo 167.3 del TRLSA de la reserva de capital amortizado al capital social, en cuanto a su disposición, permite afirmar que es necesario imputar a pérdidas la reserva legal antes que la reserva asimilada al capital social; esto se basa en que el artículo 168.1 del TRLSA obliga a agotar todas las reservas antes que reducir el capital social y la reserva objeto de este examen es «quasi-capital social».

⁷⁶ Artículo 214.1 del TRLSA.

⁷⁷ Artículo 4 del TRLSA.

⁷⁸ Artículo 168.3 del TRLSA.

⁷⁹ Artículo 168.4 del TRLSA.

⁸⁰ Cfr. artículo 213.2 TRLSA.

⁸¹ Nota 3 «Aplicación de resultados» del PGC 2007 y Nota 3 «Aplicación de resultados» del PGC PYMES.

⁸² Así resulta del artículo 167.3 del TRLSA en contraposición con la modalidad de reducción con dotación de reserva voluntaria.

Otro problema es la posible incorporación de la reserva a capital. La capitalización de la cuenta de reserva indisponible está prevista como posibilidad en la Segunda Directiva «(...) en la medida en que los Estados miembros permitan tal operación»⁸³. Si se revisan los ordenamientos próximos que disciplinan la reserva (británico, portugués y alemán), es posible advertir la generalizada aceptación de su capitalización.

En el Derecho británico la capitalización de la reserva se contempla expresamente en la ley⁸⁴. El artículo 39 e) de la Segunda Directiva está inspirado en esa regulación británica de entregar *bonus shares* a los accionistas con cargo a la reserva indisponible que resulta del rescate de acciones redimibles. En el Derecho portugués no se plantean mayores problemas de capitalización, ya que la reserva indisponible sigue el estatuto de la reserva legal⁸⁵ y los saldos asentados en la reserva legal pueden incorporarse a la cuenta de capital social⁸⁶. En el Derecho alemán el régimen de la reserva de capital se asimila al de la reserva legal. La reserva legal más la reserva de capital amortizado deben alcanzar conjuntamente la décima parte del capital social o la parte superior que determinen los estatutos⁸⁷. Si la reserva legal y la reserva de capital rebasan conjuntamente ese techo, legal o estatutario, el exceso podrá incorporarse al capital social por el procedimiento de aumento con medios propios de la sociedad⁸⁸.

En el Derecho español, el TRLSA calla sobre la posible capitalización de la reserva. Cierta sector de la doctrina⁸⁹ ha pretendido que el silencio legal entraña prohibición, argumentando que el legislador español no se habría acogido a la posibilidad de incorporación de capital prevista en la Directiva Comunitaria.

En nuestra opinión, la reserva por capital amortizado, como todas las reservas indisponibles, sí pueden ser capitalizadas, sin perder su condición de indisponible. Si la sociedad puede disponer de la cuenta de reserva de capital como si de la cuenta de capital social se tratara (cumpliendo con los requisitos de la reducción de capital del art. 167.3 del TRLSA), la sociedad siempre podrá cancelar aquella cuenta de reserva para llevar su saldo a la reserva legal (operación análoga a una reducción para dotar la reserva legal) y simultáneamente ampliar el capital (por el procedimiento de ampliar el capital con cargo a la reserva legal). En definitiva, es posible la capitalización de la reserva de capital cuando la suma de lo que importe la reserva del artículo 167.3 del TRLSA más la reserva legal exceda del 10 por 100 del capital social resultante de la operación por simple aplicación del artículo 214.1 del TRLSA⁹⁰.

⁸³ Arts. 33.1, 36.1 d) y 37.2 de la Segunda Directiva.

⁸⁴ Section 170.4 The Companies Act.

⁸⁵ Artículo 347.7 b) del CSC.

⁸⁶ Artículo 296 e) del CSC.

⁸⁷ § 150.2 AktG.

⁸⁸ § 150.4.31 AktG. § 207-220 AktG.

⁸⁹ Vid. MASSAGUER: «El capital nominal (un estudio del capital social de la sociedad anónima como mención estatutaria)», *Revista General de Derecho*, 1990, págs. 5.577-5.592. GARCÍA LUENGO, R. y SOTO VÁZQUEZ, R.: *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, Editorial Comares, Granada, 1991, pág. 742.

⁹⁰ Esta idea ya fue expuesta por FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *La amortización de acciones y las acciones rescatables*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 291.

2. Reserva por participaciones recíprocas.

Tanto el TRLSA, como la LSRL, señalan que no se podrán establecer participaciones recíprocas que excedan del 10 por 100 de la cifra de capital de las sociedades participadas, prohibición que afecta también a las participaciones circulares constituidas por medio de sociedades filiales.

Cuando se rebase el límite legal, la sociedad (aparte de tener que eliminar el exceso de participación en el plazo de un año, y de que las acciones poseídas por encima del límite verán suprimido su derecho de voto) estará obligada a constituir una reserva indisponible por el importe de dichas participaciones que superen el 10 por 100 del capital.

La cuenta representativa de esta reserva ⁹¹ se dotará por el importe del exceso sobre el 10 por 100 de las participaciones recíprocas y, reducida la participación recíproca a su límite legal, su saldo se traspasará a reservas de libre disposición.

La reserva por participaciones recíprocas tiene la finalidad específica de garantizar que la operación no conlleve una ausencia de aportación efectiva; por esta razón es indisponible, pasando a ser de libre disposición si la participación llega a ser menor o igual al límite del 10 por 100.

3. Reserva para acciones o participaciones de la sociedad dominante.

Esta reserva deberá constituirse cuando una sociedad anónima (directamente o por medio de persona interpuesta) tome una inversión en acciones o participaciones emitidas por una sociedad que sea dominante de la misma, o cuando acepte en garantía del cumplimiento de una obligación por terceros dichas acciones o participaciones.

Las sociedades de responsabilidad limitada también deberán constituir esta reserva por las acciones o participaciones que posean de una sociedad dominante, pero no en el segundo supuesto, al tener prohibida legalmente la aceptación de acciones o participaciones de una sociedad del mismo grupo en garantía de operaciones.

La cuenta representativa de esta reserva ⁹² se abonará por los importes satisfechos en la adquisición de acciones o participaciones de una sociedad dominante, o por el importe garantizado por ellas, con cargo a beneficios o a otras cuentas de reservas de libre disposición ⁹³.

⁹¹ La cuenta 114. «Reservas especiales» del PGC 2007 debe incluir las reservas establecidas por cualquier disposición legal con carácter obligatorio, distintas de las incluidas en otras cuentas de este subgrupo. En particular, se incluye la reserva por participaciones recíprocas establecida en el artículo 84 del TRLSA.

⁹² Según establece el PGC 2007, la cuenta 1140. «Reservas para acciones o participaciones de la sociedad dominante» incluye las constituidas obligatoriamente en caso de adquisición de acciones o participaciones de la sociedad dominante y en tanto éstas no sean enajenadas (art. 79.3.ª del TRLSA y art. 40.bis de la LSRL). Esta cuenta también recogerá, con el debido desglose en cuentas de cinco cifras, las reservas que deban ser constituidas en caso de aceptación de las acciones de la sociedad dominante en garantía (art. 80.1 del TRLSA). Mientras duren estas situaciones dichas reservas serán indisponibles.

⁹³ Respecto a las reservas por acciones de la sociedad dominante, NORVERTO afirma que «(...) con esta reserva, cuando se presenten los estados consolidados, la cifra de capital social de la dominante figura por su valor real y, por tanto, mate-

Enajenadas las acciones o participaciones de la dominante o, en su caso, cancelada la obligación garantizada por ellas, la parte liberada de esta reserva se traspasará a reservas de libre disposición.

Las reservas para acciones o participaciones de la sociedad dominante ⁹⁴ deberán ser consideradas indisponibles mientras las acciones o participaciones se encuentren en poder de la sociedad, es decir, hasta su enajenación o amortización. La indisponibilidad de estas reservas está directamente reconocida por el propio enunciado del artículo 79.3 del TRLSA: «Se establecerá en el Pasivo del Balance una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones propias o de la Sociedad dominante computado en el Activo». También serán indisponibles en el caso de aceptación de acciones de la sociedad dominante en garantía ⁹⁵.

Con esta regulación, la legislación española ⁹⁶ exige destinar una reserva indisponible para compensar la adquisición derivativa de autocartera, prohibiéndose efectuar disposición alguna con cargo a dicha cuenta. Esta medida tiene su fundamento en el perjuicio patrimonial que las operaciones de autocartera representan para la sociedad, ya que por medio de las mismas se sustituye un activo real y rentable (dinero efectivo, derechos de crédito u otros bienes) por otra partida que, en manos de la propia sociedad, es improductiva, como son las acciones de la sociedad dominante. Con el establecimiento de estas reservas indisponibles las garantías a terceros permanecen intactas. Existen opiniones que consideran que la reserva por acciones propias no debe utilizarse para compensar pérdidas. En nuestra opinión, la afirmación anterior no es correcta porque la reserva por acciones propias, por ser reserva indisponible, puede realizar todas las operaciones que no disminuyan las garantías, y esas pérdidas ya disminuían las garantías antes de la operación de compensación.

Aunque la medida parece razonable, podemos afirmar que es rigurosa, ya que el grupo está obligado a constituir dos reservas indisponibles: una en la empresa dominante y otra en la dominada.

4. Reservas por acciones propias aceptadas en garantía.

La cuenta 1144. «Reservas por acciones propias aceptadas en garantía» recoge las reservas que deban ser constituidas en caso de aceptación de acciones propias en garantía (art. 80.1 del TRLSA). Mientras dure esta situación, estas reservas serán indisponibles.

5. Reserva por reducción de capital por amortización de participaciones cuya adquisición no haya significado devolución a los socios.

Cuando, como consecuencia de una adquisición de participaciones propias por parte de una sociedad de responsabilidad limitada (SRL), sin que dicha adquisición signifique devolución de apor-

rializada en cuentas de activo real». Vid. NORVERTO LABORDA, M.^a del C.: «El tratamiento de las nuevas reservas en la reforma del Plan General de Contabilidad», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 65, octubre-diciembre, 838-863, 1990, pág. 856.

⁹⁴ Artículos 79.3, 80.1 y 87 del TRLSA.

⁹⁵ Artículo 81 del TRLSA.

⁹⁶ Artículos 75.3 y 79.3 del TRLSA.

taciones a los socios (adquisiciones a título gratuito, adquisiciones judiciales para satisfacer créditos contra su titular, adquisiciones como consecuencia de subastas judiciales, etc.), se deba reducir el capital social, se dotará una reserva de carácter indisponible en garantía de los acreedores sociales que lo sean en el momento de la reducción. La cuenta representativa de esta reserva se abonará por el valor nominal de las participaciones amortizadas y, transcurridos cinco años a contar desde la reducción de capital (o cuando sin haber transcurrido dicho plazo se hubieran satisfecho todas las deudas sociales contraídas antes de la reducción), su saldo se traspasará a otras reservas de libre disposición.

6. Reserva por reducción de capital por restitución de aportaciones a los socios de sociedades de responsabilidad limitada.

Si bien en estas operaciones, en principio, responden los socios por las deudas sociales, éstos quedarán libres de responsabilidad si la sociedad procede a dotar una reserva de carácter indisponible en garantía de los acreedores de la sociedad que lo fueran en el momento de la reducción. La cuenta representativa de esta reserva se abonará por el mismo importe restituido a los socios, con cargo a reservas disponibles. Transcurridos cinco años a contar desde la reducción de capital, o cuando sin haber transcurrido dicho plazo, se hubiera satisfecho todas las deudas sociales contraídas antes de la reducción, esta reserva se traspasará a otras de libre disposición.

7. Reserva por opciones emitidas.

La reserva por opciones emitidas se debe constituir por los importes de las primas de opción sobre las acciones propias emitidas por la entidad ⁹⁷. La citada reserva tiene carácter indisponible.

8. Reserva para financiar el rescate de acciones rescatables (fondo de amortización, *sinking fund*).

La clasificación de reservas disponibles e indisponibles debe tener en cuenta las reservas derivadas de la inclusión de las figuras denominadas acciones rescatables en la LRLMV, aunque no hayan sido recogidas como tales en el TRLSA. En concreto son dos: la derivada de la emisión (reserva para financiar el rescate de acciones rescatables) y las que se pueden originar en el rescate (reserva de capital amortizado para acciones rescatables) de las acciones rescatables. La reserva para financiar el rescate de acciones rescatables es parcialmente disponible por ser asimilable a una reserva estatutaria, ya que la ley no obliga a dotarla.

9. Reserva de capital amortizado para rescatar acciones rescatables.

La reserva por capital amortizado para rescatar acciones rescatables es una reserva particular de la figura acciones rescatables. La primera forma de rescatar estos instrumentos supone dotar una reserva indisponible por la parte del nominal amortizado no desembolsado. Por ello, la reserva de capital amortizado para acciones rescatables es indisponible.

⁹⁷ El tratamiento de esta reserva está recogida en la IAS 19 emitida por el IASB.

La finalidad de la dotación de la reserva del artículo 92.ter del TRLSA es evitar tener que cumplir con los requisitos de la reducción del capital social mediante devolución de aportaciones, lo que exige garantizar el derecho de oposición de acreedores del artículo 166 del TRLSA.

Para que no exista derecho de oposición de acreedores, el régimen de disponibilidad de la reserva dotada en sustitución de la cifra de capital correspondiente al nominal de las acciones que se amortizan tiene que ser muy próximo al de la propia partida de capital social. Esto es compartido por la doctrina «(...) A pesar del olvido legal por indicar este carácter, la reserva del artículo 92.ter del TRLSA es indisponible, tanto por así imponerlo la normativa comunitaria ⁹⁸ (...) como por la ratio a la que parece atender» ⁹⁹. Si la reserva que se dota con la amortización de las rescatables fuese disponible, sería preceptivo garantizar el derecho de oposición de acreedores porque sólo la reducción para dotar la reserva legal y la reserva por capital amortizado excluye el derecho de oposición ¹⁰⁰. En consecuencia, la reserva del artículo 92.ter.3 del TRLSA es una reserva indisponible como son las reservas que nacen de las diferentes modalidades de la reducción del capital que se pueden efectuar sin necesidad de garantizar el derecho de acreedores.

En la Segunda Directiva Europea existen cuatro reservas indisponibles:

- i) La reserva del artículo 33.1 que es la que nace de una reducción de capital «nominal» o «contable» en que se reduce el capital para su dotación (creación o incremento).
- ii) La reserva del artículo 36.1 d), que se dota en el caso de la operación de «retirada forzosa» prescrita o autorizada en los estatutos y al efecto de excluir la garantía del derecho de acreedores.
- iii) La reserva del artículo 37.2 que resulta de la amortización forzosa de las acciones en autocartera y con el mismo propósito de mantener los derechos de los acreedores.
- iv) La reserva del artículo 39 e) que nace de la amortización de las rescatables realizada con la «ayuda de sumas distribuibles». Es obvio que la reserva del artículo 92.ter.2 del TRLSA es la reserva del artículo 39 e) de la Segunda Directiva, que a su vez se inspira en la «*capital redemption reserve*» de la s. 264.3 de *The Companies Act 1984* británica.

La legislación mercantil española define una reserva asimilable a la establecida en el Derecho comunitario: una reserva «(...) de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos que para la reducción del capital social» ¹⁰¹. La denominación de esta reserva es «reserva por capital amortizado».

⁹⁸ La normativa comunitaria a la que se refiere el autor es el artículo 39 g) de la Segunda Directiva CEE en materia de sociedades.

⁹⁹ Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: «Notas en torno al concepto y régimen jurídico de las acciones rescatables», en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. I, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 954.

¹⁰⁰ Cfr. artículo 167 del TRLSA.

¹⁰¹ Artículo 167.1.3 del TRLSA.

En el ámbito comunitario la reserva de capital amortizado de las rescatables ¹⁰² tiene un estatuto equiparable a la reserva indisponible de capital que nace de la amortización de acciones en el caso de la «retirada forzosa» prevista en estatutos al modo germánico ¹⁰³. Esta *Kapitalrücklage* alemana es el equivalente de la *Capital Redemption Reserve* británica, en términos de garantía del derecho de acreedores.

En el ámbito de la legislación mercantil española, la operación de reducción del artículo 167.3 del TRLSA se inspira en el Derecho alemán, mientras que la del artículo 92.ter del TRLSA en el Derecho británico.

En el Derecho británico e irlandés la legislación contiene una extensa regulación del rescate y amortización de acciones propias ¹⁰⁴. La operación de amortización de las rescatables entraña la reducción de la cifra del capital suscrito (*company's issued share capital*) y puede realizarse mediante una nueva ampliación de capital social cuyos recursos se emplean a este propósito (*out of the proceeds of a fresh issue of shares made for the purpose*) o con cargo a beneficios (*out of the company's profits*) ¹⁰⁵. En este último caso, no se aplica el sistema de tutela de acreedores propio de la reducción de la cifra de capital social emitido, porque el importe nominal de las acciones rescatadas se destina a una cuenta de reserva indisponible denominada *capital redemption reserve*.

La *capital redemption reserve* es indisponible, tanto es así que la s. 264.3 *The Companies Act 1984* y la s. 831.4 *The Companies Act 2006* las incluye entre las *undistributable reserves*. Este «quasi-capital social» sólo puede disponerse con los requisitos de la reducción de capital ¹⁰⁶. La reserva también puede emplearse para aumentar el capital con entrega de *bonus shares* a los accionistas. En este caso, la reserva de capital (*paid up capital*) se convierte en verdadero capital (*paid up share capital*).

A efectos de garantía frente a acreedores, la operación de amortización de capital es neutra, porque los recursos indisponibles alcanzarían la misma cifra.

Si la cuantía de las reservas disponibles no permite el rescate íntegro de todas las acciones rescatables, caben dos posibilidades. La primera es efectuar un rescate parcial, sólo hasta donde alcancen los recursos disponibles, y para el cual, o se reduce el valor nominal en proporción a todas las acciones, o se sortean las acciones que van a ser rescatadas. La segunda es completar la operación con recursos extraídos de los otros dos métodos.

¹⁰² Artículo 39 e) de la Segunda Directiva.

¹⁰³ Artículo 36 d) de la Segunda Directiva inspirado en los § 237 (3) y 237 (5) AktG.

¹⁰⁴ *Redemption and purchase: Part V chapter VII*, s. 159-181.

¹⁰⁵ Cfr. la relación entre *section 160.1 The Companies Act 1985*; artículo 93 ter. I del TRLSA y artículo 39 d) de la Segunda Directiva.

¹⁰⁶ S. 170.4 *Companies Act*.

10. Reserva por fondo de comercio.

Según el PGC 2007, la cuenta 1143. «Reserva por fondo de comercio»¹⁰⁷ incluye la reserva constituida obligatoriamente en caso de que exista fondo de comercio en el activo del balance (art. 213.4 del TRLSA). Esta reserva es indisponible mientras que en el balance de la sociedad exista la partida de fondo de comercio.

11. Reserva por pérdidas y ganancias actuariales y otros ajustes.

Según el PGC 2007, la cuenta 115. «Reservas por pérdidas y ganancias actuariales y otros ajustes»¹⁰⁸ recoge el componente del patrimonio neto que surge del reconocimiento de pérdidas y ganancias actuariales y de los ajustes en el valor de los activos por retribuciones a largo plazo al personal de prestación definida, de acuerdo con lo dispuesto en las normas de registro y valoración. El TRLSA no establece ninguna restricción a la disponibilidad, por lo que es disponible.

12. Diferencias por ajuste del capital a euros.

Según el PGC 2007, la cuenta 119. «Diferencias por ajuste del capital a euros» recoge las diferencias originadas como consecuencia de la conversión a euros de la cifra de capital de acuerdo con el contenido de la «Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre Introducción del Euro». El TRLSA no establece ninguna restricción a la disponibilidad, por lo que es disponible.

13. Otras reservas.

Entre las muchas partidas que se pueden incluir en la cuenta «Otras reservas», se encuentran las siguientes: las reservas derivadas de la libertad de amortización¹⁰⁹ y las reservas de eventos culturales o deportivos, como, por ejemplo, las de reservas Juegos Olímpicos 1992¹¹⁰. Para estas reservas ha de observarse el régimen de indisponibilidad que recoja la ley o el reglamento que obligue su dotación. El TRLSA no establece ninguna restricción a la disponibilidad, por lo que es disponible.

Otras partidas integrantes de los recursos propios.

Dentro del epígrafe de fondos propios, título A-1 de la masa patrimonial de pasivo, se encuentran algunas partidas que el PGC 2007 no ha considerado como reservas, pero que al pertenecer al patrimonio neto, debemos analizar si son recursos disponibles o indisponibles.

¹⁰⁷ Esta cuenta aparece en el PGC 2007, pero no en el PGC PYMES.

¹⁰⁸ Véase nota anterior.

¹⁰⁹ Real Decreto-Ley 2/1985.

¹¹⁰ Ley 12/1988, artículo 22.3.

1. Remanente.

Se denomina remanente al saldo acreedor sobrante en la cuenta de pérdidas y ganancias después de realizar el reparto del beneficio de un ejercicio, importe que se conserva durante el periodo siguiente y que, junto con los resultados obtenidos en el mismo, pasa a formar la base del reparto de este último ejercicio.

Esta cuenta ¹¹¹ sería innecesaria si la sociedad decidiera aplicar el resto de la cuenta de pérdidas y ganancias no distribuida a otros conceptos como, por ejemplo, la dotación a la reserva voluntaria; sin embargo, la costumbre (y el deseo de determinadas sociedades de dotar cantidades exactas) hace que la cuenta de remanente todavía siga teniendo un elevado grado de utilización.

La cuenta de remanente se crea en cada periodo, al distribuir el resultado, abonando a la misma la parte sobrante del reparto. En el ejercicio siguiente se anulará, incorporando su saldo al resultado pendiente de distribución para realizar el nuevo reparto, pudiendo tras el mismo aparecer una nueva cantidad.

La cuenta de remanente puede reflejar dos situaciones:

- a) El beneficio aún no repartido por falta de acuerdo en la junta general de accionistas.
- b) El saldo acreedor sobrante (no aplicado a ningún fin específico) de la cuenta denominada resultado del ejercicio, después de realizar el reparto del beneficio que se conserva durante el periodo siguiente y que, junto con los resultados obtenidos en el mismo, formarán parte de la base de reparto en el citado ejercicio.

La cuenta de remanente, en la primera situación, debe ser considerada disponible, excepto la parte que debemos incrementar la cuenta de reserva legal y la de reserva estatutaria si ésta tuviera la consideración de indisponible.

En la segunda situación debe ser considerada de libre disposición, ya que si hubiese sido necesario, ya se habrían dotado las reservas de carácter obligatorio (legal y estatutaria).

Aunando las dos situaciones es posible afirmar que es una reserva parcialmente disponible.

