

CEF.-