2. Resultados del ejercicio.

En el Estado de Pérdidas y Ganancias se recoge el importe del beneficio obtenido o de la pérdida incurrida en el periodo contable al que hacen referencia los estados financieros, una vez dedu-

¹¹¹ La cuenta 120. «Remanente» del PGC 2007 recoge los beneficios no repartidos ni aplicados específicamente a ninguna otra cuenta, tras la aprobación de las cuentas anuales y de la distribución de resultados.

cidas las aplicaciones para terceros diferentes de los propietarios, como pueden ser el impuesto sobre beneficios, la participación de los administradores y del personal, etc. El importe de la cuenta de pérdidas y ganancias recoge la cifra de beneficio o pérdida que corresponde íntegramente a los propietarios de la entidad.

El saldo de estas cuentas ¹¹² se obtiene por diferencia entre los ingresos y los gastos del ejercicio. Recoge tanto los resultados de la explotación como los procedentes de operaciones financieras o excepcionales. Mientras no se aplique, se ha de considerar parte integrante de los recursos propios, tanto si su saldo es positivo como si es negativo.

Cuando se aplique el resultado, se cargará o abonará, con abono o cargo, respectivamente, a las partidas correspondientes, según el acuerdo tomado por la junta de socios que decida su destino.

En cualquier caso, al acordar este reparto, han de tenerse en cuenta las limitaciones legales establecidas en la sección novena (relativa a la aprobación de las Cuentas Anuales) del capítulo VII del TRLSA, normas de aplicación obligatoria para las sociedades anónimas, limitadas, comanditarias por acciones y anónimas laborales.

Los resultados positivos de la cuenta de pérdidas y ganancias (beneficios), desde el punto de vista legal, pertenecen a los socios, propietarios de la sociedad, quienes decidirán sobre su destino, a través de la junta general, determinando si lo reparten o se queda en la empresa como autofinanciación. Los beneficios que se mantienen en la empresa deben ser considerados parcialmente disponibles, porque son disponibles excepto la parte que debe incrementar la cuenta de reserva legal, la reserva por fondo de comercio y la de reserva estatutaria si ésta tuviera la consideración de indisponible.

El **cuadro 4** recoge la clasificación de los elementos del neto en función de su disponibilidad, observando la función que tienen esos recursos dentro de la empresa. Esta definición es válida exclusivamente para el territorio español y para el momento actual, cualquier modificación legislativa podría alterarla.

¹¹² La cuenta 121. «Resultados negativos de ejercicios anteriores» del PGC 2007 incluye los resultados negativos de ejercicios anteriores, mientras que la cuenta 129. «Resultados del ejercicio» recoge los resultados, positivos o negativos, del último ejercicio cerrado, pendientes de aplicación.

CUADRO 4. *Indisponibilidad de los componentes del neto.*

Totalmente indisponible	Parcialmente indisponible	Libre disposición si no existen circunstancias adicionales que lo modifiquen
Capital social	Reserva legal	Prima de emisión
Reserva por participaciones recíprocas	Reserva de revalorización	Prima de asunción
Reserva para acciones o participaciones de la sociedad dominante	Reserva estatutaria	Reserva voluntaria
Reserva para acciones propias en garantía	Resultado del ejercicio	Reserva por pérdidas y ganancias actuariales y otros ajustes
Reserva por capital amortizado	Reserva para financiar el rescate de acciones rescatables (fondo de amortización)	Aportaciones de socios o propietarios
Reserva disponible utilizada para garantizar el reparto de beneficios (art. 194.3 del TRLSA)	Remanente	Diferencias por ajuste del capital a euros
Reservas disponibles utilizadas para garantizar acciones propias o acciones de la sociedad dominante (art. 81 del TRLSA)		Reservas derivadas de la libertad de amortización
Reserva por capital amortizado por rescate de acciones rescatables		Otras reservas
Reserva por reducción de capital por amortización de participaciones cuya adquisición no haya significado devolución a los socios en SRL		
Reserva por reducción de capital por restitución de aportaciones a los socios de las SRL		
Reserva por opciones emitidas		
Reserva de valor razonable		
Reserva por fondo de comercio		
Patrimonio neto por emisión de instrumentos financieros compuestos		
Reserva disponible utilizada para garantizar deudas (art. 282 del TRLSA)		

FUENTE: *Elaboración propia.*

CONCLUSIONES

Para concluir podemos afirmar tres ideas. El estudio de los elementos del neto basándonos en su disponibilidad, consiste en analizar la función que tienen estos recursos dentro de la empresa, independientemente de su naturaleza. Las fuentes de financiación pueden tener multitud de naturalezas, pero sólo dos funciones o destinos: ser la garantía de los recursos de la empresa frente a terceros o no serlo.

Los recursos indisponibles son los que no pueden ser utilizados en actividades que disminuyan las garantías de la empresa pues están garantizando las deudas de la empresa con sujetos ajenos a la misma; es decir, únicamente pueden utilizarse para incrementar la cifra del capital social o para compensación de pérdidas, si no existen reservas disponibles. En contraposición a los recursos indisponibles se sitúan los disponibles, susceptibles de ser aplicados a cualquier destino: distribuir entre los socios, posibilitar la tenencia de la autocartera, permanecer en la sociedad fortaleciendo el patrimonio de ésta, compensar pérdidas o incorporarse al capital social. Por último, existen recursos parcialmente indisponibles, que pueden ser considerados disponibles solamente en algunas circunstancias o para algunos destinos.

La garantía, a efectos mercantiles, con los socios de las sociedades con responsabilidad limitada no es la cifra de capital, sino la cifra de recursos indisponibles. Para mantener las garantías necesarias, el Derecho mercantil considera una serie de partidas con los destinos restringidos, pudiendo ser destinadas únicamente a operaciones en las que no se disminuyan las garantías de la sociedad con sus acreedores.

Bibliografía

ACCOUNTING STANDARDS COMMITTEE. U.K. (ASC) [1980]: *Statement of Standard Accounting Practice* núm. 16 (SSAP núm. 16): Current cost accounting, ASC, march, London.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS (AECA) [2003]: *Recursos Propios*, Serie principios contables, documento núm. 24, junio, AECA, Madrid.

– [1998]: *Recursos propios*, Serie principios contables, documento núm. 10 revisado, enero, AECA, Madrid.

BERNABÉU SÁNCHEZ, M.D. y NORVERTO LABORDA, M.C. [1996]: «Algunas consideraciones en torno al principio de identidad», *Actualidad Financiera*, núm. 14, octubre, 108-118.

CASTELLANO: «Limitti alla distribuzione dell' attivo», in *La seconda direttiva CEE in materia societaria*, Milán, pág. 161.

CEA GARCÍA, J.L. [1992]: «Perspectiva contable de la propuesta de aplicación del resultado», *RCyT. CEF*, Madrid.

- CERA [1988]: *Il passaggio di riserve a capitale*, Milán.
- COZIAN, M. y VIANDER, A. [1992]: *Droit des sociétés*, Francis Lefebvre Levallois.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. [2002]: *La amortización de acciones y las acciones rescatables*, Civitas, Madrid.
- FINANCIAL ACCOUNTING STANDARD BOARD (FASB) [1979]: Statement of Financial Accounting Standard núm. 33, *Financial reporting and changing prices*, Stanford, Connecticut.
- GALLIZO LARRAZ, J.L. [1993]: *Distribución de beneficios y compensación de pérdidas*, monografía núm. 26, ICAC, Madrid.
- [1994]: «Rentabilidad de las acciones sin voto», *Técnica Contable*, núm. 522, diciembre, 779-798.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ J.A. [2002]: «Notas en torno al concepto y régimen jurídico de las acciones rescatables», en *Derecho de Sociedades*. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, vol. I, McGraw-Hill, Madrid.
- GARCÍA LUENGO, R. y SOTO VÁZQUEZ, R. [1991]: *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Editorial Comares, Granada.
- GARCÍA-MORENO GONZALO, J.M. [1995]: «Actualización de balances: afloración y aplicación de reservas ocultas», *Derecho de sociedades*, núm. 4, año III, Pamplona, 73-97.
- GARRIDO DE PALMA, V.M. [1993]: «Operación Acordeón», en GARRIDO DE PALMA, V.M.: *Estudios sobre la sociedad anónima II*, Editorial Civitas, Madrid.
- GESSLER, E.; HEFERMEHL, W.; ECKART, U. y KROPFF, B. [1994]: *Aktiengesetz Kommentar*, band IV, 16 Lieferung, München.
- HÜFFER, V. [1993]: *Aktiengesetz*, Ch, Beck, 1.^a ed., München.
- INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARD BOARD (IASB) [1998]: International Accounting Standard núm. 39: *Financial Instruments: Recognition and measurement*, december, IASB, London.
- [1981]: Norma Internacional de Contabilidad núm. 15: *Información para reflejar los efectos de cambios en los precios*, noviembre, IASB, London.
- INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS (ICAC) [2002]: Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma (Libro Blanco para la reforma de la contabilidad en España), ICAC, Madrid.
- LANGLOIS, G.; FRIÉDÉRICH, M. y BURLAUD, A. [1998]: *Comptabilité approfondie*, Foucher, París.
- LÓPEZ DÍAZ, A. [1991]: «La financiación básica en el Plan General contable», *Cuadernos Aragoneses de economía*, núm. 2, Zaragoza.
- MARTÍNEZ CHURRIACQUE, J.L. [1993]: «El principio del registro y el reconocimiento de los hechos económicos en los estados financieros», en *Comentarios sobre el nuevo Plan General de Contabilidad*, ICAC, Madrid.
- MASSAGUER [1990]: «El capital nominal (un estudio del capital social de la sociedad anónima como mención estatutaria)», *Revista General de Derecho*, págs. 5.577-5.592.
- NORVERTO LABORDA, M.^a del C. [1990]: «El tratamiento de las nuevas reservas en la reforma del Plan General de Contabilidad», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 65, octubre-diciembre, 838-863.

RDGRN de 9 de mayo de 1998.

RDGRN de 29 de marzo de 2000

RDGRN de 1 de octubre de 2004.

RDGRN de 25 de febrero de 2004.

ROMANO APARICIO, J. [1996]: *Contabilidad de Sociedades*, CEF, Madrid, pág. 121.

SANZ GADEA, E. [1998]: «El resultado contable en el marco del derecho contable», *RCyT*, CEF, núm. 189, 137-210.

Legislación

Textos legales españoles

Circular del Banco de España número 5/1993, de 26 de marzo. Entidades de crédito. Sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE de 8 de abril).

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 (Directiva del ahorro).

Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 275, de 29 de julio de 1988).

Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades (BOE de 27 de julio de 1989).

Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1995).

Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1998).

Ley 113/1992, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras (BOE de 2 de junio de 1992).

Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 16 de mayo de 2002.

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1989. Corrección de errores BOE núm. 28, de 1 de febrero de 1990).

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE núm. 184, de 31 de julio de 1996).

Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1990. Corrección de errores BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1991).

Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisiciones por éstas de acciones propias (BOE de 26 de marzo de 1991) (Modificado por RD 1370/2000, de 19 de julio).

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica.

Textos legales extranjeros

Aktiengesetz.

Código das Sociedades Comerciais (Sección VI del Capítulo III del *Código das Sociedades Comerciais*, aprobado por el Decreto-Ley 262/86, de 2 de septiembre de 1986).

Comisión Unión Europea: *Auditoría legal en la Unión Europea: el camino a seguir*, Comunicación de la Comisión (98/C 143/03), BOICAC núm. 34, julio, Bruselas, 1998.

Comisión Unión Europea: *Servicios financieros: establecimiento de un marco de actuación*, Comunicación de la Comisión, COM (1998) 625, diciembre, Bruselas, 1998.

Companies Bill [Lords] (formerly known as Company Law Reform Bill [Lords]), Session 2005-06 «Reform company law and restate the greater part of the enactments relating to companies; to make other provision relating to companies and other forms of business organisation; to make provision about business names, auditors and actuaries; to amend Part 9 of the Enterprise Act 2002; and for connected purposes».

Handelsgesetzbuch.

Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (Diario Oficial núm. L 026, de 31 de enero de 1977, págs. 0001-0013) (Edición especial en español: Capítulo 17, Tomo 1, pág. 0044).

The Companies Act 1989.

The Companies Act 2006.

NOTA: Este artículo también ha sido publicado en la *Revista Ceflegal*. CEF. Núm. 110, marzo 2010.

EFECTOS SOBRE LA ADECUACIÓN DE CAPITAL, CALIDAD DE ACTIVOS Y RENTABILIDAD DE LAS FUSIONES ENTRE LAS CAJAS DE AHORROS DE CASTILLA Y LEÓN

MARÍA CRISTINA DE MIGUEL BILBAO

*Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.
Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación.
Universidad de Valladolid*

Extracto:

EL objetivo del trabajo consiste en realizar un análisis de las consecuencias que los procesos de fusión realizados por las cajas de ahorros de Castilla y León entre los años 1988 y 1992 han producido sobre la solvencia o adecuación de capital, la calidad de activos y la rentabilidad. El horizonte temporal estudiado abarca desde 1987 hasta el 2004. La metodología utilizada está basada en el análisis caso por caso de los procesos de fusión con aplicación de diversos indicadores representativos de las áreas anteriormente mencionadas, cuyos valores se comparan antes y después de la fusión con los obtenidos por un grupo de control, mediante el Test de Kruskal-Wallis y el Test de Mann-Whitney. Los resultados del análisis ponen de manifiesto que las fusiones no han supuesto un incremento significativo del nivel de recursos propios debido en parte a cambios en la estructura productiva orientada hacia inversiones de riesgo bajo y también a que las entidades han aprovechado su capacidad de crecimiento; por otra parte, no existen resultados claros en cuanto a mejoras en la capacidad de generación de beneficios y eficiencia.

Palabras clave: cajas de ahorros, fusiones, solvencia, calidad de activos y rentabilidad.

EFFECTS ON CAPITAL ADEQUACY, ASSET QUALITY AND PROFITABILITY DERIVED FROM MERGER PROCESS AMONG THE SAVING BANKS OF CASTILLA Y LEÓN

MARÍA CRISTINA DE MIGUEL BILBAO

*Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.
Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación.
Universidad de Valladolid*

Abstract:

THE aim of this paper is to analyze the consequences of the merger processes realized by the Castilla-León savings banks during the period 1988-1992 have produced on the solvency or capital adequacy, the asset quality and the profitability. The time period studied is from 1987 until 2004. The methodology used consists of a case-by-case analysis of the mergers with application to diverse representative indicators of the areas previously mentioned, whose values are compared before and after of the merger with the same ratios calculated for a control group. Differences between the groups are statistically analysed with the Kruskal-Wallis and the Mann-Whitney tests. The results of the analysis point to that the mergers have not supposed a significant increase of the level of equity due to the combined effect of changes in the productive structure orientated towards investments of low risk and that the entities have taken advantage of his capacity of growth; on the other hand, the effects of the mergers analyzed on the profit-generating capacity and the level of efficiency are not very clear.

Keywords: savings banks, mergers, solvency, asset quality and profitability.

Sumario

1. Introducción.
2. Consecuencias de los procesos de fusión.
3. Metodología.
4. Resultados del análisis.
 - 4.1. Adecuación de capital.
 - 4.2. Calidad de activos.
 - 4.3. Rentabilidad y eficiencia.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el sistema financiero ha sufrido una importante transformación, los procesos de fusión y adquisición han constituido uno de los fenómenos de mayor trascendencia del panorama financiero a nivel mundial. En Europa, el número y la magnitud de este tipo de operaciones han sido especialmente elevados. El proceso de consolidación que ha afectado de manera desigual a los diferentes países europeos ha venido impulsado por un fuerte proceso de liberalización que ha cambiado sustancialmente el marco competitivo en el que las entidades financieras desarrollan sus operaciones.

El sistema financiero español, que no ha sido ajeno a este movimiento, se ha caracterizado por un descenso en el número de entidades que lo componen. El proceso de concentración ha afectado considerablemente a las cajas de ahorros, pasando de 79 entidades en 1985 a 46 en enero de 2010 (Banco de España, 2010), como resultado de los 11 procesos de fusión por constitución y 13 por absorción que han tenido lugar en dicho periodo. La mayoría de estos procesos –en concreto 18– se ha producido en el periodo 1989-1992; con posterioridad, este fenómeno ha perdido intensidad, si bien en los últimos años, en concreto a partir de 1999, se han producido cuatro nuevas operaciones de fusión entre cajas de ahorros.

Últimamente y como consecuencia de la profunda crisis que estamos viviendo, están corriendo ciertos rumores de fusiones entre cajas de ahorros; de las 46 cajas existentes en la actualidad, al menos 15 han reconocido que estarían dispuestas a negociar posibles fusiones con otras entidades para conseguir la supervivencia. Dentro de todos estos vaivenes de cajas, no podemos olvidar el gran nivel de componente político que las precede, haciendo aún más difícil las fusiones entre las mismas, al depender de ciertas decisiones políticas entre los partidos de sus comunidades autónomas, para poder realizar una operación con la de otra comunidad autónoma.

Numerosos son los factores del entorno que de forma general explicarían esta tendencia hacia una mayor concentración en los sistemas financieros. BERGER *et al.* (1999) identifica seis factores externos: progreso tecnológico, mayor disponibilidad de recursos por parte de las entidades, exceso de capacidad productiva y crisis de los intermediarios financieros, incentivos de los poderes públicos, globalización de los mercados y desregulación.

De los factores anteriores, la mayoría de los investigadores coinciden en señalar como desencadenante más importante de los procesos de fusión el cambio en la legislación y la desregulación.

En la Unión Europea la desregulación ha sido especialmente intensa, pues ya desde los años setenta se venían realizando esfuerzos orientados a la reducción y armonización de las legislaciones bancarias de los países miembros. El verdadero impulso desregulador vino de la mano de la *Segunda Directiva de Coordinación Bancaria* de 1989 (Directiva 89/646/CEE) y del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 9 de febrero de 1992. En esta directiva se estableció un régimen común para todo el territorio, en virtud del cual una entidad de crédito autorizada en un Estado miembro puede ejercer en toda la Comunidad el conjunto de actividades bancarias básicas, ya sea creando sucursales, ya prestando directamente sus servicios a partir del país en que estuviera establecida.

Las autoridades monetarias de los países miembros emprendieron un proceso de desregulación, incluso antes de la entrada en vigor de la directiva, para favorecer la competencia dentro de su propio mercado y evitar que las entidades nacionales se encontraran en una situación de desventaja respecto a las procedentes de otros países de la Unión Europea.

En nuestro país, este proceso de desregulación y liberalización fue especialmente intenso en la segunda mitad de la década de los ochenta para el sector de las cajas de ahorros; en este periodo se produce la liberalización de los tipos de interés y de las comisiones, la libre expansión territorial de las cajas de ahorros, la desaparición del coeficiente de inversión obligatoria y la reducción del coeficiente de caja.

A comienzos de los noventa tuvo lugar la implementación de la *Segunda Directiva* junto con la adaptación de otras directivas en materia bancaria (fondos propios, solvencia, grandes riesgos, supervisión en base consolidada, cuentas anuales, etc.). Dado que el sujeto empresarial, objeto de análisis en este trabajo, son las cajas de ahorros, interesa destacar la trascendencia que para dichas entidades tiene la Directiva 89/647/CEE que establece un coeficiente de solvencia (ratio de recursos propios computables entre activos ponderados por su nivel de riesgo) de un 8%.

Desde un punto de vista teórico, los procesos de fusión y adquisición se han justificado utilizando distintos argumentos entre ellos: mejoras en el nivel de eficiencia, diversificación del riesgo e incrementos en el nivel de recursos propios. Sin embargo, a pesar de las numerosas investigaciones sobre las consecuencias de los procesos de fusión entre entidades de crédito habidos en nuestro país, la evidencia empírica no es muy concluyente (FUENTES y SASTRE, 1999; APELLÁNIZ *et al.*, 1996; MARTÍNEZ ARIAS, 1998; HUMPHREY y CARBÓ, 2000; CONTRERAS, 2001).

Entre las razones por las que los estudios sobre las consecuencias de los procesos de fusión y adquisición entre entidades de crédito no permiten extraer conclusiones definitivas, cabe señalar el corto periodo de tiempo posterior a la fusión analizado en la mayoría de los trabajos (en torno a tres o cuatro años), que resulta insuficiente para valorar el impacto de dichos procesos. Por otra parte, la mayoría de los estudios sobre las entidades españolas que han acometido procesos de concentración se ha realizado a nivel agregado lo que impide atender a las circunstancias específicas de cada fusión.

En este trabajo se profundiza en el análisis de las consecuencias de los procesos de fusión entre las cajas de ahorros, a través del estudio de casos específicos, en concreto en la Comunidad de Castilla y León. El estudio analiza las áreas de adecuación de capital, calidad de activos y rentabilidad.

2. CONSECUENCIAS DE LOS PROCESOS DE FUSIÓN

Las razones que a lo largo de la literatura sobre la actividad bancaria se han esgrimido para justificar los procesos de fusión son de distinto tipo y de muy diferente fundamento y, entre ellos, cabe señalar (REVELL, 1988; SÁNCHEZ y SASTRE, 1995; BERGER, 1999; CUERVO, 1999):

- Aprovechamiento de las economías de escala y de alcance existentes.
- Posibilidad de reducir costes mediante la eliminación de las duplicidades en la red de oficinas y, por tanto, la reducción de empleo.
- Mejoras en la gestión y organización.
- Diversificación de los riesgos de liquidez y de crédito (al ser la cartera de créditos mayor, el factor riesgo es menor debido a la diversificación).
- Mayor prestigio y reputación en el mercado.
- Mayor poder negociador sobre la captación de recursos en mercados mayoristas, normalmente las condiciones de los créditos obtenidos por las grandes entidades son más favorables que las que se establecen con intermediarios bancarios de menor tamaño.

En cualquier caso, la motivación de cada entidad ha sido variada. En el caso del sector de las cajas de ahorros, muchas cajas se han visto involucradas en los procesos de fusión impulsadas por la **creciente necesidad de recursos propios**. El coeficiente de solvencia exigido por la Directiva 89/647/CEE constituyó un requisito especialmente comprometedor para dichas entidades debido a su peculiar naturaleza jurídica y a su dificultad para acceder a los mercados de capitales. Como señalan HUMPHREY y CARBÓ (2000:92), la mayoría de las fusiones de nuestro país se hicieron con el propósito de unir una institución fuerte con otra que estuviera menos capitalizada, mejorando la solvencia del sector. Las instituciones que participaron en un proceso de fusión pudieron verse beneficiadas por el tratamiento impositivo especial concedido a la revalorización de los activos y al correlativo incremento de reservas.

Las conclusiones más significativas de los trabajos sobre los procesos de fusión que han tenido lugar son las siguientes:

Las investigaciones realizadas han puesto de manifiesto un incremento en el nivel de recursos propios, vía reservas de revalorización, en los años inmediatamente posteriores a tales procesos (FUENTES, 2003; FUENTES y SASTRE, 1999; MARTÍNEZ ARIAS, 1998; GARCÍA ROA, 1994). Los análisis que abarcan un horizonte temporal más largo constatan que las concentraciones han favorecido la creación de nuevas entidades con un mayor nivel de recursos propios; no obstante, al final del periodo el nivel de recursos propios de las entidades fusionadas era inferior al de las entidades no fusionadas (CONTRERAS, 2001) y al del agregado de cajas de ahorros (FUENTES y SASTRE, 1999). Por su parte, HUMPHREY y CARBÓ (2000) muestran que al final del periodo, el nivel de reservas con relación al total de activo es igual para las entidades que se fusionaron que para el sector de las cajas de aho-

rrros, señalando que el incremento de dicha ratio es debido a que en el periodo posterior a las fusiones, el sistema bancario español se encontraba en una situación significativamente mejor.

En lo referente a la orientación hacia políticas de inversión de mayor riesgo, la literatura examinada no es muy abundante. Con carácter general, según recoge PÉREZ *et al.* (1999:123), el colectivo de cajas de ahorros tiene una mayor y creciente especialización en la inversión en el sector privado (créditos y valores de renta fija). Sin embargo, los resultados de CONTRERAS (2001) muestran que con posterioridad al proceso de fusión, el colectivo de entidades fusionadas acomete políticas de inversión más arriesgadas (inversión en el sector privado), reduciendo las inversiones más seguras (inversión en el sector público), que el colectivo de entidades no fusionadas.

En relación con las consecuencias de las fusiones sobre los niveles de eficiencia y la capacidad para generar beneficios, MARTÍNEZ ARIAS (1998), MONCLUS (1997), APELLÁNIZ *et al.* (1996) y GARCÍA ROA (1994) no constatan mejoras. El trabajo de HUMPHREY y CARBÓ (2000) pone de manifiesto el menor crecimiento de los beneficios y una mejora más reducida de la eficiencia productiva en las cajas fusionadas respecto a todas las demás entidades. FUENTES y SASTRE (1999) muestran resultados ambiguos, recogiendo en algunos casos mejoras en la capacidad de generación de beneficios y eficiencia. La tesis de CONTRERAS (2001), que abarca un horizonte temporal más amplio que los anteriores, sí encuentra ligeras ganancias de eficiencia operativa, aunque plantea dudas sobre si podrían haber sido mayores en el caso de que no se hubiesen producido las operaciones de concentración. CUESTA y OREA (2002) muestran que las fusiones tienen un impacto positivo sobre la eficiencia técnica. Por su parte, CARBÓ y HUMPHREY (2002), en un estudio en el que emplea una metodología novedosa en la medición de los efectos de las fusiones sobre los costes, ponen de manifiesto la existencia de sustanciales economías de escala.

Los análisis desarrollados son, en la mayoría de los casos (excepto GARCÍA ROA, 1994; MONCLUS, 1997; y FUENTES y SASTRE, 1999) a nivel agregado, por lo que un estudio de casos específicos de los distintos procesos de fusión podría permitir sostener conclusiones más favorables. Asimismo, los trabajos realizados en torno a las consecuencias de las fusiones se realizan con un horizonte temporal muy corto como para que dichos procesos hayan sido asimilados por parte de las entidades involucradas (RAYMOND, 1994; APELLÁNIZ, 1996; MARTÍNEZ ARIAS, 1998; FUENTES y SASTRE, 1999).

3. METODOLOGÍA

El objeto de este trabajo consiste en evaluar los efectos a largo plazo de los procesos de fusión entre las cajas de ahorros de Castilla y León. En concreto se analiza:

- La fusión realizada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de León, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Palencia, la Caja de Ahorros Popular de Valladolid, la Caja de Ahorros Provincial de Valladolid y la Caja de Ahorros Provincial de Zamora para constituir la Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, en junio de 1990.

- La fusión protagonizada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca y la Caja General de Ahorros y Préstamos de la Provincia de Soria, para constituir la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria, en mayo de 1991.

Para analizar los efectos que pudieran derivarse de los procesos de fusión, se han seleccionado una serie de ratios, que cubren aspectos tales como: adecuación de capital, calidad de activos, rentabilidad y eficiencia. Estas variables forman parte de las áreas de valoración del método CAMEL (acrónimo de *capital adequacy, asset quality, management, earnings and liquidity*), utilizado por la Reserva Federal de Estados Unidos en su proceso de supervisión bancaria. Abundando en la bondad del instrumento de análisis seleccionado, cabe señalar que estas variables han sido incorporadas a la Guía de Indicadores de Estabilidad Financiera elaborada por el Fondo Monetario Internacional, con objeto de valorar la situación de las entidades de depósito. Asimismo son utilizadas por las agencias de calificación de las entidades (Moody's Investors Service, Fitch Rating, etc.).

Los indicadores utilizados son los siguientes:

Adecuación capital:	Recursos propios/activo total.
	Solvencia: Recursos propios computables/activos ponderados por riesgo.
Calidad de activos:	Inversión en entidades de crédito/activo total.
	Inversión en sector público/activo total.
	Inversión en el sector privado/activo total.
Rentabilidad:	ROA: Beneficio después de impuestos/activos totales medios.
	Eficiencia: Gastos de explotación/margen ordinario.

La información utilizada procede de las cuentas anuales de las entidades presentadas ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de los informes anuales de las entidades. La información contable sobre la que se ha aplicado el proceso de análisis se ha extraído del balance de situación, de la cuenta de pérdidas y ganancias y de la memoria.

El horizonte temporal objeto de estudio arranca en el año 1987 y se extiende el máximo posible, hasta el año 2004, ya que en el año 2005 entró en vigor la nueva Circular 4/2004. En este horizonte se han estimado tres periodos con el objeto de estudiar en ellos la tendencia de cada indicador y hacer comparaciones entre la situación de partida y la evolución experimentada. Los subintervalos han sido identificados como: *pre-fusión*, *adaptación* y *post-fusión*. El periodo *pre-fusión* abarca los años de 1987 a 1989 para Caja España de Inversiones y de 1987 a 1990 para Caja de Ahorros de Salamanca y Soria. El periodo de *adaptación* corresponde a un margen de tiempo suficiente como para que la mayoría de las operaciones realizadas sean asimiladas por las entidades involucradas y de esta forma eliminar repercusiones de posibles desajustes organizativos surgidos tras la fusión, en concreto, de 1990 a 1993 para Caja España de Inversiones y de 1991 a 1993 para Caja de Ahorros de Salamanca y Soria; y el periodo *post-fusión*, comprende de 1994 a 2004 para ambas entidades.

El procedimiento de trabajo utilizado está basado en el análisis caso por caso de las distintas operaciones de fusión consideradas. Este método de análisis, consistente en un estudio individual de

la evolución de cada fusión, no permite extraer conclusiones generales; sin embargo, contribuye a la adecuada comprensión del proceso de fusión (RHOADES, 1998). Esta metodología ha dado lugar a interesantes aportaciones. Entre los estudios basados en estos procedimientos destacan los de PERISTIANI (1996), RHOADES (1998), VANDER VENNET (1996), MONCLUS (1997), FUENTES y SASTRE (1999), CONTRERAS (2001), entre otros.

En cada operación de fusión se han obtenido los indicadores anteriormente definidos con una periodicidad anual para los 16 años analizados. Estas ratios han sido calculadas tomando los datos de las entidades resultantes de los procesos de fusión para los periodos de *adaptación y post-fusión*. En el periodo anterior a la fusión, siguiendo el procedimiento utilizado por APELLÁNIZ *et al.* (1996), FUENTES y SASTRE (1999), CONTRERAS (2001) y MONCLUS (1997), las ratios se han obtenido a partir de la agregación de los datos de los estados financieros de las entidades que intervienen en los procesos de fusión.

Una vez obtenidos los indicadores, para analizar las consecuencias de los procesos de concentración entre las cajas de ahorros de Castilla y León cabría comparar las ratios antes y después de la fusión. La comparación entre determinadas ratios así realizada proporciona una medida de los cambios producidos en tales indicadores, y por ello, de los efectos que se derivan de dicho proceso. Sin embargo, no resulta factible realizar esta comparación ya que una parte de las diferencias habidas puede deberse a la variación de las condiciones económicas de la fusión e incluso a la prolongación de la situación de las entidades con carácter previo a la fusión. Por ello hemos ajustado los valores de los indicadores con los obtenidos de un grupo de control específico; en este caso, hemos considerado el agregado de cajas de ahorros a nivel nacional, que incluye cajas fusionadas y no fusionadas, ya que como señala HUMPHREY y CARBÓ (2000:98), comparar las instituciones fusionadas con sólo las que nunca se fusionaron representaría esencialmente una comparación entre cajas de ahorros grandes y pequeñas de manera que los efectos del tamaño influirían en los resultados.

Las variables analizadas se presentan como la diferencia entre el valor de la ratio para la entidad objeto de estudio y el grupo de control dentro de cada uno de los años de los tres periodos analizados. La mediana de cada uno de los indicadores en un determinado periodo se compara con la obtenida en los restantes periodos. Mediante el Test de Kruskal-Wallis se contrasta la hipótesis de que no existen diferencias en cada uno de los indicadores entre los tres periodos (*pre-fusión*, *adaptación y post-fusión*) en cuanto a las medianas entre el indicador en la entidad analizada y el valor de la ratio en el colectivo de referencia. En caso de que existan diferencias significativas entre alguno de los tres periodos analizados, se realiza el Test de la U de Mann-Whitney, aplicando la corrección de Bonferroni, para así poder determinar los periodos en que se han producido tales diferencias.

4. RESULTADOS DEL ANÁLISIS

Los resultados que sintetizan para cada una de las áreas los contrastes realizados se recogen en los **cuadros 1 a 3**, donde para cada uno de los indicadores y periodo de estudio, se muestra la

mediana de la entidad, la mediana del agregado, así como la mediana de las ratios de la entidad analizada ajustada por los valores del sector. Asimismo, se recogen los resultados del Test de Kruskal-Wallis, mediante el cual hemos contrastado la hipótesis nula de que no existen diferencias en las medianas de las variables de los tres periodos; asimismo, en aquellos indicadores en los que se rechaza la hipótesis nula se recogen los resultados mediante el Test de Mann-Whitney.

4.1. Adecuación de capital.

En el **cuadro 1** se recogen los resultados obtenidos con el primer grupo de indicadores, que tratan de medir la adecuación de capital de las entidades. Los resultados del análisis efectuado ponen de manifiesto que los procesos de fusión no han favorecido la creación de entidades con un mayor nivel de recursos propios. Dichos procesos en Castilla y León han supuesto un incremento, aunque no de carácter significativo, en el nivel de recursos propios durante el periodo de *adaptación*, debido a la afloración de reservas ocultas al revalorizarse los activos contabilizados al precio de adquisición. En el periodo *post-fusión* el nivel de recursos propios en relación con los activos totales de las entidades fusionadas es inferior al del colectivo de referencia.

CUADRO 1. *Análisis de la adecuación de capital.*

		Mediana entidad	Mediana nacional	Mediana ajustada	Sig. Test Kruskal-Wallis	Sig. Test Mann-Whitney
CAJA ESPAÑA						
Recursos propios/ activo total	Periodo 1:	0,05521	0,05430	0,00091	0,006 ^a	1-2 periodo: 0,629
	Periodo 2:	0,07623	0,05487	0,02079		1-3 periodo: 0,060
	Periodo 3:	0,04645	0,05331	−0,00737		2-3 periodo: 0,001 ^a
Solvencia	Periodo 1:	0,07240	0,05200	0,01551	0,027 ^a	1-2 periodo: 0,629
	Periodo 2:	0,10655	0,08410	0,03328		1-3 periodo: 0,005 ^a
	Periodo 3:	0,12320	0,12400	0,00348		2-3 periodo: 0,104
CAJA DUERO						
Recursos propios/ activo total	Periodo 1:	0,05257	0,05599	−0,00342	0,041 ^a	1-2 periodo: 0,114
	Periodo 2:	0,06118	0,05141	0,00837		1-3 periodo: 0,412
	Periodo 3:	0,05136	0,05331	−0,00167		2-3 periodo: 0,011 ^a
Solvencia	Periodo 1:	0,06746	0,05480	0,01370	0,630	
	Periodo 2:	0,07799	0,10600	0,01579		
	Periodo 3:	0,12948	0,12400	−0,00152		

^a Significativo al 0,05.

FUENTE: *Elaboración propia a partir de las Memorias de las Cajas.*

El indicador de **recursos propios sobre el activo total** de la agrupación ficticia de las entidades que conformaron **Caja España de Inversiones** es mayor que el del agregado de cajas de ahorros a nivel nacional y, tras la fusión en 1990, mejoró aún más a consecuencia del efecto revalorización. En el periodo *post-fusión*, esta situación comienza a deteriorarse y lleva a situar dicho indicador por debajo de los niveles alcanzados por el colectivo de referencia. Por tanto, la fusión no contribuyó a mejorar el posicionamiento de la entidad con carácter previo a la operación de fusión. El resultado del Test de Kruskal-Wallis muestra que existen diferencias entre los tres periodos, el Test de Mann-Whitney detecta que se producen diferencias significativas entre el segundo y tercer periodo, de carácter negativo a lo acaecido en el sector.

Con relación al **coeficiente de solvencia**, la agrupación ficticia de las entidades se encontraba bien posicionada con respecto al agregado de cajas de ahorros a nivel nacional y mejoró aún más tras la fusión. En el periodo *post-fusión*, los valores de dicho indicador en Caja España se sitúan en niveles similares a los del agregado de cajas de ahorros a nivel nacional. El aumento del coeficiente de solvencia experimentado por Caja España es inferior al obtenido por el sector. El Test de Kruskal-Wallis recoge diferencias entre los tres periodos; las diferencias según el Test de Mann-Whitney se producen entre el primer y el tercer periodo. La fusión ha supuesto un menor incremento de carácter significativo en el coeficiente de solvencia de Caja España en relación con lo acontecido en el sector.

La agrupación ficticia de Caja de Ahorros de Salamanca y Soria partía de un nivel de **recursos propios con relación al activo total** inferior al agregado de cajas de ahorros a nivel nacional, y tras la fusión mejoró sustancialmente. En el periodo *post-fusión* esta posición comienza a deteriorarse situándose el nivel de recursos propios con relación al activo total de la entidad por debajo de la media nacional en la mayoría de los años analizados. El resultado del contraste de Kruskal-Wallis muestra que existen diferencias entre los tres periodos, siendo éstas significativas entre el segundo y el tercer periodo. En el periodo *post-fusión* en relación con el de adaptación se produce un significativo descenso de la ratio recursos propios en el activo total. En cambio en estos periodos, los valores de dicho indicador en el colectivo de referencia experimentan un incremento.

La agrupación ficticia de las dos entidades que conforman Caja Duero presenta un **coeficiente de solvencia** mayor que el del grupo de referencia y mejoró aún más a consecuencia del efecto revalorización. En los años posteriores a la fusión, esta posición comienza a deteriorarse y lleva a situar el coeficiente de solvencia de la entidad en valores similares a los del colectivo de referencia. El Test de Kruskal-Wallis no recoge diferencias significativas en este indicador. La fusión no ha supuesto diferencias significativas en el coeficiente de solvencia de Caja España en relación con lo acontecido en el sector.

4.2. Calidad de activos.

En el **cuadro 2** se presentan los resultados del análisis efectuado en el área de calidad de activos.

CUADRO 2. *Análisis de la calidad de activos.*

		Mediana entidad	Mediana nacional	Mediana ajustada	Sig. Test Kruskal-Wallis	Sig. Test Mann-Whitney
CAJA ESPAÑA						
Inversión entidades crédito/ICT	Periodo 1:	0,28819	0,25189	0,05065	0,116	
	Periodo 2:	0,28103	0,23017	0,05665		
	Periodo 3:	0,20586	0,20097	0,01609		
Inversión en sector público/ICT	Periodo 1:	0,18363	0,27235	-0,08873	0,002 ^a	1-2 periodo: 0,229
	Periodo 2:	0,23697	0,24727	-0,01030		1-3 periodo: 0,005^a
	Periodo 3:	0,20238	0,13335	0,06905		2-3 periodo: 0,001^a
Inversión en sector privado/ICT	Periodo 1:	0,50844	0,47851	0,03808	0,013 ^a	1-2 periodo: 0,114
	Periodo 2:	0,47834	0,51898	-0,03160		1-3 periodo: 0,011 ^a
	Periodo 3:	0,58734	0,66568	-0,07834		2-3 periodo: 0,056
CAJA DUERO						
Inversión entidades crédito/ICT	Periodo 1:	0,27124	0,24472	0,05050	0,381	
	Periodo 2:	0,31649	0,24587	0,07062		
	Periodo 3:	0,27119	0,20097	0,06906		
Inversión en sector público/ICT	Periodo 1:	0,28068	0,27781	0,01563	0,029 ^a	1-2 periodo: 0,057
	Periodo 2:	0,25339	0,20930	0,06625		1-3 periodo: 0,010^a
	Periodo 3:	0,22684	0,13335	0,05837		2-3 periodo: 0,885
Inversión en sector privado/ICT	Periodo 1:	0,42397	0,47679	-0,04957	0,015 ^a	1-2 periodo: 0,057
	Periodo 2:	0,42802	0,53767	-0,11472		1-3 periodo: 0,006^a
	Periodo 3:	0,47691	0,66568	-0,14948		2-3 periodo: 0,291

^a Significativo al 0,05.**FUENTE:** *Elaboración propia a partir de las Memorias de las Cajas.*

Con respecto a esta área, y en relación con la de adecuación de capital, debe existir una correspondencia entre los recursos propios de cada entidad y los principales riesgos que está asumiendo, por lo que las posiciones más arriesgadas deberían corresponderse con una mayor dotación de recursos propios.

En ambas entidades, las fusiones han supuesto un cambio cualitativo en la estructura del activo. En Caja España de Inversiones, el Test de Kruskal-Wallis muestra un cambio significativo en la composición de la inversión crediticia total. Los resultados del Test de Mann-Whitney recogen un incremento significativo del peso relativo de la **inversión en el sector público**, activo de riesgo bajo, **en la inversión crediticia total** entre el primer y tercer periodo y un descenso significativo entre el segundo y tercer periodo, que se sitúa la importancia relativa de la inversión en el sector público de Caja España por encima de la del agregado de cajas de ahorros a nivel nacional. Por su parte, el peso de la **inversión en el sector privado en la inversión crediticia total** se incrementa de manera sig-

nificativa entre el primer y tercer periodo, pero en una menor proporción que en el sector, posicionándose en este último periodo por debajo de la media nacional.

La fusión de **Caja de Ahorros de Salamanca y Soria** también ha supuesto un cambio significativo en la estructura del activo. La fusión ha influido en el peso de la **inversión en el sector privado y de la inversión en el sector público dentro de la inversión crediticia total**. Para estos indicadores, el Test de Kruskal-Wallis recoge diferencias entre los tres periodos. El análisis efectuado muestra que la entidad ha reducido de manera significativa la inversión en el sector público dentro de la inversión crediticia total. Aun cuando la entidad ha reducido el porcentaje de inversión segura, éste se sitúa por encima de la media nacional. Por otra parte, la entidad ha incrementado significativamente la importancia relativa de la inversión en el sector privado, si bien este incremento es inferior al experimentado por el sector.

A partir de estos resultados, puede afirmarse que ambas entidades invierten más en el sector público (activo de menor grado de riesgo) y menos en el sector privado (activo de mayor riesgo) en relación con el colectivo de referencia.

4.3. Rentabilidad y eficiencia.

Por último, el **cuadro 3** recoge los resultados de los análisis efectuados en el área de rentabilidad.

CUADRO 3. *Análisis de la capacidad de generación de resultados y eficiencia.*

		Mediana entidad	Mediana nacional	Mediana ajustada	Sig. Test Kruskal-Wallis	Sig. Test Mann-Whitney
CAJA ESPAÑA						
ROA	Periodo 1:	0,01363	0,00821	0,00344	0,005 ^a	1-2 periodo: 0,057
	Periodo 2:	0,00762	0,00756	0,00033		1-3 periodo: 0,005 ^a
	Periodo 3:	0,00435	0,00804	−0,00294		2-3 periodo: 0,026 ^b
Eficiencia	Periodo 1:	0,53561	0,58536	−0,06223	0,010 ^a	1-2 periodo: 0,400
	Periodo 2:	0,63005	0,63078	−0,00073		1-3 periodo: 0,005 ^a
	Periodo 3:	0,68904	0,62432	0,06918		2-3 periodo: 0,040
CAJA DUERO						
ROA	Periodo 1:	0,01153	0,00754	0,00471	0,011 ^a	1-2 periodo: 0,057
	Periodo 2:	0,00706	0,00781	−0,00076		1-3 periodo: 0,001 ^a
	Periodo 3:	0,00803	0,00804	−0,00002		2-3 periodo: 0,769
Eficiencia	Periodo 1:	0,59414	0,59656	−0,01933	0,787	−
	Periodo 2:	0,64841	0,62752	0,02089		
	Periodo 3:	0,63656	0,62432	−0,01261		

^a Significativo al 0,05.

^b Significativo al 0,10.

FUENTE: *Elaboración propia a partir de las Memorias de las Cajas.*

La agrupación ficticia de **Caja España de Inversiones** presenta una mayor **rentabilidad sobre activos** en comparación con el colectivo de referencia, cambiando de tendencia a comienzos del periodo *post-fusión*. La realización del Test de Kruskal-Wallis recoge diferencias entre los tres periodos. Estas diferencias, según se desprenden del Test de Mann-Whitney, se producen entre el primer y el tercer periodo de manera desfavorable para la Caja. En esta entidad se produce una importante reducción de la ratio en el año 1993 debido al elevado aumento de los gastos de explotación con relación al margen operativo, hecho que está relacionado con el proceso de expansión y la absorción de las oficinas del Banco Fomento. En términos similares se muestra la **eficiencia**, siendo las diferencias significativas entre el primer y el tercer periodo. Según señala FUENTES y SASTRE (1999), existe una relación positiva entre el incremento de la capacidad de generación de resultados y el aumento de los recursos propios; Caja España experimenta una reducción significativa de la rentabilidad y del nivel de recursos propios.

De forma muy diferente se comporta **Caja de Ahorros de Salamanca y Soria**: la rentabilidad sobre activos de la agrupación ficticia de las entidades que posteriormente la han conformado se sitúa por encima del colectivo de referencia, posteriormente se reduce situándose por debajo, para en el periodo *post-fusión* volver a la situación de partida. Entre el segundo y tercer periodo, Caja de Ahorros de Salamanca y Soria ha visto incrementada su rentabilidad mientras que en el colectivo de referencia se reducía. El Test de Mann-Whitney señala diferencias significativas entre dichos periodos. Se observan ligeras mejoras no significativas de la ratio de gastos de explotación sobre el margen ordinario.

5. CONCLUSIONES

Los resultados del presente trabajo no difieren demasiado de los obtenidos en otros estudios realizados sobre fusiones en las cajas de ahorros en España, poniéndose de manifiesto que los procesos de concentración entre cajas de ahorros habidos en la comunidad de Castilla y León no han favorecido la creación de entidades con un mayor nivel de recursos propios, ni tampoco han contribuido a crear entidades más solventes. Queda claro que los procesos de fusión suponen un incremento en el nivel de recursos propios durante el periodo de adaptación, debido a la afloración de reservas ocultas al revalorizarse activos contabilizados al precio de adquisición. Este efecto, sin embargo, no se mantiene tras la fusión, debido a que las entidades han aprovechado su capacidad de crecimiento, vía adquisición de oficinas bancarias a otras entidades, apertura de nuevas oficinas o adquisición de participaciones de otras entidades.

Según los resultados del análisis, los procesos de fusión entre las cajas de ahorros de Castilla y León no han supuesto el desarrollo de una política crediticia más arriesgada. En el caso de las fusiones entre las cajas de Castilla y León no se cumple lo señalado por otros trabajos anteriores, donde se observa cómo el colectivo de entidades fusionadas acomete políticas de inversión más dirigidas al crédito sobre el sector privado con posterioridad a la oleada de fusiones (CONTRERAS, 2001). En nuestro caso, ambas entidades se orientan hacia activos de riesgo bajo, inversión en el sector público, en detrimento de activos de riesgo alto, inversión en el sector privado, con relación al agregado de cajas de ahorros a nivel nacional.

La tendencia de ambas entidades a invertir en activos de riesgo bajo explica el descenso de los recursos propios con respecto al activo total.

Por último, las dos fusiones estudiadas presentan diferencias en cuanto a la rentabilidad. En Caja España de Inversiones se observa una pérdida en la rentabilidad sobre activos y en la eficiencia debido a que la entidad ha aprovechado su capacidad de expansión y a que ha realizado cambios en la estructura del activo, dirigiéndose hacia inversiones de riesgo bajo que son menos rentables. Caja de Ahorros de Salamanca y Soria presenta mejoras en la rentabilidad en relación con el colectivo de referencia.

El análisis efectuado pone de manifiesto que los procesos de fusión que se han producido entre las cajas de Castilla y León no han supuesto un incremento significativo del nivel de recursos propios debido en parte a cambios en la estructura productiva orientada hacia inversiones de riesgo bajo y también a que las entidades han aprovechado su capacidad de crecimiento; las inversiones tienen un menor componente de riesgo y los resultados en rentabilidad son ambiguos.

Todo ello cabe concluir que en las fusiones habidas entre las cajas de ahorros de Castilla y León una mayor dimensión no ha significado ni un mayor nivel de recursos propios ni una mejor rentabilidad y eficiencia, no existiendo una relación unívoca entre el mayor o menor tamaño y los respectivos niveles de rentabilidad y solvencia.

Bibliografía

- APELLÁNIZ GÓMEZ, P., SERRANO CINCA, C. y APELLÁNIZ GÓMEZ, T. [1996]: «Evaluación de los resultados de las fusiones a partir de la información contable». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXV, n.º 87, abril-junio, págs. 429-457.
- AZOFRA PALENZUELA, V. [1994]: «Estructura organizativa y resultados de las Cajas de Ahorro españolas». *Papeles de Economía Española*, n.º 58, págs. 284-296.
- AZOFRA, V. y DE LA FUENTE, J. [1989]: «La racionalidad económica de las fusiones bancarias: el caso de las Cajas de ahorro castellano-leonesas». *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, n.º 4, págs. 163-181.
- BERGER, A.N., DEMSETZ, R. y STRAHAN, P. [1999]: «The consolidation of the financial services industry: Causes, consequences, and implications for the future». Documento de trabajo, posteriormente publicado en *Journal of Banking & Finance*, vol. 23, iss. 2-4, págs. 135-194.
- CARBÓ VALVERDE, S. y HUMPHREY, D.B. [2002]: «Nueva evidencia empírica sobre las economías de escala en el sector bancario». *Papeles de Economía Española*, n.º 94, págs. 163-169.
- CONTRERAS MELGARES, P.L. [2001]: *La concentración del sector bancario español [1988-1992]: Un estudio dinámico*. Tesis Doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- CONTRERAS MELGARES, P.L. y PAMPILLÓN, F. [2002]: «Efectos sobre la eficiencia operativa de las fusiones bancarias de los noventa en España». *Cuadernos de Información Económica*, n.º 171, noviembre-diciembre, págs. 105-117.

- CUERVO, A. [1999]: «Razones para las fusiones y adquisiciones: factores organizativos no explícitos como determinantes del éxito». *Economistas*, n.º 82, págs. 20-31.
- CUESTA, R.A. y OREA, L. [2002]: «Mergers and technical efficiency in Spanish savings banks: A stochastic distance function approach». *Journal of Banking & Finance*, vol. 26, iss. 12, págs. 2.231-2.247.
- FUENTES, I. [2003]: «Un análisis de las fusiones bancarias recientes (1997-2000)» en España». *Boletín Económico del Banco de España*, julio-agosto, págs. 71-78.
- FUENTES, I. y SASTRE, T. [1999]: *Mergers and acquisitions in the banking industry: some empirical evidence*. Documento de trabajo n.º 9924. Banco de España.
- GARCÍA ROA, J. [1994]: *Las Cajas de Ahorros Españolas: cambios recientes, fusiones y otras estrategias de dimensionamiento*. Ed. Civitas. Madrid.
- HUMPHREY, D.B. y CARBÓ VALVERDE, S. [2000]: «Las fusiones de las entidades financieras. Costes, beneficios, servicio y precios». *Papeles de Economía Española*, n.º 84-85, págs. 88-107.
- MAROTO, J.A. [1994]: «El proceso de concentración de bancos y cajas en España». *Papeles de Economía Española*, n.º 58, págs. 88-104.
- MARTÍNEZ ARIAS, A. [1998]: «Las fusiones de Cajas españolas: un estudio empírico». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXVII, n.º 97, octubre-diciembre, págs. 1.061-1.093.
- MATEO SANZ, J.M. y MONCLUS GUITART, R. [2004]: «Análisis de tendencias en las fusiones de Cajas de Ahorros españolas». *Esic Market*, n.º 117, págs. 9-32.
- MIGUEL BILBAO, M.C. [2005]: *El método CAEL en el análisis y evaluación de los procesos de fusión de las Cajas de Ahorros de Castilla y León*. Tesis Doctoral. Universidad de Valladolid.
- MONCLUS GUITART, R. [1997]: *Fusiones de cajas de ahorro (1985-1995). Un análisis multivariante de los estados financieros*. Documento de trabajo n.º 133. Fundación de las Cajas de Ahorros Confederadas para la Investigación Económica y Social.
- [1997]: «Las fusiones de las cajas de ahorros desde una perspectiva de rentabilidad, productividad y estructura patrimonial». *Actualidad Financiera*, n.º 8, págs. 35-46.
- PAMPILLÓN, F. [1991]: «Cajas de Ahorros de la CEE: el proceso de libertad operativa, fusión y concentración». *Papeles de Economía Española*, n.º 46, págs. 162-172.
- PÉREZ, F., MAUDOS, J. y PASTOR, J.M. [1999]: *Sector bancario español (1985-1997). Cambio estructural y competencia*. Caja de Ahorros del Mediterráneo.
- PILLOFF, S.J. y SANTOMERO, A.M. [1998]: «The value effects of banks mergers and acquisitions». En AMIHUD, Y. y MILLER, G. (ed.): *Bank Mergers and Acquisitions*, Boston, M.A., Kluwer Academic, págs. 59-78.
- RAYMOND, J.L. [1994]: «Economías de escala y fusiones en el sector de cajas de ahorros». *Papeles de Economía Española*, n.º 58, págs. 113-125.
- REVELL, J. [1988]: «Las fusiones y el papel de los grandes bancos». *Papeles de Economía Española*, n.º 36, págs. 90-112.
- [2000]: «Dimensión bancaria en la UEM», *Papeles de Economía Española*, n.º 84-85, págs. 108-117.
- VANDER VENNET, R. [1996]: «The effects of mergers and acquisitions on the efficiency and profitability of EC credit institutions». *Journal of Banking & Finance*, n.º 20, págs. 1.531-1.558.

FONDO DE COMERCIO. TEST DE DETERIORO

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesor del CEF

Extracto:

UNA de las novedades del PGC 2007 es la no amortización del fondo de comercio surgido en las combinaciones de negocios, la cual ha sido sustituida por el un test de deterioro que se realizará, al menos anualmente, a la comprobación del deterioro del valor, procediéndose, en su caso, al registro de la corrección valorativa por deterioro.

En este artículo tratamos la cuantificación del valor que arroja el test del deterioro así como la metodología de su cálculo a partir de la valoración de los flujos de caja esperados en el futuro.

Palabras clave: fondo de comercio, test de deterioro y combinaciones de negocios.

GOODWILL. IMPAIRMENT TEST

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesor del CEF

Abstract:

ONE of the innovations of PGC 2007 regards to no goodwill amortization in the business combinations, that has been replaced by the impairment test , necessary at last, once a year, after checking the value depreciation, proceeding then to the correspondent accountant (of the impairment value correction).

In this article, we refer to the value quantification of impairment test and the methodology used to calculate its value, analysing the future expected cash flows.

Keywords: goodwill, impairment test and business combinations.

Sumario

1. Introducción.
2. Valor actual de los flujos de efectivo.
 - 2.1. Concepto.
 - 2.2. Planteamiento de la valoración de una empresa o una UGE por el método del descuento de flujos de efectivo.
 - 2.3. Pasos en el cálculo de los descuentos de los flujos de caja.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El Plan General de Contabilidad (PGC) define el fondo de comercio como el exceso, en la fecha de adquisición, del coste de la combinación de negocios sobre el correspondiente valor de los activos identificables adquiridos menos el de los pasivos asumidos. En consecuencia, el fondo de comercio sólo se reconocerá cuando haya sido adquirido a título oneroso, y corresponda a los beneficios económicos futuros procedentes de activos que no han podido ser identificados individualmente y reconocidos por separado.

La norma de registro y valoración (NRV) 19.^a del PGC regula las combinaciones de negocios en las que participen, entendidas como aquellas operaciones en las que una empresa adquiere el control de uno o varios negocios.

Las combinaciones de negocios, en función de la forma jurídica empleada, pueden originarse como consecuencia de:

- a) La fusión o escisión de varias empresas.
- b) La adquisición de todos los elementos patrimoniales de una empresa o de una parte que constituya uno o más negocios.
- c) La adquisición de las acciones o participaciones en el capital de una empresa, incluyendo las recibidas en virtud de una aportación no dineraria en la constitución de una sociedad o posterior ampliación de capital.
- d) Otras operaciones o sucesos cuyo resultado es que una empresa, que posee o no previamente participación en el capital de una sociedad, adquiere el control sobre esta última sin realizar una inversión.

En las combinaciones de negocios a que se refieren las letras a) y b) anteriores, deberá aplicarse el método de adquisición descrito en el apartado siguiente de esta norma. Por su parte, las operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria de un negocio, entre empresas del grupo en los términos señalados en la norma relativa a operaciones entre empresas del grupo, se registrarán conforme a lo establecido en ella. En las combinaciones de negocios a que se refieren las letras c) y d) anteriores, la empresa inversora, en sus cuentas anuales individuales, valorará la inversión en el patrimonio de otras empresas del grupo conforme a lo previsto para dichas empresas en el apartado 2.5 de la norma relativa a instrumentos financieros. En las cuentas anuales consolidadas, estas combinaciones de negocios se contabilizarán de acuerdo con lo que dispongan las normas de consolidación aplicables.

La aplicación del método de adquisición requiere:

- a) Identificar la empresa adquirente.
- b) Determinar la fecha de adquisición.
- c) Cuantificar el coste de la combinación de negocios.
- d) Valorar los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos.
- e) Determinar el importe del fondo de comercio o de la diferencia negativa.

El coste de una combinación de negocios vendrá determinado por la suma de:

- a) Los valores razonables, en la fecha de adquisición, de los activos entregados, de los pasivos incurridos o asumidos y de los instrumentos de patrimonio emitidos a cambio de los negocios adquiridos.
- b) El valor razonable de cualquier contraprestación adicional que dependa de eventos futuros o del cumplimiento de ciertas condiciones, siempre que tal contraprestación se considere probable y su valor razonable pueda ser estimado de forma fiable.
- c) Cualquier coste directamente atribuible a la combinación, como los honorarios abonados a asesores legales u otros profesionales que intervengan en la operación. En ningún caso formarán parte los gastos relacionados con la emisión de los instrumentos de patrimonio o de los pasivos financieros entregados a cambio de los elementos patrimoniales adquiridos, que se contabilizarán de acuerdo con lo dispuesto en la norma relativa a instrumentos financieros.

En cuanto al cálculo del fondo de comercio, la norma señala que *será el exceso, en la fecha de adquisición, del coste de la combinación de negocios sobre el correspondiente valor de los activos identificables adquiridos menos el de los pasivos asumidos* en los términos recogidos en el apartado anterior, se reconocerá como un fondo de comercio. Al fondo de comercio le serán de aplicación los criterios contenidos en la norma relativa a normas particulares sobre el inmovilizado intangible.

EJEMPLO 1:

La empresa «ALFA, SA» adquiere al inicio del año 20X10 la sociedad «BETA, SA» por un importe de 50.000 u.m. que tiene activos identificables y pasivos por 60.000 u.m. y 18.000 u.m., respectivamente.

Solución:

Aplicando la normativa anterior, el importe del fondo de comercio se calcula como sigue:

Conceptos	Importe
Coste de la combinación de negocios	50.000
Activos identificables menos pasivos asumidos (60.000 – 18.000)	42.000
Fondo de comercio	8.000

El asiento para registrar la operación anterior sería:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Activos identificables	60.000	
Fondo de comercio	8.000	
Pasivos		18.000
Tesorería		50.000

Con respecto a la valoración posterior, el PGC indica:

«El fondo de comercio no se amortizará. En su lugar, las unidades generadoras de efectivo o grupos de unidades generadoras de efectivo a las que se haya asignado el fondo de comercio, se someterán, al menos anualmente, a la comprobación del deterioro del valor, procediéndose, en su caso, al registro de la corrección valorativa por deterioro, de acuerdo con lo indicado en el apartado 2.2 de la norma relativa al inmovilizado material.

Las correcciones valorativas por deterioro reconocidas en el fondo de comercio no serán objeto de reversión en los ejercicios posteriores.»

La NRV 2.^a en su apartado 2.2 señala al respecto del cálculo de las correcciones valorativas:

«Se producirá una pérdida por deterioro del valor de un elemento del inmovilizado material cuando su valor contable supere a su importe recuperable, entendido éste como el mayor importe entre su valor razonable menos los costes de venta y su valor en uso.»

Los criterios de valoración de valor razonable menos los costes de venta y el valor en uso quedan definidos en la primera parte –marco conceptual– del PGC:

Valor razonable y costes de venta

El valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua. El valor razonable se determinará sin deducir los costes de transacción en los que pudiera incurrirse en su enajenación. No tendrá en ningún caso el carácter de valor razonable el que sea resultado de una transacción forzada, urgente o como consecuencia de una situación de liquidación involuntaria. Con carácter general, el valor razonable se calculará por referencia a un valor fiable de mercado.

Los costes de venta son los costes incrementales directamente atribuibles a la venta de un activo en los que la empresa no habría incurrido de no haber tomado la decisión de vender, excluidos los gastos financieros y los impuestos sobre beneficios. Se incluyen los gastos legales necesarios para transferir la propiedad del activo y las comisiones de venta.

Valor en uso

El valor en uso de un activo o de una unidad generadora de efectivo es el valor actual de los *flujos de efectivo futuros esperados*, a través de su utilización en el curso normal del negocio y, en su caso, de su enajenación u otra forma de disposición, teniendo en cuenta su estado actual y actualizados a un tipo de interés de mercado sin riesgo, ajustado por los riesgos específicos del activo que no hayan ajustado las estimaciones de flujos de efectivo futuros. Las proyecciones de flujos de efectivo se basarán en hipótesis razonables y fundamentadas; normalmente la cuantificación o la distribución de los flujos de efectivo está sometida a incertidumbre, debiéndose considerar ésta asignando probabilidades a las distintas estimaciones de flujos de efectivo. En cualquier caso, esas estimaciones deberán tener en cuenta cualquier otra asunción que los participantes en el mercado considerarían, tal como el grado de liquidez inherente al activo valorado.

2. VALOR ACTUAL DE LOS FLUJOS DE EFECTIVO

2.1. Concepto.

Se trata de un método que se utiliza para calcular el valor de la empresa a partir de los flujos de caja generados futuros descontados a un determinado tipo de interés según su riesgo.

El método está en la siguiente expresión general:

$$\text{Valor de la empresa} = \frac{F1}{1+i} + \frac{F2}{(1+i)^2} + \dots + \frac{Fn + VR}{(1+i)^n}$$

Donde:

- $F_1, F_2 \dots F_n$ = flujos de caja esperados en los años 1, 2... n.
- VR = valor residual de la empresa en el año n.
- i = tasa de descuento utilizada según el riesgo de los flujos de caja.

EJEMPLO 2:

La empresa «ALFA, SA» adquiere al inicio del año 20X10 la sociedad «BETA, SA» por un importe de 50.000 u.m. que tiene activos identificables y pasivos por 60.000 u.m. y 18.000 u.m., respectivamente. La combinación de negocios se realiza desde un punto de vista jurídico a través de la adquisición del 70 por 100 de las acciones de «BETA, SA» tomando el control de la misma.

Al final del año 20X10, a efectos de dotar del posible deterioro de la participación, se tienen los siguientes datos:

- Valor razonable menos coste de venta (cotización menos gastos de venta): 45.000 u.m.
- Valor según valor actual de los flujos de caja: 58.099,39.

Tasa de descuento	5%
Flujo 1	9.800
Flujo 2	9.800
Flujo 3	9.800
Flujo 4	9.800
Flujo 5	29.800
Valor residual	20.000
Valor actual	58.099,39

A partir de los datos anteriores, hay que tener en cuenta que la NRV 9.^a del PGC en su apartado 2.5.3 establece:

«Al menos al cierre del ejercicio, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor en libros de una inversión no será recuperable.

El importe de la corrección valorativa será la diferencia entre su valor en libros y el importe recuperable, entendido éste como el mayor importe entre su valor razonable menos los costes de venta y el valor actual de los flujos de efectivo futuros derivados de la inversión...»

.../...

.../...

Conceptos	Importe
+ Valor contable	50.000,00
– Importe recuperable	58.099,39
Deterioro	0

2.2. Planteamiento de la valoración de una empresa o una UGE por el método del descuento de flujos de efectivo.

El valor de una empresa, desde el punto de vista contable, viene determinado por el importe del patrimonio:

ACTIVO	PATRIMONIO
	DEUDAS

Valor de la empresa = Valor de los activos – Deudas

El problema reside en la valoración de los activos, ya que las deudas generalmente van a tener una valoración muy similar contable. Con respecto a los activos, se pueden valorar de tres formas:

Contable	Precio de adquisición menos correcciones valorativas
Mercado	Valor de mercado
Económico	Valor actualizado de flujos de caja

Teniendo en cuenta que la contabilidad proporciona generalmente un precio histórico corregido en la depreciación, que la empresa es un ente en funcionamiento y que sus activos lo más habitual es que no se vendan, el importe de éstos será el valor de la actualización de los flujos de caja que generan:

Los activos se valoran por actualización de los flujos de caja que generan

2.3. Pasos en el cálculo de los descuentos de los flujos de caja.

Son los siguientes:

- a) Determinar los flujos de caja generados.
- b) Actualizar los flujos de caja al WACC (coste medio de los recursos utilizados).

- c) Determinación el valor en el ejercicio terminal.
- d) Restar el valor de mercado de la deuda.

2.3.1. Determinación de los flujos de caja generados.

Esta parte es la más difícil del análisis ya que presenta una serie de exigencias:

- Conocimientos financieros (valor temporal del dinero).
- Competencia técnica, y
- Juicio empresarial y perspectiva.

El punto de partida para el cálculo de los flujos de caja es la cuenta de pérdidas y ganancias:

+ Ingresos por ventas
– Costes desembolsables
– Amortización
= Beneficio antes de impuestos
– Impuesto sobre sociedades
= Beneficio después de impuestos
+Amortización
= FONDOS GENERADOS

Se pueden considerar diferentes flujos de caja:

FLUJOS DE CAJA LIBRES (FCL – *Free Cash Flow*)

Representa la cuantía que la empresa podría repartir entre todos sus suministradores de capital, bien sean accionistas o prestamistas.

FLUJOS DE CAJA DE CAPITAL (FCC) (*Capital cash flow*)

Cantidad disponible para retribuir a los recursos permanentes que financian el proyecto; es decir, la deuda y los recursos propios.

FLUJOS DE CAJA PARA ACCIONISTAS (*shareholders CF* u *Owners CF*)

Cantidad para repartir entre los accionistas después de hacer frente a todos los pagos generados por el proyecto, incluidos los pagos de la deuda.

2.3.2. Cálculo del WACC y actualización de los flujos.

Los flujos de caja proyectados en el futuro se deben actualizar al momento actual. El tipo de interés que se utiliza para la actualización es el WACC (*weighted average cost of capital*) que se obtiene a partir de la siguiente expresión):

$$\text{WACC} = [\text{Coste capital} + \text{Intereses} (1 - t)] / (\text{Capital} + \text{Deuda})$$

donde t es el tipo impositivo.

EJEMPLO 3:

Los accionistas de una empresa fijan el precio a su aportación en el 12%. La composición de sus fuentes de financiación es la siguiente:

Conceptos	Importe
Capital	3.000
Deuda (10%)	7.000

Los flujos de caja esperados para los cinco ejercicios siguientes son los siguientes:

Años	Flujo
1	1.200
2	1.600
3	2.000
4	2.500
5	3.000

Solución:

El WACC es el siguiente:

$$\frac{3.000 \times 30\% + 7.000 \times 10\%}{3.000 + 7.000} = 0,106 \rightarrow 10,6\%$$

$$\text{Valor descontado de los flujos} = \frac{1.200}{1,106} + \frac{1.600}{1,106^2} + \frac{2.000}{1,106^3} + \frac{2.500}{1,106^4} + \frac{3.000}{1,106^5} = 7.354,87$$

2.3.3. Determinación del valor terminal o residual.

El plazo de actualización suele estar entre 5 y 10 años. A partir de aquí:

- Las hipótesis amplifican la posibilidad de error.
- Se le suele otorgar a la empresa un valor a partir de ese momento con hipótesis simplificadas, tales como:
 - El valor de una renta perpetua.
 - El valor de los bienes en ese momento.

EJEMPLO 4:

A partir de los datos del ejemplo anterior, se considera además que el valor residual de la empresa está formado por el valor de los bienes que en ese momento ascenderán según las estimaciones efectuadas por un importe de 15.000 u.m.

Solución:

El valor descontado de los flujos de caja esperados más el valor residual es el siguiente:

$$\frac{1.200}{1,106} + \frac{1.600}{1,106^2} + \frac{2.000}{1,106^3} + \frac{2.500}{1,106^4} + \frac{3.000}{1,106^5} + \frac{15.000}{1,106^5} = 16.418,78$$

2.3.4. Restar el valor de mercado de la deuda.

Por último se resta del valor de la deuda sin hacer ninguna modificación sobre la misma, ya que generalmente el valor de mercado suele coincidir con su valor contable. También existe la posibilidad de utilizar el endeudamiento financiero neto.

ENDEUDAMIENTO FINANCIERO NETO O DEUDA NETA

- + Deudas financieras a largo y corto plazo
- + Deuda neta con empresas del grupo
- Inversiones financieras temporales
- Tesorería

EJEMPLO 5:

Al inicio del año 20X10 la sociedad «ALFA, SA» adquiere el 100 por 100 de la sociedad «BETA, SA» por 90.000 u.m. El valor razonable de los activos identificables y pasivos adquiridos en la combinación de negocios es de 200.000 y 150.000. El proceso se instrumenta jurídicamente con una fusión por absorción en la que «BETA, SA» es la sociedad adquirida.

.../...

.../...

Se pide:

- 1. Cálculo del fondo de comercio surgido en la combinación de negocios
- 2. Asiento de la absorción de «BETA, SA»
- 3. Cálculo del deterioro del fondo de comercio de los activos y pasivos de «BETA, SA» integrados en «ALFA, SA» al final del año 20X10 a partir de los siguientes datos:
 - La valoración se realiza por descuento de flujos de caja.
 - Los flujos a considerar en cinco años expresados en u.m. son: 15.000, 18.000, 20.000, 21.000, 15.000 y el valor residual de los activos es de 40.000.
 - WACC: 7 por 100.
 - Se estima que el endeudamiento financiero neto al final del año 20X15 será de 35.000 u.m.

Solución

- 1. Cálculo del fondo de comercio surgido en la combinación

Conceptos	Importe
Coste de la combinación de negocios	90.000
Activos identificables y pasivos asumidos (200.000 – 150.000)	50.000
Fondo de comercio	40.000

- 2. Asiento de la absorción de «BETA, SA».

Denominación cuenta	Debe	Haber
Activos identificables	200.000	
Fondo de comercio	40.000	
Pasivos		150.000
Capital y reservas		90.000

- 3. Cálculo del deterioro del fondo de comercio al final del año 20X10 a partir de los siguientes datos:

- La valoración se realiza por descuento de flujos de caja.
- Los flujos a considerar en cinco años expresados en u.m. son: 15.000, 18.000, 20.000, 21.000, 15.000 y el valor residual de los activos es de 40.000 u.m.
- WACC: 7 por 100.
- Se estima que el endeudamiento financiero neto al final del año 20X15 será de 35.000 u.m.
- Para simplificar se supone que no ha variado el valor contable de los activos y los pasivos se mantiene constante.

.../...

.../...

El importe de los flujos de caja más el valor residual actualizados al WACC es el siguiente:

$$\frac{15.000}{1,07} + \frac{18.000}{1,07^2} + \frac{20.000}{1,07^3} + \frac{21.000}{1,07^4} + \frac{15.000}{1,07^5} + \frac{40.000}{1,07^5} = 101.301,59 \text{ €}$$

El valor actual de los activos identificables menos los pasivos asumidos en el momento actual sería:

Conceptos	Importe
Descuentos de flujo actualizados	101.301,59
Endeudamiento financiero neto	-35.000,00
Total	66.301,59

Conceptos	Importe
Valor contable (200.000 + 40.000 - 150.000)	90.000,00
Importe recuperable	66.301,59
Pérdida por deterioro	23.698,41

El registro contable para reflejar el deterioro será:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Pérdidas por deterioro del inmovilizado intangible	23.698,41	
Fondo de comercio		23.698,41

Bibliografía

FERNÁNDEZ, Pablo [2002]: *Valoración de empresas*. Gestión 2000.com.

MARTÍNEZ ABASCAL, Eduardo [2006]: *Finanzas para directivos*. McGraw-Hill.

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

NOTA: Este artículo también ha sido publicado en la *Revista Cefgestión*. CEF. Núm. 140, abril 2010.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

ÁNGEL MONTES CARRILLO

Profesor del CEF

BOICAC núm. 77, marzo 2009. Consulta 2. Balance NECA 6.^a.

SUMARIO:

Sobre la calificación contable a otorgar a unas parcelas rústicas por parte de una promotora inmobiliaria.

Respuesta:

La sociedad consultante, que tiene por objeto social la promoción inmobiliaria y la explotación, compraventa y gravamen de parcelas, así como dar y tomar en arriendo o aparcería rústica industrias agrícolas, ganaderas y forestales, señala que durante el año 2002 adquirió una finca rústica que estaba arrendada a una persona física y que se ha continuado explotando en forma de arrendamiento por la misma persona. Posteriormente fue aprobado un proyecto de reparcelación que permite la inscripción de las parcelas resultantes con sus correspondientes aprovechamientos urbanísticos en el Registro de la Propiedad. Ante esta situación, el consultante pregunta cuál debe ser la clasificación en contabilidad de las parcelas resultantes, sabiendo que en parte serán vendidas y, en parte, serán urbanizadas por la sociedad.

El Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, define las inversiones inmobiliarias –en la quinta parte. Definiciones y relaciones contables, subgrupo 22– como:

«Activos no corrientes que sean inmuebles y que se posean para obtener rentas, plusvalías o ambas, en lugar de para:

- Su uso en la producción o suministro de bienes o servicios, o bien para fines administrativos; o
- Su venta en el curso ordinario de las operaciones.»

Asimismo, en la norma de elaboración de las cuentas anuales 6.^a Balance, apartado 5, incluida en la tercera parte del PGC, se dispone que:

«Los terrenos o construcciones que la empresa destine a la obtención de ingresos por arrendamiento o posea con la finalidad de obtener plusvalías a través de su enajenación, fuera del curso ordinario de sus operaciones, se incluirán en el epígrafe A. III. "Inversiones inmobiliarias" del activo.»

Por ello, la correcta calificación contable a otorgar a las parcelas resultantes del proyecto de reparcelación de la zona dependerá del destino que se dé a las mismas. Es decir, la clasificación como inmovilizado (y dentro de éste, inmovilizado material o inversión inmobiliaria) o como existencias vendrá determinada por la función que cumplan en relación con su participación en el proceso productivo.

Considerando que con carácter general el objeto social de toda empresa inmobiliaria incluirá la venta de estos activos en el curso ordinario de sus operaciones, para el caso concreto de estas empresas, el criterio incluido en el nuevo plan deberá interpretarse en los siguientes términos:

1. Las parcelas resultantes de la actuación administrativa se contabilizarán como existencias si van a estar destinadas a transformarse en disponibilidad financiera a través de la venta como actividad ordinaria de la empresa, y,
2. Pertenerán a la categoría de inversión inmobiliaria si generan rentas derivadas de su alquiler.

Por otra parte, para determinar desde una perspectiva económica si los citados activos han sido, o no, efectivamente destinados al alquiler, será preciso considerar el criterio incluido en la consulta n.º 3 del Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas n.º 52 (BOICAC).

Al amparo del citado criterio, se entiende que si el destino a que se ha hecho referencia anteriormente para calificar los bienes es irrelevante respecto de la utilidad del propio bien, en términos cuantitativos y cualitativos, deberá atenderse a la verdadera naturaleza de la operación, circunstancia que supondrá que aquellos activos destinados a la venta como una parte de la actividad de comercialización propia de la sociedad deberán formar parte, en su caso, de las existencias de las mencionadas empresas, sin que una utilización mínima o accidental deba limitar ni alterar la verdadera calificación que procediera otorgar al bien.

EJEMPLO:

La entidad «AMC», dedicada a la promoción inmobiliaria y a la compraventa y arrendamiento de inmuebles, adquirió el 1 de marzo de 20X3 un terreno por un importe de 1.200.000 euros que se destinará al arrendamiento. En fecha 01/09/20X3 se formaliza un contrato de arrendamiento durante un periodo de 2 años, prorrogable posteriormente por periodos anuales, por un importe de 10.000 euros mensuales.

El 1 de septiembre de 20X5 se rescinde el contrato de arrendamiento en previsión de la aprobación de determinadas actuaciones urbanísticas que pudieran afectar al citado terreno y que pudieran incrementar el valor del mismo.

.../...

.../...

El 1 de mayo del año 20X6 se aprueba por el Ayuntamiento un programa de actuación urbanística que convertirá el citado terreno en urbano. Como consecuencia de la reparcelación, resultarán del citado terreno seis parcelas de iguales medidas que serán destinadas a uso industrial.

Después de un análisis de la situación, la entidad «AMC» decide lo siguiente en relación con las seis parcelas resultantes de la reparcelación:

- Se destinarán a la venta cuatro parcelas, habiéndose iniciado los contactos con un posible comprador interesado en su adquisición con carácter previo a las obras de urbanización. El precio por el que se ofrecen las citadas cuatro parcelas es de 1.500.000 euros.
- Las restantes parcelas se destinarán a la construcción de una nave industrial que se destinará como edificio administrativo de la entidad «AMC».

Además, se pretende la adquisición de una parcela colindante con las dos en las que se va a emplazar la sede administrativa de la entidad y que se destinará a realizar una nave industrial destinada al alquiler. Finalmente, el 1 de junio de 20X6 se adquiere la citada parcela por 300.000 euros.

Se pide:

- a) Contabilizar lo que proceda en relación con la situación resultante de la aprobación del programa de actuación urbanística.
- b) Contabilizar lo que proceda si la entidad «AMC» no se dedica a la actividad inmobiliaria.

Solución:

Apartado a).

En primer lugar, debemos indicar que los terrenos afectados por el programa de actuación urbanística estarían calificados por la entidad «AMC» como inversiones inmobiliarias, dado que estaban destinados al arrendamiento o a la posible obtención de plusvalías.

En consecuencia, en el activo de la entidad «AMC» figurarían los citados terrenos en la cuenta «Inversiones en terrenos y bienes naturales» (220), por un importe de 1.200.000 euros.

Como consecuencia de la reparcelación se va a alterar el destino de los citados terrenos en tanto que de las seis parcelas resultantes cuatro se van a destinar a la venta y dos a la construcción de una nave para su propio uso.

.../...

.../...

De acuerdo con la consulta 2 del BOICAC 77, la correcta calificación contable a otorgar a las **parcelas resultantes del proyecto de reparcelación** de la zona **dependerá del destino que se dé a las mismas**. Es decir, la clasificación como inmovilizado (y dentro de éste, inmovilizado material o inversión inmobiliaria) o como existencias vendrá determinada por la función que cumplan en relación con su participación en el proceso productivo.

Para el caso concreto de las empresas inmobiliarias, el criterio incluido en el nuevo plan deberá interpretarse en los siguientes términos:

1. Las parcelas resultantes de la actuación administrativa **se contabilizarán como existencias si van a estar destinadas a transformarse en disponibilidad financiera a través de la venta como actividad ordinaria de la empresa, y,**
2. Pertenecerán a la categoría de **inversión inmobiliaria si generan rentas derivadas de su alquiler.**

Por otra parte, hay que tener en cuenta lo dispuesto en las consultas 3 del BOICAC 52 y 1 del BOICAC 36, al amparo de las cuales **un elemento del inmovilizado que haya sido objeto de utilización o explotación no se podrá traspasar al grupo de existencias, siempre y cuando la utilización de las mismas no haya sido mínima o accidental**. En definitiva, aquellos activos destinados a la venta como una parte de la actividad de comercialización propia de la sociedad deberán formar parte, en su caso, de las existencias de las mencionadas empresas, sin que una utilización mínima o accidental deba limitar ni alterar la verdadera calificación que procediera otorgar al bien.

De acuerdo con los anteriores criterios administrativos por la operación de reparcelación resultarían las siguientes anotaciones:

- Las parcelas resultantes de la reparcelación que se destinarán a la venta en el curso ordinario de sus operaciones se reclasificarán como existencias. La reclasificación se realizará, de acuerdo con lo dispuesto en la consulta 1 del BOICAC 36 y de la adaptación del PGC del 90, a las empresas inmobiliarias, vigente en lo no contrario al vigente plan, utilizando la cuenta 609 «Transferencia de inmovilizado a existencias». Por consiguiente, en el momento de la reparcelación procedería la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
609	Transferencia de inmovilizado a existencias	800.000	
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales		800.000

No obstante, si se considerase que el periodo que se ha destinado al arrendamiento no determina una utilización mínima o accidental, no se reclasificarían como existencias, registrándose los posibles beneficios obtenidos en la venta en la cuenta (772) «Beneficios procedentes de las inversiones inmobiliarias».

.../...

.../...

- Por las parcelas que se destinarán a la construcción de una nave industrial para su propio uso, que deberán reclasificarse como inmovilizado material:

Código	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	400.000	
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales		400.000

- Por la adquisición de la parcela que se destinará a construir una nave para su posterior alquiler:

Código	Cuenta	Debe	Haber
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales	300.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		300.000

Apartado b).

- Por las parcelas que se destinarán a la venta, si se considera que se cumplen los requisitos establecidos en la Norma de Registro y Valoración 7.^a del PGC, procederá reclasificarlas como activos no corrientes mantenidos para la venta:

Código	Cuenta	Debe	Haber
580	Inmovilizado	800.000	
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales		800.000

- Por las parcelas que se destinarán a la construcción de una nave industrial para su propio uso, que deberá reclasificarse como inmovilizado material:

Código	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	400.000	
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales		400.000

- Por la adquisición de la parcela que se destinará a construir una nave para su posterior alquiler:

Código	Cuenta	Debe	Haber
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales	300.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		300.000

BOICAC núm. 79, septiembre 2009. Consulta 4. Operaciones entre empresas del grupo, NRV n.º 21. Condonación de créditos y débitos.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de la condonación de créditos/débitos entre empresas del mismo grupo.

Respuesta:

La presente contestación se realiza desde una perspectiva estrictamente contable, sin entrar a valorar el fondo jurídico de la operación, dado que este Instituto carece de competencias para realizar pronunciamientos de naturaleza mercantil.

En particular, la consulta versa sobre el tratamiento contable de la citada condonación en los siguientes supuestos:

a) Condonación de un crédito concedido por una sociedad dependiente a otra sociedad dependiente.

El Plan General de Contabilidad (PGC 2007), aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, regula las operaciones entre empresas del grupo en la norma de registro y valoración (NRV) 21.^a, señalando que salvo las operaciones descritas en su apartado 2 (aportaciones no dinerarias de un negocio, operaciones de fusión y escisión), se contabilizarán de acuerdo con las normas generales con independencia del grado de vinculación entre las empresas participantes.

De acuerdo con el artículo 1.187 del Código Civil, la condonación está sometida a los preceptos que rigen las donaciones. En consecuencia, el tratamiento contable de la operación que se consulta será el previsto en la NRV 18.^a del PGC 2007, que a su vez establece un criterio general y otro especial para las donaciones otorgadas por los socios o propietarios.

La cuestión a dilucidar es si esta regla debe limitarse a las relaciones o vinculaciones directas socio-sociedad, en cuyo caso las condonaciones entre sociedades dependientes deberían seguir la regla general o, por el contrario, la solución contable regulada en la NRV 18.^a 2 puede extenderse a todas las operaciones acordadas entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo, cuando el importe acordado difiere del valor razonable.

Tal y como se indica en la introducción del PGC 2007, el fondo, económico y jurídico de las operaciones, o prevalencia del fondo sobre la forma incluido en el apartado 1 del Marco Conceptual de la Contabilidad (MCC) constituye la piedra angular que sustenta el tratamiento contable de las transacciones, de tal suerte que su contabilización responda y muestre la sustancia económica y no sólo la forma jurídica utilizada para instrumentarlas. Este principio, recogido en el apartado 1 del MCC, así como la definición de los elementos incluidos en las cuentas anuales, en particular, la definición de patrimonio neto y de gasto e ingreso, son los que dan sustento a la regla especial de la NRV 18.^a 2.

Cuando el desplazamiento patrimonial sin contraprestación se produce entre dos sociedades dependientes, no cabe duda de que está presente la misma razón o causa que justifica el tratamiento contable regulado en la NRV 18.^a 2, siempre y cuando el desplazamiento se realice en términos de proporción a su participación respectiva. En consecuencia, este Instituto considera que el registro de ambas operaciones debe ser coincidente con las necesarias adaptaciones en función de la dirección en que se materialice el citado desplazamiento.

En definitiva, la realidad económica en este tipo de transacciones, tal y como precisa el PGC 2007 para el supuesto dominante-dependiente, 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 (de forma equivalente a lo que sucede en las ampliaciones de capital por compensación de créditos). En definitiva, una solución contable similar a la recogida en la regla especial de la NRV 18.^a 2.

En consecuencia, de acuerdo con todo lo anterior, por aplicación analógica de la regla especial incluida en el apartado 2 de la NRV 18.^a, la condonación de un crédito por parte de una sociedad dependiente a otra sociedad dependiente debe registrarse por la sociedad donataria directamente en los fondos propios en el epígrafe A-1.VI «Otras aportaciones de socios».

La sociedad donante registrará la operación con cargo a una cuenta de reservas y dará de baja el crédito por su valor en libros.

No obstante, cuando existan otros socios de las sociedades dependientes, si la distribución/recuperación y la posterior aportación se realiza en una proporción superior a la que le correspondería por su participación efectiva, el exceso sobre dicha participación se contabilizará de acuerdo con los criterios generales, tal y como se precisa en la citada letra b). Es decir, un gasto para la sociedad donante y un ingreso para la donataria. En la medida en que esta condonación sea de carácter excepcional y cuantía significativa, deberá registrarse como un gasto e ingreso excepcional en la partida de «Otros resultados» que ha de crearse formando parte del resultado de la explotación de acuerdo con la norma 7.^a de elaboración de las cuentas anuales del PGC 2007.

b) Condonación de un crédito concedido por una sociedad dependiente a la sociedad dominante.

Aplicando el razonamiento expuesto en el apartado anterior, si la condonación se realiza a favor de la sociedad dominante, la baja del derecho de crédito se realizará con cargo a una cuenta de

reservas de la sociedad dependiente, salvo que, existiendo otros socios de la sociedad dominada el reparto, se realice en una proporción superior a la que le correspondería por su participación efectiva. El exceso sobre dicha participación se contabilizará de acuerdo con la regla general incluida en la norma primera apartado 1.2 b) de la Resolución de 30 de julio de 1991, del ICAC, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado material, que se considera expresamente en vigor al amparo de lo previsto en la disposición transitoria quinta «Desarrollos normativos en materia contable» del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

La sociedad dominante 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.

Sin embargo, en el supuesto de que existiendo otros socios de las sociedades dependientes el reparto 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 indicados en la letra a) de la presente contestación.

EJEMPLO 1:

La sociedad «DEPENDIENTE 1» concede un préstamo a la sociedad «DEPENDIENTE 2» con las siguientes características:

Fecha de concesión: 30 de junio de 2009.

Nominal: 200.000 euros.

Amortización: 6 pagos semestrales de igual importe.

Tipo de interés: 3% efectivo semestral.

El día 1 de julio de 2010 acuerdan la condonación total del préstamo concedido.

Se pide:

Contabilizar las operaciones anteriores en ambas sociedades, teniendo en cuenta que las dos son filiales al 100% de la sociedad «DOMINANTE, SA».

Solución:

Cálculos previos:

La semestralidad que amortiza el préstamo será:

$$200.000 = a \times a_{67,0,03} \rightarrow a = 36.919,50$$

.../...

.../...

Cuadro de amortización.

N.º de cuota	Capital vivo	Intereses	Amortización	Pago/Cobro
1	200.000,00	6.000,00	30.919,50	36.919,50
2	169.080,50	5.072,41	31.847,09	36.919,50
3	137.233,41	4.117,00	32.802,50	36.919,50
4	104.430,92	3.132,93	33.786,57	36.919,50
5	70.644,34	2.119,33	34.800,17	36.919,50
6	35.844,17	1.075,33	35.844,17	36.919,50

SOCIEDAD «DEPENDIENTE 1» (prestamista).

30 de junio de 2009. Concesión del préstamo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	137.233,41	
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	62.766,59	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		200.000,00

30 de diciembre de 2009. Devengo de intereses y cobro de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo	6.000,00	
762	Ingresos de créditos		6.000,00

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	36.919,50	
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo		6.000,00
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		30.919,50

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	32.802,50	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		32.802,50

30 de junio de 2010. Devengo de intereses y cobro de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo	5.072,41	
762	Ingresos de créditos		5.072,41

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	36.919,50	
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo		5.072,41
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		31.847,09

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	34.800,17	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		34.800,17

1 de julio de 2010. Condonación del préstamo.

De acuerdo con la contestación a la consulta número 4 del BOICAC 79, se trata de dilucidar si el criterio establecido por la NRV 18.^a 2 para transacciones socio-sociedad es aplicable a todas las operaciones acordadas entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo, cuando el importe acordado difiere del valor de mercado.

En este sentido, debe ser el fondo económico y jurídico de las operaciones el que sustente el tratamiento contable de las transacciones y, en opinión del ICAC, no cabe duda de que en un desplazamiento patrimonial sin contraprestación entre sociedades dependientes está presente la misma razón que justifica el tratamiento de la mencionada NRV 18.^a 2, siempre y cuando el desplazamiento se realice en términos de proporción a su participación respectiva. En consecuencia, el tratamiento contable debe ser coincidente, para ambos casos, con las necesarias adaptaciones en función de la dirección en que se materialice el citado desplazamiento.

En definitiva, la realidad de la operación pone de manifiesto que la sociedad «DOMINANTE» acuerda la recuperación de la inversión o distribución de fondos propios materializada en el préstamo de la sociedad «DEPENDIENTE 1», para «aportar» este crédito a la sociedad «DEPENDIENTE 2».

Por todo ello, la sociedad «DEPENDIENTE 1» dará de baja el crédito por su valor en libros con cargo a una cuenta de reservas, y la sociedad «DEPENDIENTE 2» registrará la aportación directamente en los fondos propios en el epígrafe A-1.VI «Otras aportaciones de socios».

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	137.233,41	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		70.644,34
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		66.589,07

SOCIEDAD «DEPENDIENTE 2» (prestataria).

30 de junio de 2009. Obtención del préstamo.

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	200.000	
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo		137.233,41
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		62.766,59

30 de diciembre de 2009. Devengo de intereses y pago de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	6.000,00	
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo		6.000,00

Código	Cuenta	Debe	Haber
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo	6.000,00	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	30.919,50	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		36.919,50

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo	32.802,50	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		32.802,50

30 de junio de 2010. Devengo de intereses y pago de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	5.072,41	
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo		5.072,41

Código	Cuenta	Debe	Haber
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo	5.072,41	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	31.847,09	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		36.919,50

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo	33.786,57	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		33.786,57

1 de julio de 2010. Condonación del préstamo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo	70.644,34	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	66.589,07	
118	Aportaciones de socios o propietarios		137.233,41

EJEMPLO 2:

La sociedad «DEPENDIENTE 1» concede un préstamo a la sociedad «DEPENDIENTE 2» con las siguientes características:

Fecha de concesión: 30 de junio de 2009.

Nominal: 200.000 euros.

Amortización: 6 pagos semestrales de igual importe.

Tipo de interés: 3% efectivo semestral.

El día 1 de julio de 2010 acuerdan la condonación total del préstamo concedido.

Se pide:

Contabilizar las operaciones anteriores en ambas sociedades teniendo en cuenta que las dos son filiales al 90% de la sociedad «DOMINANTE, SA».

Solución:

Cálculos previos:

La semestralidad que amortiza el préstamo será:

$$200.000 = a \times a_{6, 0,03} \rightarrow a = 36.919,50$$

Cuadro de amortización.

N.º de cuota	Capital vivo	Intereses	Amortización	Pago/Cobro
1	200.000,00	6.000,00	30.919,50	36.919,50
2	169.080,50	5.072,41	31.847,09	36.919,50
3	137.233,41	4.117,00	32.802,50	36.919,50
4	104.430,92	3.132,93	33.786,57	36.919,50
5	70.644,34	2.119,33	34.800,17	36.919,50
6	35.844,17	1.075,33	35.844,17	36.919,50

SOCIEDAD «DEPENDIENTE 1» (prestamista).

30 de junio de 2009. Concesión del préstamo.

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	137.233,41	
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	62.766,59	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		200.000,00

30 de diciembre de 2009. Devengo de intereses y cobro de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo	6.000,00	
762	Ingresos de créditos		6.000,00

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	36.919,50	
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo		6.000,00
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		30.919,50

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	32.802,50	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		32.802,50

30 de junio de 2010. Devengo de intereses y cobro de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo	5.072,41	
762	Ingresos de créditos		5.072,41

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	36.919,50	
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo		5.072,41
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		31.847,09

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	34.800,17	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		34.800,17

1 de julio de 2010. Condonación del préstamo.

En este caso, dado que la distribución/recuperación y la posterior aportación se realizan en una proporción superior a la que les correspondería por su participación efectiva, el exceso sobre dicha participación se contabilizará de acuerdo con los criterios generales, es decir, un gasto para la sociedad «DEPENDIENTE 1» (donante) y un ingreso para la sociedad «DEPENDIENTE 2» (donataria).

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias (137.233,41 × 90%)	123.510,07	
678	Gastos excepcionales. Donaciones (137.233,41 × 10%)	13.723,34	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		70.644,34
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		66.589,07

SOCIEDAD «DEPENDIENTE 2» (prestataria)

30 de junio de 2009. Obtención del préstamo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	200.000,00	
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo		137.233,41
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		62.766,59

30 de diciembre de 2009. Devengo de intereses y pago de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	6.000,00	
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo		6.000,00

Código	Cuenta	Debe	Haber
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo	6.000,00	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	30.919,50	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		36.919,50

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo	32.802,50	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		32.802,50

30 de junio de 2010. Devengo de intereses y pago de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	5.072,41	
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo		5.072,41

Código	Cuenta	Debe	Haber
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo	5.072,41	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	31.847,09	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		36.919,50

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo	33.786,57	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		33.786,57

1 de julio de 2010. Condonación del préstamo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo	70.644,34	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	66.589,07	
118	Aportaciones de socios o propietarios (137.233,41 × 90%)		123.510,07
778	Ingresos excepcionales. Donaciones (137.233,41 × 10%)		13.723,34

EJEMPLO 3:

La sociedad «DEPENDIENTE» concede un préstamo a la sociedad «DOMINANTE» con las siguientes características:

Fecha de concesión: 30 de junio de 2009.

Nominal: 200.000 euros.

Amortización: 6 pagos semestrales de igual importe.

Tipo de interés: 3% efectivo semestral.

El día 1 de julio de 2010 acuerdan la condonación total del préstamo concedido.

Se pide:

Contabilizar las operaciones anteriores en ambas sociedades teniendo en cuenta que la sociedad «DOMINANTE» posee el 90% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE».

Solución:

Cálculos previos:

La semestralidad que amortiza el préstamo será:

$$200.000 = a \times a_{6|0,03} \rightarrow a = 36.919,50$$

.../...

.../...

Cuadro de amortización.

N.º de cuota	Capital vivo	Intereses	Amortización	Pago/Cobro
1	200.000,00	6.000,00	30.919,50	36.919,50
2	169.080,50	5.072,41	31.847,09	36.919,50
3	137.233,41	4.117,00	32.802,50	36.919,50
4	104.430,92	3.132,93	33.786,57	36.919,50
5	70.644,34	2.119,33	34.800,17	36.919,50
6	35.844,17	1.075,33	35.844,17	36.919,50

SOCIEDAD «DEPENDIENTE» (prestamista)

30 de junio de 2009. Concesión del préstamo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	137.233,41	
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	62.766,59	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		200.000,00

30 de diciembre de 2009. Devengo de intereses y cobro de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo	6.000,00	
762	Ingresos de créditos		6.000,00

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	36.919,50	
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo		6.000,00
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		30.919,50

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	32.802,50	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		32.802,50

30 de junio de 2010. Devengo de intereses y cobro de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo	5.072,41	
762	Ingresos de créditos		5.072,41

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	36.919,50	
5343	Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo		5.072,41
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		31.847,09

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	34.800,17	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		34.800,17

1 de julio de 2010. Condonación del préstamo.

Aquí se trata de la condonación de un préstamo a favor de la sociedad dominante, por lo que la baja del crédito se realizará igualmente con cargo a una cuenta de reservas de la sociedad dependiente, salvo por la parte correspondiente al exceso sobre su participación efectiva, que se reflejará de acuerdo con la regla general incluida en la norma primera apartado 1.2 b) de la Resolución de 30 de julio de 1991, del ICAC.

Por su parte, la sociedad dominante cancelará la deuda con abono a una cuenta representativa del fondo económico de la operación, que podrá ser la distribución de un resultado (ingreso) o la recuperación de la inversión (menor valor de la participación), en función de la evolución experimentada por los fondos propios de la participada desde la fecha de adquisición.

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias (137.233,41 × 90%)	123.510,07	
678	Gastos excepcionales. Donaciones (137.233,41 × 10%)	13.723,34	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		70.644,34
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		66.589,07

SOCIEDAD «DOMINANTE» (prestataria).

30 de junio de 2009. Obtención del préstamo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	200.000	
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo		137.233,41
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		62.766,59

30 de diciembre de 2009. Devengo de intereses y pago de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	6.000,00	
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo		6.000,00

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo	6.000,00	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	30.919,50	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		36.919,50

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo	32.802,50	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		32.802,50

30 de junio de 2010. Devengo de intereses y pago de la semestralidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	5.072,41	
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo		5.072,41

Código	Cuenta	Debe	Haber
5143	Intereses a corto plazo de deudas, empresas del grupo	5.072,41	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	31.847,09	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		36.919,50

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo	33.786,57	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		33.786,57

1 de julio de 2010. Condonación del préstamo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo, empresas del grupo	70.644,34	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	66.589,07	
790	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio (137.233,41 × 90%)		123.510,07
778	Ingresos excepcionales. Donaciones (137.233,41 × 10%)		13.723,34

SEGUNDO EJERCICIO PARA EL INGRESO EN CUERPO DE GESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ESPECIALIDAD AUDITORÍA Y CONTABILIDAD)

SECOND EXAM TO ENTER THE MANAGEMENT BODY OF THE SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION (SPECIALITY IN AUDIT AND ACCOUNTING)

ELENA GÓMEZ DÍAZ

ÁNGEL MONTES CARRILLO

Profesores del CEF

[Segundo ejercicio para el ingreso en el Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social, especialidad de Auditoría y Contabilidad, convocada por Orden de 4 de junio de 2009 (BOE del 15)].

Sumario

- Caso 1. Apartado A: Contabilidad financiera.** Derechos de traspaso, amortizaciones y provisión para desmantelamiento.
- Apartado B: Contabilidad de sociedades.** Fusión por absorción. Efecto fiscal. Reparto del beneficio.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Moneda extranjera: clientes, préstamos, existencias, instrumentos financieros a valor razonable con cambios a pérdidas y ganancias, instrumentos financieros a valor razonable con cambios a patrimonio neto.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Formulación del estado de cambios en el patrimonio neto.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

INVERSIONES DIVERSAS: OPERACIONES VARIAS Y FUSIÓN DE SOCIEDADES

ENUNCIADO

APARTADO A. OPERACIONES VARIAS

La empresa de restauración «GIMOS, SA» traspasa, el 1 de enero de 2X10, uno de sus restaurantes a la cadena «VISPA, SA» por un importe de 97.500 euros.

El anterior arrendatario «GIMOS» dispone de un contrato de arrendamiento del local donde se halla situado el restaurante con una duración restante de 20 años, situación a la que queda subrogada la empresa adquirente.

En 1 de enero de 2X10, «VISPA» satisface por las instalaciones, propiedad de «GIMOS, SA», 351.000 euros, al contado; vida útil restante, 20 años, coincidente con el periodo de arrendamiento.

Se acometen reformas en las instalaciones, consideradas necesarias para mejorar la prestación de servicios de restauración, habiendo satisfecho «VISPA», al término del periodo de reformas, con fecha 1 de julio de 2X10, 78.000 euros, iniciándose la actividad de restauración a partir de la fecha citada.

«VISPA» construye una carpa en unos jardines del municipio de LAGRASSE para prestar servicios de restauración a lo largo de varios años. El valor de la instalación de la carpa es de 40.000 euros, satisfechos al contado a la fecha de entrada en funcionamiento, 1 de julio de 2X10.

En relación con la carpa instalada, conforme a los compromisos contraídos con el ayuntamiento, se establece un periodo de explotación de 10 años, contados desde la fecha de entrada en funcionamiento. Por otro lado, «VISPA» debe hacerse cargo de las obras de desmantelamiento de la carpa, estimándose como importe del pago a realizar al término de los 10 años, 32.577,893 euros (en la estimación del importe futuro del pago por el desmantelamiento, se ha considerado como tipo de interés la tasa de actualización, 5% anual).

Considérese el IVA correspondiente, incrementándose el valor de la operación.

SE PIDE:

- I. Contabilización de las operaciones realizadas por «VISPA» y lo que proceda al término del ejercicio 2X10. Los cobros y pagos se realizan a través del empleo de tarjetas y transferencias bancarias.

II. Descripción de los saldos de las inversiones no corrientes y posibles pasivos al término de los ejercicios 2X10 y 2X11.

APARTADO B. FUSIÓN POR ABSORCIÓN

Con fecha 1 de julio de 2X10 se lleva a cabo la operación de fusión por absorción de la sociedad «NARBONNE, SA» por «CARCASSONNE, SA».

Se presentan los balances de ambas sociedades al 1 de julio de 2X10 en euros:

«CARCASSONNE, SA»			
Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Terrenos y bienes naturales	30.000	Capital social	60.000
Construcciones	60.000	Reserva legal	6.000
Mobiliario	20.000	Reservas voluntarias	30.000
Amortización acumulada inm. material	-10.000	Pérdidas y Ganancias (30-06-2X10)	12.400
Activos financieros disponibles para la venta	25.000	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	24.000
Existencias	8.000	Proveedores	12.000
Clientes	4.000	Hacienda Pública acreedor por el Impto.	
Efectivo – Bancos c.c.	11.000	Sociedades	3.600
Total	148.000	Total	148.000

«NARBONNE, SA»			
Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Terrenos y bienes naturales	8.000	Capital social	15.000
Construcciones	20.000	Reserva legal	3.000
Mobiliario	7.000	Reservas voluntarias	12.000
Amortización acumulada inm. material	-5.000	Pérdidas y Ganancias (30-06-2X10)	2.800
Activos financieros de negociación	3.000	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	9.000
Existencias	5.000	Proveedores	4.000
Clientes	1.000	Hacienda Pública acreedor por el Impto.	
Efectivo – Bancos c.c.	8.000	Sociedades	1.200
Total	47.000	Total	47.000

Información adicional relativa a la sociedad absorbida («NARBONNE, SA»):

- a) El valor razonable de los terrenos al 1 de julio de 2X10 es de 11.600 euros.

- b) El valor razonable de construcciones al 1 de julio de 2X10 es de 22.400 euros [valor bruto actualizado, 28.000 euros y amortización acumulada actualizada, 5.600 euros (en base histórica, 4.000 euros)]. La vida útil restante, desde el 1 de julio de 2X10, es de 40 años.
- c) El resto de los activos y pasivos se encuentran valorados por sus valores actuales coincidentes con los contables.
- d) Considérese como tipo de gravamen por el Impuesto sobre Sociedades el actualmente vigente.

Acuerdan en el ámbito de la combinación de negocios valorar a las empresas de la sociedad «NARBONNE, SA» en 44.800 euros.

La sociedad absorbente, «CARCASSONNE, SA», ofrece a los accionistas de «NARBONNE, SA» 4.000 acciones nuevas emitidas por la absorbente, de valor nominal de 10 euros, con una prima de emisión de 1,20 euros. La ampliación de capital realizada por «CARCASSONNE» se realiza ante notaría en 1 de julio de 2X10.

El 10 de julio de 2X10 «CARCASSONNE» inscribe la escritura pública de la combinación de negocios y de la ampliación de capital en el Registro Mercantil de Pamplona. Los gastos incurridos en concepto de servicios prestados por auditores y peritos, 11.000 euros; en concepto de gastos notariales e inscripción en el registro mercantil de la combinación de negocios, 5.000 euros, de los cuales corresponden a la ampliación de capital, 3.000 euros.

El resultado generado por la sociedad absorbente en el ejercicio 2X10, antes de impuestos, es de 32.000 euros; en la determinación del resultado mencionado no se ha tenido en cuenta la información acerca de los valores actuales de los activos financieros disponibles para la venta y de negociación, que al 31 de diciembre de 2X10, son de 22.000 y 3.500 euros, respectivamente.

En las operaciones que proceda, considérese, además, el IVA.

SE PIDE:

- I. Contabilización de las operaciones derivadas de la fusión por absorción de las empresas de «NARBONNE SA», en la sociedad absorbente, «CARCASSONNE, SA».
- II. Formulación del balance de «CARCASSONNE, SA» tras el proceso de absorción, al 10 de julio de 2X10, contemplando sólo los bloques relativos al activo NO corriente, patrimonio neto y pasivo NO corriente.
- III. En 10 de mayo de 2X11 se distribuye el resultado neto generado por «CARCASSONNE, SA» en el ejercicio 2X10, con la propuesta que conlleve el dividendo máximo, procedente de dicho resultado.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

APARTADO A. OPERACIONES VARIAS

I. Contabilización de las operaciones realizadas por «VISPA» y lo que proceda al término del ejercicio 2X10. Los cobros y pagos se realizan a través del empleo de tarjetas y transferencias bancarias.

1 de enero de 2X10.

Por la obtención de los derechos de traspaso:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
205	Derechos de traspaso	97.500	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	15.600	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		113.100

Por la adquisición de las instalaciones:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
215	Otras instalaciones	351.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	56.160	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		407.160

1 de julio de 2X10.

Por la reforma de las instalaciones, respecto a la que el Plan General de Contabilidad (PGC) señala en la norma de registro y valoración (NRV) 3.^a apartado h):

«En los acuerdos que, de conformidad con la norma relativa a arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar, deban calificarse como arrendamientos operativos, las inversiones realizadas por el arrendatario que no sean separables del activo arrendado o cedido en uso, se contabilizarán como inmovilizados materiales cuando cumplan la definición de activo. La amortización de estas inversiones se realizará en función de su vida útil que será la duración del contrato de arrendamiento o cesión –incluido el periodo de renovación cuando existan evidencias que soporten que la misma se va a producir–, cuando ésta sea inferior a la vida económica del activo.»

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
215	Otras instalaciones	78.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	12.480	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		90.480

Por la instalación de la carpa en los jardines del municipio:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
219	Otro inmovilizado material	40.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	6.400	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		46.400

Los gastos de desmantelamiento de la carpa, previstos para dentro de diez años ascenderán a 32.577,893. El valor actual de esta cuantía descontado al 5% es:

$$32.577,893 \times 1,05^{-10} = 20.000$$

La NRV 2.^a del PGC sobre inmovilizado material establece que el valor actualizado de los costes de desmantelamiento es mayor importe del inmovilizado, por lo que el asiento a realizar es:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
219	Otro inmovilizado material	20.000	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado		20.000

31 de diciembre de 2X10

La fecha en la que todos los activos inician su contribución a generar ingresos con regularidad –fecha de entrada en funcionamiento– es el 1 de julio, por lo que la que es la fecha de comienzo de amortización.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	14.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		14.000

Otras instalaciones ($351.000 \times 0,5/19,5$)	9.000
Otras instalaciones ($78.000 \times 0,5/19,5$)	2.000
Carpa ($60.000/10 \times 6/12$)	3.000
Total	14.000

Por la amortización de los derechos de traspaso:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible	2.500	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible ($97.500 \times 0,5/19,5$)		2.500

Por la actualización de la provisión de desmantelamiento:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones ($20.000 \times 5\% \times 6/12$)	500	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado		500

II. Descripción de los saldos de las inversiones no corrientes y posibles pasivos al término de los ejercicios 2X10 y 2X11.

31 de diciembre de 2X10.

Activo	Importe	Pasivo	Importe
ACTIVO NO CORRIENTE		PASIVO NO CORRIENTE	
Derechos de traspaso ($97.500 - 2.500$)	95.000	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado	20.500
Instalaciones técnicas ($351.000 + 78.000 - 11.000$)	418.000		
Otro inmovilizado material ($60.000 - 3.000$)	57.000		

31 de diciembre de 2X11.

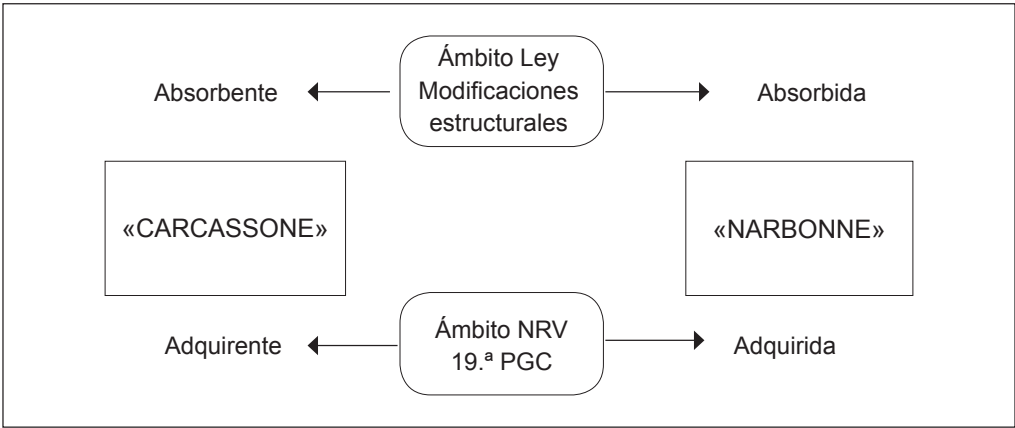
Activo	Importe	Pasivo	Importe
ACTIVO NO CORRIENTE		PASIVO NO CORRIENTE	
Derechos de traspaso ($97.500 - 7.500$)	90.000	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado	21.525
Instalaciones técnicas ($351.000 + 78.000 - 33.000$)	396.000		
Otro inmovilizado material ($60.000 - 9.000$)	51.000		

APARTADO B. FUSIÓN POR ABSORCIÓN

I. Contabilización de las operaciones derivadas de la fusión por absorción de las empresas «NARBONNE, SA» en la sociedad absorbente «CARCASSONNE, SA».

Cálculos extracontables.

El diagrama de la operación es el siguiente:



El coste de la combinación de negocios es:

Conceptos	Importe
Valor contraprestación entregada (4.000 acciones × 11,2)	44.800
Asesores legales y expertos (1) (11.000 + 2.000)	13.000
Coste de la combinación de negocios	57.800

(1) El PGC señala en la NRV 19.ª lo siguiente:

«Cualquier coste directamente atribuible a la combinación, como los honorarios abonados a asesores legales u otros profesionales que intervengan en la operación ...»

Al señalar el enunciado que de los costes de notaría y registro corresponden a la ampliación 3.000 u.m., el resto hasta 5.000 u.m., es decir, 2.000 serán gastos directos relacionados con la combinación de negocios por lo que forma parte del coste de la misma, además de las 11.000 u.m. de auditores y peritos.

El valor razonable de los activos identificables y de los pasivos de la sociedad adquirida «NARBONNE» es:

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Terrenos y bienes naturales	11.600	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	9.000
Construcciones	22.400	Proveedores	4.000
Mobiliario	6.000	Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades	1.200
		.../...	

.../...			
Activos financieros cartera de negociación	3.000	Pasivos por diferencias temporarias imponibles terrenos (1)	1.080
Existencias	5.000		
Clientes	1.000	Pasivos por diferencias temporarias imponibles construcciones (2)	1.920
Bancos	8.000		
Total	57.000	Total	17.200
Valor activos netos = 57.000 – 17.200 = 39.800			

(1)

Conceptos	Importe
Valor razonable	11.600
Base fiscal	8.000
Diferencia temporaria imponible	3.600
Pasivos por diferencias temporarias imponibles (3.600 × 30%)	1.080

(2)

Conceptos	Importe
Valor razonable	22.400
Base fiscal (20.000 – 4.000)	16.000
Diferencias temporarias imponibles	6.400
Pasivos por diferencias temporarias imponibles (6.400 × 30%)	1.920

Los cálculos anteriores también se pueden hacer como sigue:

Conceptos	Importe
Capital social	15.000
Reserva legal	3.000
Reservas voluntarias	12.000
Pérdidas y ganancias	2.800
Total patrimonio neto	32.800
+/- Ajustes	
Terrenos	3.600
Pasivos diferencias temporarias imponibles terrenos	-1.080
Construcciones	6.400
Pasivos por diferencias temporarias imponibles	-1.920
Valor razonable activos identificables menos pasivos asumidos	39.800

A partir de los datos anteriores se obtiene el fondo de comercio surgido en la combinación:

Conceptos	Importe
Coste de la combinación de negocios	57.800
Valor activos identificables y pasivos asumidos	39.800
Fondo de comercio	18.000

El número de acciones a emitir lo proporciona directamente el enunciado del ejercicio (4.000 acciones $\times$ 11,2).

Los registros contables en la sociedad absorbente «CARCASSONNE, SA» son los siguientes:

Por la apertura de la contabilidad:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
–	Cuentas deudoras	158.000	
–	Cuentas acreedoras		158.000

Por la emisión de las acciones:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas (4.000 acciones $\times$ 11,2)	44.800	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		44.800

Por la recepción del patrimonio de la sociedad absorbida «NARBONNE, SA», que al tratarse de la sociedad adquirida se incorpora a valor razonable y por el pago de los gastos asociados a la combinación de negocios y teniendo en cuenta que la adquisición a título universal es una operación no sujeta a IVA ¹:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
204	Fondo de comercio	18.000	
210	Terrenos y bienes naturales	11.600	
211	Construcciones	22.400	
			.../...

¹ Artículo 7.º *Operaciones no sujetas al impuesto.*

No estarán sujetas al impuesto:

1.º Las siguientes transmisiones de bienes y derechos:

- La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo realizada en favor de un solo adquirente, cuando éste continúe el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente.
- La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial del sujeto pasivo o de los elementos patrimoniales afectos a una o varias ramas de la actividad empresarial del transmitente, en virtud de las operaciones a que se refiere el artículo 1 de la Ley 29/1991), de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, siempre que las operaciones tengan derecho al régimen tributario regulado en el Título Primero de la citada ley.

...	...		
216	Mobiliario	6.000	
540	Activos financieros cartera de negociación	3.000	
3	Existencias	5.000	
430	Clientes	1.000	
572	Bancos	8.000	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		9.000
400	Proveedores		4.000
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		1.200
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles terrenos		1.080
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles construcciones		1.920
5530	Socios de sociedad disuelta		44.800
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		13.000

El abono de bancos corresponde a los costes de la combinación que han sido satisfechos y que también se podrían haber contabilizado de forma independiente con cargo al fondo de comercio.

Por la entrega de las acciones emitidas por «CARCASSONNE, SA» a los accionistas de «NARBONNE, SA»:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
5530	Socios de sociedad disuelta	44.800	
190	Acciones o participaciones emitidas		44.800

Por la inscripción en el registro mercantil de la fusión:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	44.800	
100	Capital social (4.000 × 10)		40.000
110	Prima de emisión o asunción (4.000 × 1,2)		4.800

Por los gastos de la ampliación de capital:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	3.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		3.000

II. Formulación del balance de «CARCASSONNE, SA» tras el proceso de absorción, al 10 de julio de 2X10, contemplando sólo los bloques relativos al activo no corriente, patrimonio neto y pasivo no corriente.

Aunque el enunciado señala la realización de algunas masas patrimoniales, a efectos de solución se realiza el balance completo:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
ACTIVO NO CORRIENTE		PATRIMONIO NETO	
Fondo de comercio	18.000	Capital social (60.000 + 40.000)	100.000
Terrenos y bienes naturales (30.000 + 11.600)	41.600	Prima de emisión o asunción	4.800
Construcciones (60.000 – 22.400)	82.400	Reserva legal	6.000
Mobiliario (20.000 + 6.000)	26.000	Reservas voluntarias (30.000 – 3.000)	27.000
Amortización acumulada del inmovili- zado material	–10.000	Resultado del ejercicio	12.400
Activos financieros disponibles para la venta	25.000	PASIVO NO CORRIENTE	
ACTIVO CORRIENTE		Deudas a largo plazo con entidades de crédito (24.000 + 9.000)	33.000
Existencias (8.000 + 5.000)	13.000	Pasivos por diferencias temporarias imponibles terrenos	1.080
Clientes (4.000 + 1.000)	5.000	Pasivos por diferencias temporarias imponibles construcciones	1.920
Bancos (11.000 + 8.000 – 13.000 – 3.000)	3.000	PASIVO CORRIENTE	
Activos financieros cartera negociación	3.000	Proveedores (12.000 + 4.000)	16.000
		Hacienda Pública, acreedora por impues- to sobre sociedades (3.600 + 1.200)	4.800
	207.000		207.000

III. En 10 de mayo se distribuye el resultado neto generado por «CARCASSONNE, SA» en el ejercicio 2X10, con la propuesta que conlleve el dividendo máximo, procedente de dicho resultado.

El ajuste de la cartera de negociación no tiene incidencia fiscal porque tributa y es el siguiente:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
54	Activos financieros cartera de negociación	500	
7630	Beneficios de cartera de negociación		500

También debería ajustarse la cartera de disponible para la venta desde el punto de vista contable aunque fiscalmente no tiene incidencia y por ello se omiten los asientos.

Por tanto, el beneficio antes de impuestos del año 2X10:

$$32.000 + 500 = 32.500$$

La liquidación del impuesto sobre sociedades del año 2X10 es la siguiente:

Beneficio antes de impuestos	32.500
+/- Ajuste	
Amortización del edificio (1)	80
	.../...

.../...	
Base imponible	32.580
Tipo de gravamen	30%
Cuota íntegra	9.774
Deducciones y bonificaciones	0
Cuota líquida	9.774
Retenciones y pagos a cuenta	0
Cuota diferencial	9.774

(1) Desde que se empieza la amortización se produce la reversión de Pasivos por diferencias temporarias imponibles construcciones. Los cálculos son los siguiente:

Conceptos	Importe
Gastos contable por amortización [(22.400/40) × 6/12]	280
Gastos fiscal por amortización [(16.000/40) × 6/12]	200
Ajuste positivo	80
Reversión pasivos por diferencias temporarias imponibles (80 × 30%)	24

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	9.774	
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		9.774

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles construcciones (80 × 30%)	24	
6301	Impuesto diferido		24

Resultado de la sociedad en 2X10 = 32.500 – 9.774 + 24 = 22.750

Por la distribución del resultado el día 11 de mayo de 2X11:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	22.750	
112	Reserva legal (1)		2.275
1143	Reserva por fondo de comercio (2)		900
526	Dividendo activo a pagar (2)		19.575

(1)

La dotación de la reserva legal está descrita en el artículo 214 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) según el cual:

- $20\% \text{ Capital social} = 20\% \times 100.000 = 20.000$
- Reserva legal actual: 6.000
- Dotación del ejercicio: $22.750 \times 10\% = 2.275$

(2)

El artículo 213.4 de TRLSA indica:

«En cualquier caso, deberá dotarse una reserva indisponible equivalente al fondo de comercio que aparezca en el activo del balance, destinándose a tal efecto una cifra del beneficio que represente, al menos, un 5 por 100 del importe del citado fondo de comercio. Si no existiera beneficio, o éste fuera insuficiente, se emplearán reservas de libre disposición.»

Por tanto, en nuestro caso hay que dotar: $18.000 \times 5\% = 900$

(2)

Al no existir más limitaciones legales, el resto del resultado se destinará a dividendos según señala el enunciado del ejercicio.

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

MONEDA EXTRANJERA

ENUNCIADO

1. VARIAS OPERACIONES EN MONEDA EXTRANJERA:

La empresa española «EXTERIORES, SA» realiza las siguientes operaciones:

1. En 15 de septiembre de 2X12, vende productos a un cliente suizo; la venta se formaliza en francos suizos, el importe de la venta, 200.000 F suizos; el tipo de cambio en el momento de la formalización de la venta, 0,7407 €/F suizos; se concede un aplazamiento del pago al cliente suizo de 120 días (fecha de vencimiento, 15-01-2X13).
2. En 1 de octubre 2X12, obtiene 98.000 \$ USA, en concepto de préstamo concedido por CITIBANK, cuyo valor nominal es de 100.000 \$ USA; la diferencia de 2.000 \$ USA se debe a gastos de formalización y de transacción a cargo del prestatario; el tipo de interés es del 4,5% anual pagadero por año vencido; fecha de vencimiento de los intereses anuales, 30 de septiembre de cada año; el préstamo se reembolsa en su totalidad al término de tres años (fecha de vencimiento, 30-09-2X15). (Tipo de interés efectivo, 5,2376904% anual).

El tipo de cambio del \$ USA en el momento de la disposición del crédito recibido es de 0,7000 €/ \$ USA.

3. En 1 de diciembre de 2X12, se formaliza la compra de materias primas procedentes de Brasil, el proveedor brasileño ha facturado el suministro en 80.000 reales brasileños. El contravalor del real a la fecha de llegada al puerto de Valencia, momento de disposición y asunción de riesgos sobre las materias primas, 0,4194 €/Real Br. El periodo de aplazamiento concedido para el pago, 90 días desde la llegada al puerto (fecha de vencimiento, 1 de marzo de 2X13). El IVA del 16% se liquida en la aduana del puerto de Valencia.
4. Los tipos de cambio al cierre del ejercicio 2X12 de las monedas indicadas: franco suizo, 0,6028 €/F suizo; \$ USA, 0,6795 €/ \$ USA; 0,3816 €/Real Br.

SE PIDE:

- I. Contabilice las operaciones descritas.
- II. A efectos de la formulación del Balance al 31 de diciembre de 2X12, presente los activos y pasivos, expresados en moneda extranjera, valorados en euros.

2. INVERSIONES EN MONEDA EXTRANJERA:

5. La empresa española «BOOLE, SA» compra a través de la Bolsa de Londres, 2.000 acciones de «UNILEVER PLC»; fecha de compra, 20 de diciembre de 2X12; precio de compra unitario 1.850 peniques. El tipo de cambio del €/libra esterlina: 1,2000 €/£ (1 £ = 100 peniques). El objetivo de las acciones adquiridas es mantenerlas a corto plazo con motivo de especulación.

Al término del ejercicio 2X12, la cotización de «UNILEVER PLC» es 1.917 peniques y el tipo de cambio, 1,3545 €/£ (1 £ = 100 peniques).

6. La empresa «CELTIA» adquiere, en 12 de septiembre de 2X12, una participación en el capital de «PFIZER», 100.000 acciones a 20,00 \$/acción, gastos de transacción 1,5 por 1.000; el tipo de cambio aplicado, 0,7692 €/ \$ USA. El objetivo es mantenerlas por tiempo indefinido por razones estratégicas.

Al cierre del ejercicio 2X12, la cotización de la acción de «PFIZER» es de 22,90 \$ USA, y el tipo de cambio de cierre, 0,6795 €/ \$ USA.

7. La empresa «ARGENTIA, SA» (JM), mayorista-almacenista en la importación de platino, que suministra dicho metal a múltiples empresas de venta al por menor, artesanos y joyerías, posee en existencias al 31 de diciembre de 2X12, y conforme al criterio de valoración FIFO, el siguiente detalle, valoradas conforme a los precios de compra en base a la cotización del mercado de metales de Chicago:

- 200 onzas a 1.771 \$/onza y el tipo de cambio de contado del \$ USA, 0,8500 €/ \$ USA.
- 350 onzas a 1.850 \$/onza y el tipo de cambio de contado del \$ USA, 0,8200 €/ \$ USA.

La cotización al cierre de la onza de platino, 1.855 \$ y del \$ USA, 0,7900 €/ \$ USA.

SE PIDE:

- Contabilice las operaciones descritas y lo que proceda al cierre del ejercicio 2X12.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

1. VARIAS OPERACIONES CON MONEDA EXTRANJERA

I. Contabilice las operaciones descritas.

Punto 1.

Por la venta del 15 de septiembre de 2X12 aplicando el tipo de cambio vigente:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
4304	Cientes (moneda extranjera) (200.000 CHF $\times$ 0,7407)	148.140	
701	Ventas de productos terminados		148.140

Al 31 de diciembre de 2X12 por el ajuste al tipo de cambio de cierre ya que estamos ante un partida monetaria llevando la diferencia a resultados.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
668	Diferencias negativas de cambio	27.580	
4304	Cientes (moneda extranjera) [200.000 CHF (0,6028 – 0,7407)]		27.580

Punto 2.

1 de octubre de 2X12.

Por la obtención del préstamo:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	68.600	
1704	Deudas a largo plazo con entidades de crédito moneda extranjera (98.000 \$ $\times$ 0,700)		68.600

31 de diciembre de 2X12.

Por los intereses devengados aplicando en tipo de interés efectivo:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas ($98.000 \$ \times 5,2376904\% \times 3/12 = 1.283,234148 \$$) ($1.283,234148 \times 0,6795 = 871,96 €$)	871,96	
5274	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito moneda extranjera ($100.000 \$ \times 4,5\% \times 3/12 = 1.125 \$$) ($1.125 \$ \times 0,6795 = 764,44 €$)		764,44
1704	Deudas a largo plazo con entidades de crédito moneda extranjera		107,52

Por el ajuste al tipo de cambio de cierre de la cuenta Deudas a largo plazo con entidades de crédito moneda extranjera:

Conceptos	Importe
Valor contable ($68.600 + 764,44 + 107,52$)	69.471,96
Valor cierre [$(98.000 \$ + 1.283,234 \$) 0,6795$]	67.462,96
Diferencia	2.009,00

También se puede hacer el cálculo como sigue:

Conceptos	Importe
Valor inicial ($98.000 \$ \times 0,7$)	68.600
Valor de cierre ($98.000 \$ \times 0,6795$)	66.591
Diferencia	2.009

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
1704	Deudas a largo plazo con entidades de crédito moneda extranjera	2.009	
768	Diferencias positivas de cambio		2.009

Punto 3.

Por la compra de materias primas procedentes de Brasil el 1 de diciembre de 2X12:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
601	Compras de materias primas	33.552,00	
4004	Proveedores (moneda extranjera) ($80.000 R \times 0,4194$)		33.552,00

Por la liquidación del IVA a la llegada al puerto, que se paga en aduana ya que se trata de una importación:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
472	Hacienda Pública, IVA soportado ($33.552 \times 16\%$)	5.368,32	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		5.368,32

Al 31 de diciembre de 2X12 por el ajuste al tipo de cambio de cierre ya que se trata de una partida monetaria:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
4004	Proveedores (moneda extranjera)	3.024,00	
768	Diferencias positivas de cambio [$80.000 \text{ R } (0,4194 - 0,3816)$]		3.024,00

II. A efectos de la formulación del Balance al 31 de diciembre de 2X12, presente los activos y pasivos en moneda extranjera, valorados en euros.

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Clientes (moneda extranjera CHF) ($20.000 \text{ CHF} \times 0,6028$)	12.056,00	Deudas a largo plazo con entidades de crédito moneda extranjera \$	66.696,52
		Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito moneda extranjera \$	871,96
		Proveedores (moneda extranjera)	30.528,00

2. INVERSIONES EN MONEDA EXTRANJERA

I. Contabilice las operaciones descritas y lo que proceda al cierre del ejercicio 2X12.

Punto 5.

Por la adquisición acciones en la Bolsa de Londres con el objetivo de tenerlas a corto plazo y de forma especulativa por lo que se incluyen en la categoría de Inversiones mantenidas para negociar.

20 de diciembre de 2X12.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio «UNILEVER PCL» ($2.000 \times 18,5 \text{ £} = 37.000 \text{ £}; 37.000 \text{ £} \times 1,2$)	44.400	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		44.400

31 de diciembre de 2X12.

Con respecto a la valoración de las inversiones mantenidas para negociar en moneda extranjera, el PGC señala:

«Se valorarán aplicando el tipo de cambio de la fecha de determinación del valor razonable.

Cuando se reconozcan directamente en el patrimonio neto las pérdidas o ganancias derivadas de cambios en la valoración de una partida no monetaria, tal como las inversiones en instrumentos de patrimonio clasificados como activos financieros disponibles para la venta, cualquier diferencia de cambio, incluida en esas pérdidas o ganancias, también se reconocerá directamente en el patrimonio neto. Por el contrario, cuando las pérdidas o ganancias derivadas de cambios en la valoración de una partida no monetaria se reconozcan en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, tal como las inversiones en instrumentos de patrimonio clasificadas como activos financieros mantenidos para negociar o en otros activos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias, cualquier diferencia de cambio, incluida en esas pérdidas o ganancias, también se reconocerá en el resultado del ejercicio.»

Valor contable	44.400,00
Valor razonable ($2.000 \times 19,17 \times 1,3545$)	51.931,53
Incremento	7.531,53

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio «UNILEVER PCL»	7.531,53	
7630	Beneficios de cartera de negociación		7.531,53

Punto 6.

12 de septiembre de 2X12.

Por la adquisición de las acciones de «PFIZER» que se clasifica en la categoría de Activos financieros disponibles para la venta, que inicialmente se valora por su valor razonable más los costes de transacción. Desde el punto de vista de la NRV11.^a Moneda extranjera se trata de una partida no monetaria que inicialmente se valora al tipo de cambio de la fecha de la transacción.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio «PFIZER» ($100.000 \times 20 \times 1,0015 \times 0,7692$)	1.540.707,60	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.540.707,60

31 de diciembre de 2X12.

El PGC señala que en la valoración posterior de partidas no monetarias que sea a valor razonable con cambios a patrimonio, las diferencias de valoración se imputan directamente a patrimonio neto.

Conceptos	Importe
Valor contable	1.540.707,60
Valor razonable ($100.000 \times 22,90 \times 0,6795$)	1.556.055,00
Incremento	15.347,40

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio «PFIZER»	15.347,40	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		15.347,40

Considerando un tipo impositivo del 30%.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido ($15.347,40 \times 30\%$)	4.604,22	
4790	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		4.604,22

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	15.347,40	
8301	Impuesto diferido		4.604,22
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		10.743,18

Punto 7

Estamos ante una partida no monetaria cuya valoración es a coste histórico salvo que necesite deterioro. En este caso el valor al cierre se obtiene a partir de su valor razonable considerando el tipo de cambio de cierre.

La valoración al cierre es la siguiente:

Conceptos	Importe
Coste ($200 \text{ onzas} \times 1.771 \times 0,85$)	301.070
Valor de cierre ($200 \text{ onzas} \times 1.855 \times 0,79$)	293.090
Deterioro	7.980

Conceptos	Importe
Coste ($350 \text{ onzas} \times 1.850 \times 0,82$)	530.950,0
Valor de cierre ($350 \text{ onzas} \times 1.855 \times 0,79$)	512.907,5
Deterioro	18.042,5

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías	832.020	
610	Variación de existencias de mercaderías		832.020

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
693	Pérdidas por deterioro de existencias	26.022,5	
390	Deterioro de valor de las mercaderías		26.022,4

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

FORMULACIÓN DEL ESTADO DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO

ENUNCIADO

La empresa «GLASS, SA» presenta el siguiente balance al 31 de diciembre de 2007 (en €):

Accionistas o socios por desembolsos no exigidos	5.000
Gastos de ampliación de capital	10.000
Gastos de primer establecimiento	2.000
Inmovilizado material	250.000
Amortización acumulada	-150.000
Acciones propias	20.000
Existencias	20.000
Tesorería	45.000
Total activo	202.000
Capital social	100.000
Reserva legal	10.000
Reservas voluntarias	40.000
Reservas para acciones propias	20.000
Pérdidas y Ganancias	18.000
- Dividendo a cuenta entregado.....	-6.000
Deudas a largo plazo	15.000
Hacienda Pública, acreedora por impuestos	5.000
Total patrimonio neto y pasivo	202.000

Se describe a continuación un conjunto de hechos, transacciones y operaciones con el objeto de formular el Estado de gastos e ingresos reconocidos y el estado total de cambios en el patrimonio neto correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009.

Ejercicio 2008:

1. En 1 de enero de 2008, con la entrada en vigor el PGC 2007, se sanean contra reservas, los gastos de ampliación de capital y de primer establecimiento.
2. En 1 de abril de 2008, se reparte el resultado generado en el ejercicio 2007: a reserva legal, el mínimo según el TRLSA; a dividendos totales, 12.000 euros, de los cuales parte ya fueron satisfechos con anterioridad; el resto será liquidado en 15 de abril de 2008; a reservas voluntarias, el beneficio neto restante.
3. En 1 de julio de 2008, se han adquirido participaciones en capital cotizables, 10.000 acciones de «XYZ, SA» a 3,80 euros/acción, gastos de adquisición, 0,20 euros/acción, con el objetivo de mantenerlas por tiempo indefinido.
4. En 19 de agosto de 2008, se compra en Bolsa, con fecha, 3.000 acciones de la constructora «ANDAMIOS, SA», siendo la cotización 20 euros; gastos de transacción, 2 por 1.000; 10 días antes, el consejo de administración aprobó el reparto de un dividendo a cuenta de 1 euro/acción. La intención de la empresa es mantenerlas por tiempo indefinido.
5. En 29 de agosto de 2008, cobra los dividendos repartidos por la empresa «ANDAMIOS, SA», considerándose como tipo de retención fiscal, 18%.
6. En 1 de octubre de 2008, se ha completado, en efectivo, el 50% del desembolso pendiente sobre la última ampliación de capital efectuada a finales del ejercicio 2007.
7. En 11 de noviembre de 2008, se ha satisfecho un dividendo a cuenta del beneficio neto del ejercicio 2008, 7.000 euros.
8. En 30 de noviembre de 2008 se pone en marcha un plan de creación de sucursales en China, encontrándose las acciones de «ANDAMIOS, SA», junto con otros activos considerados independientes, como mantenidos para la venta. La cotización al cierre del día 30 de noviembre de 2008, 22 euros/acción.
9. En 31 de diciembre de 2008, tiene notificación de la concesión y recepción de 8.000 euros en efectivo, en concepto de subvención otorgada por la consejería de industria de la comunidad autónoma para cambiar el sistema de climatización de la planta de producción.
10. Al término del ejercicio 2008, el valor razonable de la acción de «XYZ, SA», coincidente con la cotización media del día de cierre, es 5 euros/acción y la de «ANDAMIOS, SA», 23 euros/acción.
11. El beneficio neto generado en el ejercicio 2008, 20.000 euros; en la obtención de este resultado ya se han tenido en cuenta los resultados procedentes de las operaciones descritas con anterioridad.

Ejercicio 2009:

1. En 10 de enero de 2009, se cobra la totalidad del desembolso pendiente derivado de la última ampliación de capital.
2. El 10 de abril de 2009, se reparte el resultado del ejercicio anterior: a Reserva legal, el importe mínimo; a dividendos, importe total 14.000 euros, de los cuales una parte de los mismos fue satisfecha en el ejercicio 2007, el resto se liquidará el 20 de abril de 2009; lo sobrante del beneficio neto, a reservas voluntarias.
3. En 16 de mayo de 2009, se venden todas las acciones de «XYZ, SA», siendo la cotización en el momento de la venta, 6,10 euros/acción, gastos de venta, 0,10 euros/acción.
4. Se venden, con fecha 1 de junio de 2009, todas las acciones de «ANDAMIOS, SA», siendo el precio de venta, la cotización, 25,15 euros, y gastos de venta, 0,15 euros/acción.
5. Al 31 de diciembre de 2009, lo que proceda en relación con la subvención de capital, teniendo en cuenta que la vida útil del sistema de climatización instalado es de 10 años, contados desde la fecha de puesta en funcionamiento, 1 de enero de 2009; en cuanto al criterio de amortización, lineal por unidad de tiempo.
6. El resultado del ejercicio, beneficio neto, 40.000 euros; en la obtención de este resultado ya se ha tenido en cuenta los resultados procedentes de las operaciones descritas con anterioridad.

SE PIDE:

- I. Formulación o presentación del estado de ingresos y gastos reconocidos, correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009.
- II. Formulación o presentación del estado total de cambios en el patrimonio neto, relativo al ejercicio 2008.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3**EJERCICIO 2008**

En primer lugar se reclasifica la denominación de algunas de las cuentas para adaptarla al PGC de 2007:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
—	Reserva para acciones propias	20.000	
113	Reservas voluntarias		20.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social	5.000	
—	Accionistas por desembolsos no exigidos		5.000

Punto 1.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	9.000	
47	Administraciones públicas	3.000	
—	Gastos de ampliación de capital		10.000
—	Gastos de primer establecimiento		2.000

Después de los asientos anteriores, el patrimonio neto al inicio del año 2008 es el siguiente:

Conceptos	Importe
Capital social	100.000
Socios por desembolsos no exigidos, capital social	–5.000
Reservas	61.600
Acciones o participaciones propias en situaciones especiales	–20.000
Resultado del ejercicio	18.000
Dividendo activo a cuenta	–6.000
Total patrimonio neto	148.600

Punto 2.

Por el reparto del resultado del año 2007:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	18.000	
112	Reserva legal		1.800
557	Dividendo activo a cuenta		6.000
526	Dividendo activo a pagar		6.000
113	Reservas voluntarias		4.200

Punto 3.

Por la adquisición de las acciones «XYZ» que se clasifican a efectos de valoración en la categoría de activos financieros disponibles para la venta:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio «XYZ» (10.000×4)	40.000	
57	Tesorería		40.000

Punto 4.

Por la adquisición de las acciones de «ANDAMIOS, SA» que también se valoran a través de la categoría de Activos financieros disponibles para la venta.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio «ANDAMIOS» ($3.000 \times 20 \times 1,002 - 3.000$)	57.120	
545	Dividendo a cobrar (3.000×1)	3.000	
57	Tesorería ($3.000 \times 20 \times 1,002$)		60.120

Punto 5.

Por el cobro del dividendo de «ANDAMIOS, SA».

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	2.460	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta	540	
545	Dividendo a cobrar		3.000

Punto 6.

Por la solicitud del dividendo pasivo y su cobro:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
558	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones ordinarias	2.500	
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social		2.500

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	2.500	
558	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones ordinarias		2.500

Punto 7.

Por el reparto de un dividendo a cuenta del resultado de este año:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
557	Dividendo activo a cuenta	7.000	
57	Tesorería		7.000

Punto 8.

En el subgrupo 58 Activos no corrientes mantenidos para la venta y activos y pasivos asociados, la definición de la cuenta 582. Inversiones financieras señala:

«a3) En el caso de activos financieros que, a efectos de su valoración, estuvieran clasificados en la categoría de "Activos financieros disponibles para la venta", por las variaciones en su valor razonable, con abono a la cuenta 960, salvo la parte correspondiente a diferencias de cambio en partidas monetarias que se registrará con abono a la cuenta 768.»

Por tanto ajustaremos al valor razonable del 15 de noviembre para proceder posteriormente a la reclasificación de las cuentas Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio «ANDAMIOS» (250) a la cuenta Inversiones financieras (582), así como la cuenta Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta (133) a la cuenta Ajustes por valoración en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta (136).

Conceptos	Importe
Valor contable	57.120
Valor razonable (3.000×22)	66.000
Incremento	8.880

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio «ANDAMIOS»	8.880	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		8.880

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	2.664	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		2.664

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	8.880	
8301	Impuesto diferido		2.664
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		6.216

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
582	Inversiones financieras «ANDAMIOS»	66.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio «ANDAMIOS»		66.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	6.216	
136	Ajustes por valoración en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta		6.216

Punto 9.

Por la obtención de la subvención y su efecto fiscal

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	8.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		8.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	2.400	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		2.400

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	8.000	
8301	Impuesto diferido		2.400
130	Subvenciones oficiales de capital		5.600

Punto 10.

Por el ajuste a valor razonable de las acciones al cierre del ejercicio:

Acciones «ANDAMIOS».

Conceptos	Importe
Valor contable	66.000
Valor razonable (3.000×23)	69.000
Aumento	3.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
582	Inversiones financieras	3.000	
960	Beneficios en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta		3.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	900	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		900

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
960	Beneficios en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta	3.000	
8301	Impuesto diferido		900
136	Ajustes por valoración en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta		2.100

Acciones «XYZ».

Conceptos	Importe
Valor contable	40.000
Valor razonable (10.000×5)	50.000
Incremento	10.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio «XYZ»	10.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		10.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	3.000	
479	Impuesto diferido		3.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	10.000	
8301	Impuesto diferido		3.000
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		7.000

OPERACIONES DEL AÑO 2009

Punto 1.

Por la solicitud y cobro del dividendo pasivo:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
5580	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias	2.500	
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social		2.500

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	2.500	
5580	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias		2.500

Punto 2.

Por el reparto del resultado del año 2008 y el pago del dividendo:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	20.000	
112	Reserva legal		2.000
557	Dividendo activo a cuenta		7.000
526	Dividendo activo a pagar		7.000
113	Reservas voluntarias		4.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	7.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		7.000

Punto 3.

Por el ajuste a valor razonable de las acciones de «XYX»:

Conceptos	Importe
Valor contable	50.000
Valor razonable ($10.000 \times 6,10$)	61.000
Incremento	11.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio «XYZ»	11.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		11.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	3.300	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles ($11.000 \times 30\%$)		3.300

Por el cálculo extracontable del beneficio de las acciones de «XYZ».

Conceptos	Importe
Precio de coste	40.000
Precio de venta	61.000
Beneficio	21.000

Por el traspaso a resultados del beneficio calculado anteriormente:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta	21.000	
7632	Beneficios de disponibles para la venta		21.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles ($21.000 \times 30\%$)	6.300	
8301	Impuesto diferido		6.300

Por la venta de las acciones en la que los gastos se han considerado como menor importe del beneficio:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	60.000	
7632	Beneficios de disponibles para la venta	1.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		61.000

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	11.000	
8301	Impuesto diferido	3.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	7.000	
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta		21.000

Punto 4.

Por el ajuste a valor razonable de las acciones de «ANDAMIOS, SA»:

Conceptos	Importe
Valor contable (3.000×23)	69.000
Valor razonable ($3.000 \times 25,15$)	75.450
Incremento	6.450

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
582	Inversiones financieras «ANDAMIOS»	6.450	
960	Beneficios en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta		6.450

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	1.935	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		1.935

Por el cálculo extracontable del resultado obtenido por la venta:

Conceptos	Importe
Precio de coste	57.120
Precio venta ($3.000 \times 25,15$)	75.450
Beneficio	18.330

Por el traspaso a resultados del resultado calculado anteriormente:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
862	Transferencia de beneficios en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta	18.330	
7632	Beneficios de disponibles para la venta		18.330

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles ($18.330 \times 30\%$)	5.499	
8301	Impuesto diferido		5.499

Por la venta en los gastos se han considerado como menor importe del beneficio:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (75.450 – 450)	75.000	
7632	Beneficios de disponibles para la venta	450	
582	Inversiones financieras «ANDAMIOS»		75.450

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
960	Beneficios en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta	6.450	
8301	Impuesto diferido	3.564	
136	Ajustes por valoración en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta	8.316	
862	Transferencia de beneficios en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta		18.330

Punto 5.

Por el traspaso a resultados de la subvención en función de la vida útil del activo subvencionado (10 años):

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	800	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio		800

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponible	240	
8301	Impuesto diferido		240

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	240	
130	Subvenciones oficiales de capital	560	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		800

Punto 6.

Es un punto en el que nos informan del resultado del ejercicio 2009, dato necesario para la elaboración del estado de cambios en el patrimonio neto.

ESTADO DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO

ESTADO DE GASTOS E INGRESOS RECONOCIDOS		
	2009	2008
A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias	40.000	20.000
Ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto		
I. Por valoración de activos financieros	17.450	21.880
1. Activos financieros disponibles para la venta	11.000	18.880
2. Otros ingresos /gastos	6.450	3.000
II. Por coberturas de flujos de efectivo		
III. Subvenciones donaciones y legados		8.000
IV. Por pérdidas y ganancias actuariales y otros ajustes		
V. Efecto impositivo	-5.235	-8.964
B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto (I + II + III + IV + V)	12.215	20.916
Transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias		
VI. Por valoración de instrumentos financieros	-39.270	0
1. Activos financieros disponibles para la venta	-21.000	
2. Otros ingresos/gastos	-18.270	
VII. Por coberturas de flujos de efectivo		
VIII. Subvenciones, donaciones y legados	-800	
IX. Efecto impositivo	12.021	
C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias	-28.049	0
TOTAL GASTOS E INGRESOS RECONOCIDOS (A + B + C)	24.166	40.916

ESTADO TOTAL DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO

	Capital escriturado	Capital no exigido	Prima de emisión	Reservas	Acciones propias	Resultados ejercicios anteriores	Otras aportaciones de socios	Resultado del ejercicio	Dividendo a cuenta	Otros instrumentos de patrimonio neto	Ajustes cambio de valor	Subvenciones, donaciones y legados	Total
A. SALDO FINAL DEL AÑO 2007													
I. Ajustes por cambios de criterio 2007 y anteriores													
II. Ajustes por errores 2007 y anteriores													
B. SALDO AJUSTADO, INICIO DEL AÑO 2008	100.000	-5.000		61.600	-20.000	18.000		20.000	-6.000		15.316	5.600	148.600
I. Total de gastos e ingresos reconocidos													40.916
II. Operaciones con socios y propietarios													
I. Aumentos de capital													
2. (-) Reducciones de capital													
3. Conversión de pasivos financieros en patrimonio (conv. oblig. cond. deudas)													
4 (-) Distribución de dividendos						-18.000			6.000				-6.000
5. Operaciones con acciones o participaciones propias (neto)													
6. Incremento (reducción) de patrim. neto combinación de negocios													
7. Otras operaciones con socios o propietarios		2.500							-7.000				-4.500
III. Otras operaciones de patrimonio neto													
C. SALDO FINAL DEL AÑO 2008	100.000	-2.500		67.600	-20.000			20.000	-7.000		15.316	5.600	179.016
I. Ajustes por cambios de criterio 2008 y anteriores													
II. Ajustes por errores 2008 y anteriores													
D. SALDO AJUSTADO, INICIO DEL AÑO 2009	100.000	-2.500		67.600	-20.000	20.000		40.000	-7.000		15.316	5.600	179.016
I. Total de gastos e ingresos reconocidos											-15.274	-560	24.166
II. Operaciones con socios y propietarios													
I. Aumentos de capital													
2. (-) Reducciones de capital													
3. Conversión de pasivos financieros en patrimonio (conv. oblig. cond. deudas)													
4 (-) Distribución de dividendos						-20.000			7.000				-7.000
5. Operaciones con acciones o participaciones propias (neto)													
6. Incremento (reducción) de patrim. neto combinación de negocios													
7. Otras operaciones con socios o propietarios		2.500											2.500
III. Otras operaciones de patrimonio neto													
E. SALDO FINAL DEL AÑO 2009	100.000			73.600	-20.000			40.000			42	5.040	198.682

Recensiones Bibliográficas

Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)

Teodoro CORDÓN EZQUERRO (coord.)
CEF, Madrid, 2010, 967 págs.

A finales del pasado mes de marzo, se presentó, en un acto celebrado en la sede de Madrid del Centro de Estudios Financieros (CEF), esta importante obra colectiva dedicada al estudio de un régimen tributario, como es el de las operaciones vinculadas, que ha multiplicado la atención de los estudiosos y prácticos de la fiscalidad desde que la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, diese una nueva redacción –vigente para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de diciembre de 2006– al artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo); previsión legal que ha quedado completada con el desarrollo que se contiene en el Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modificó el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RD 1777/2004, de 30 de julio).

En aquel acto público, prolegómeno de otros cursos que el CEF ha preparado para favorecer un análisis en profundidad de las especialidades que plantean las operaciones entre empresas del grupo en las que intervienen precios de transferencia ¹, participaron María Teresa SOLER ROCH, catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alicante y presidenta del Consejo para la Defensa del Contribuyente; el coordinador del libro, Teodoro CORDÓN EZQUERRO, inspector-coordinador de la Unidad Operativa de dicho organismo, así como uno de los autores de la publicación, Ramón LÓPEZ DE HARO ESTESO, socio responsable del Departamento de precios de transferencia de Garrigues.

La obra reúne un total de veintidós capítulos y un amplio anexo con ejemplos prácticos sobre análisis de comparabilidad y métodos de valoración, escritos por 30 autores ², unos catedráticos y profesores de Universidad, otros abogados y economistas, asesores fiscales pertenecientes a prestigiosas firmas profesionales, además de funcionarios inspectores de Hacienda del Estado.

La oportunidad de esta nueva monografía del CEF rebasa con creces a los propios hitos reformativos de nuestro ordenamiento tributario que más atrás citábamos, dado que, como se señala desde las primeras líneas, «la fiscalidad de las operaciones vinculadas o precios de transferencia, en

¹ www.cef.es/seminario-metodos-valoracion-documentacion-operaciones-vinculadas.html

² A saber: Luis Manuel ALONSO GONZÁLEZ, José Manuel CALDERÓN CARRERO, Emilio CENCERRADO MILLÁN, Teodoro CORDÓN EZQUERRO, Rafael COSÍN OCHAITA, Luis DEL AMO CARBAJO, Carolina DEL CAMPO AZPIAZU, Francisco Alfredo GARCÍA PRATS, Javier GONZÁLEZ CARCEDO, Ubaldo GONZÁLEZ DE FRUTOS, Manuel GUTIÉRREZ LOUSA, Joan HORTALÀ VALLVÉ, Ramón LÓPEZ DE HARO ESTESO, Juan Carlos LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, Adolfo MARTÍN JIMÉNEZ, Javier MONTES URDÍN, Mario ORTEGA CALLE, Ramón PALACÍN SOTILLOS, Mario PARDO CARMONA, Gerardo PÉREZ RODILLA, Álex PUJOL PAMIES, Jesús RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Felipe RUBIO CUADRADO, Salvador RUIZ GALLUD, Jesús SANMARTÍN MARIÑAS, Eduardo SANZ GADEA, Ramón TEJADA FERNÁNDEZ, Montserrat TRAPÉ VILADOMAT y Valeri VILADRICH SANTALLUSIA.

el ámbito de las operaciones nacionales e internacionales, es un tema de una importancia creciente tanto por la cada vez mayor internacionalización de las empresas, como porque la propia actividad económica tiende a organizarse con intensidad en torno a grupos empresariales. Es decir, la empresa individual única e independiente, como agente económico, pierde importancia para explicar el flujo de transacciones que se realizan tanto a nivel nacional como internacional».

Sirviéndonos de la sistematización apuntada por la profesora SOLER ROCH en la presentación del libro que comentamos, tenemos la posibilidad de identificar en el contenido del mismo diversos planos de esta «poliédrica fiscalidad» de las operaciones vinculadas.

En primer término, aparecerían los estudios de fiscalidad internacional, Derecho comunitario europeo e información acerca de otros ordenamientos comparados.

Al primer campo se refieren los capítulos 15 y 21, dedicados, respectivamente, a la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes y al denominado «procedimiento amistoso» que contienen los convenios para evitar la doble imposición firmados por España.

Los autores que se encargan de dichos problemas encaran el concepto de establecimiento permanente, que proporciona tanto el Modelo de Convenio de la OCDE como la normativa interna española (Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, aprobado por RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo), como paso previo a la consideración, a partir de las interpretaciones que ha realizado el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, de las situaciones que se producen en las relaciones comerciales y financieras de los establecimientos permanentes y su casa central o con otras partes de la empresa a la que pertenezcan, debiendo ser identificadas las mismas y valoradas fiscalmente como lo harían partes independientes que, en circunstancias similares, realizasen esas mismas transacciones, incluyéndolas en la específica documentación requerida legalmente sobre operaciones vinculadas.

Por otra parte, se comentan los artículos 9 (empresas asociadas) y 25 (procedimiento amistoso) del Modelo de Convenio de la OCDE, destacando, en relación a este último, el ámbito de personas legitimadas para iniciar el procedimiento amistoso, los actos que determinan el momento a partir del cual se puede solicitar éste, plazos para su planteamiento, recursos internos, obligación de llegar a un acuerdo de interpretación, prescripción, aplicación de los acuerdos y su compatibilidad con posibles sentencias.

Aparte del estudio del Convenio de Arbitraje de la Unión Europea (Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas), que se efectúa nada más acometer el procedimiento citado anteriormente, un exhaustivo análisis crítico de la normativa española en materia de operaciones vinculadas, a la luz del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se lleva a cabo en el capítulo 2 del libro, donde se postula la conveniencia de una nueva reforma de aquel régimen tributario, que acoja la definición del principio de plena competencia que se deriva del Derecho comunitario y que corrija los defectos técnicos y de desproporción en que ha incurrido el legislador nacional.

Las experiencias comparadas lucen en los capítulos 3 y 4, donde se repasa la evolución del Reglamento de Precios de Transferencia de los Estados Unidos de Norteamérica, así como de los trabajos y directrices de la OCDE, exponiendo sumariamente las características de la legislación del Reino Unido, Alemania, Holanda y Suiza en el ámbito europeo y de Brasil, México y Argentina en el campo latinoamericano.

En la obra pueden distinguirse también los estudios relacionados con aspectos generales de la fiscalidad de los precios de transferencia y otros circunscritos a supuestos singulares o especiales. Además, dentro del primer grupo cabe todavía diferenciar los planos sustantivo y procedimental del objeto de estudio.

Así las cosas, tenemos, como problemas sustanciales tratados en los capítulos 1 y 5 a 8: el estudio del principio de libre competencia y valoración a valor de mercado, esquematizando las novedades que ha suscitado la Ley 36/2006 tanto por lo que se refiere al tratamiento de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades como en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en los procedimientos aduaneros; el ámbito subjetivo del perímetro de vinculación enunciado por el artículo 16.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, revelador por su mayor dureza de la tensión «entre, por un lado, la necesidad de la Administración de atacar ciertas conductas defraudatorias o, más allá, de evitar en general la reducción improcedente de bases imponibles y, por otro lado, el normal cumplimiento tributario de la mayoría de los ciudadanos»; la contabilización de las operaciones vinculadas –por su «valor razonable» (norma de registro y valoración 21.^a del Plan General de Contabilidad)– y su relación con la regulación del Impuesto sobre Sociedades; el análisis de comparabilidad que proviene de la aplicación del principio *at arm's length* y que, conforme a las directrices de la OCDE, se ha de referir a factores como las características de los activos o de los servicios, el análisis funcional, las cláusulas contractuales, circunstancias económicas y estrategias mercantiles; los métodos de valoración, cuya selección también deriva del principio de libre competencia, debiéndose optar por aquel que parezca proporcionar un mayor grado de comparabilidad y una relación más directa con la operación objeto de examen. También se corresponde con el señalado grupo de cuestiones sustanciales el tratamiento de las implicaciones mercantiles de las operaciones vinculadas, que se efectúa en el capítulo 22 del libro, incluyendo «la existencia y contornos del concepto mercantil de partes y operaciones vinculadas (y su encaje con la configuración fiscal del mismo concepto), la cuestión, siempre espinosa, del interés social y la posible existencia de un superior interés de grupo, el tratamiento de los conflictos de intereses en el seno de los grupos de sociedades, y, en última instancia, la posible responsabilidad de los administradores de las sociedades intervinientes en la operación vinculada de que se trate. Todo ello rematado con un anexo práctico sobre análisis de comparabilidad y métodos de valoración.

En el campo de los temas procedimentales están los capítulos 9, 17 y 20, referidos a las obligaciones de documentación, el procedimiento de comprobación del valor normal de mercado y los acuerdos previos de valoración. El Reglamento del Impuesto sobre Sociedades presta atención a todas estas cuestiones, justificándose la armonización y centralización parcial de las primeras por venir inspiradas en el Código de Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigida a las empresas asociadas en la Unión Europea, constituyendo una garantía de simplificación de las obligaciones formales de los contribuyentes en relación con sus actividades transfronterizas. En el libro se analiza el tipo de procedimiento a que responde la comprobación

de valor, su ámbito subjetivo, motivación, prueba, carácter provisional de la liquidación, recursos y reclamaciones, tasación pericial contradictoria, interrupción de la prescripción y efectos frente a las demás personas o entidades vinculadas. En cuanto a los acuerdos previos de valoración, se observan los antecedentes del marco jurídico vigente, proporcionando una definición general de los mismos y repasando los elementos para poder ser candidato para la negociación de un acuerdo, su solicitud y procedimiento, vigilancia del acuerdo y análisis de comportamiento de los participantes, entre otros aspectos.

Los supuestos particulares examinados en la monografía de la que damos cuenta aparecen en los capítulos 10 a 15, dedicados, respectivamente, al tratamiento de las prestaciones de servicios intragrupo; los servicios de los socios de las sociedades de profesionales, de consejeros y administradores; los acuerdos de reparto de costes; la valoración de activos intangibles; los procesos de reestructuración empresarial y, por último, el ya aludido entre los temas de fiscalidad internacional sobre atribución de beneficios a los establecimientos permanentes.

Finalmente, hay un grupo de capítulos (16, 18 y 19) relacionados con aspectos sancionadores. El legislador ha tratado de evitar pérdidas recaudatorias para la Hacienda Pública, configurando una norma antiabuso —o «presupuesto de hecho alternativo»—, como es la referida a la *subcapitalización*, evitando la necesidad de acudir a la aplicación de la norma general antielusión del artículo 15 de la Ley General Tributaria y en la que prima «la intención del legislador de establecer un límite objetivo al volumen de intereses que puede ser deducido por la sociedad cuando el endeudamiento adoptado puede suponer el trasvase de bases imponibles desde España hacia otros países». Por otra parte está la introducción del denominado *ajuste secundario* —cuya concreción reglamentaria ha suscitado fundadas críticas sobre su legalidad—, concebido como recalificación de rentas «consecuencia de atribuir el tratamiento tributario que corresponda a la diferencia entre el valor convenido entre partes vinculadas y el valor de mercado de la operación o... ajuste que trata de establecer las consecuencias tributarias del flujo de rentas (o de la ausencia del mismo) derivado de la diferencia existente entre el valor de mercado determinado por la Administración tributaria y la valoración efectuada y convenida por los contribuyentes». Y, como remate de todo lo anterior, la Ley 36/2006 dio entrada a un específico régimen de infracciones y sanciones centrado en los incumplimientos de la obligación de documentación, con lo que se viene a reforzar la posición de la Administración de cara al acceso a información relevante en procedimientos de comprobación del valor normal de mercado o de cualquier otra clase.

Miguel Ángel Martínez Lago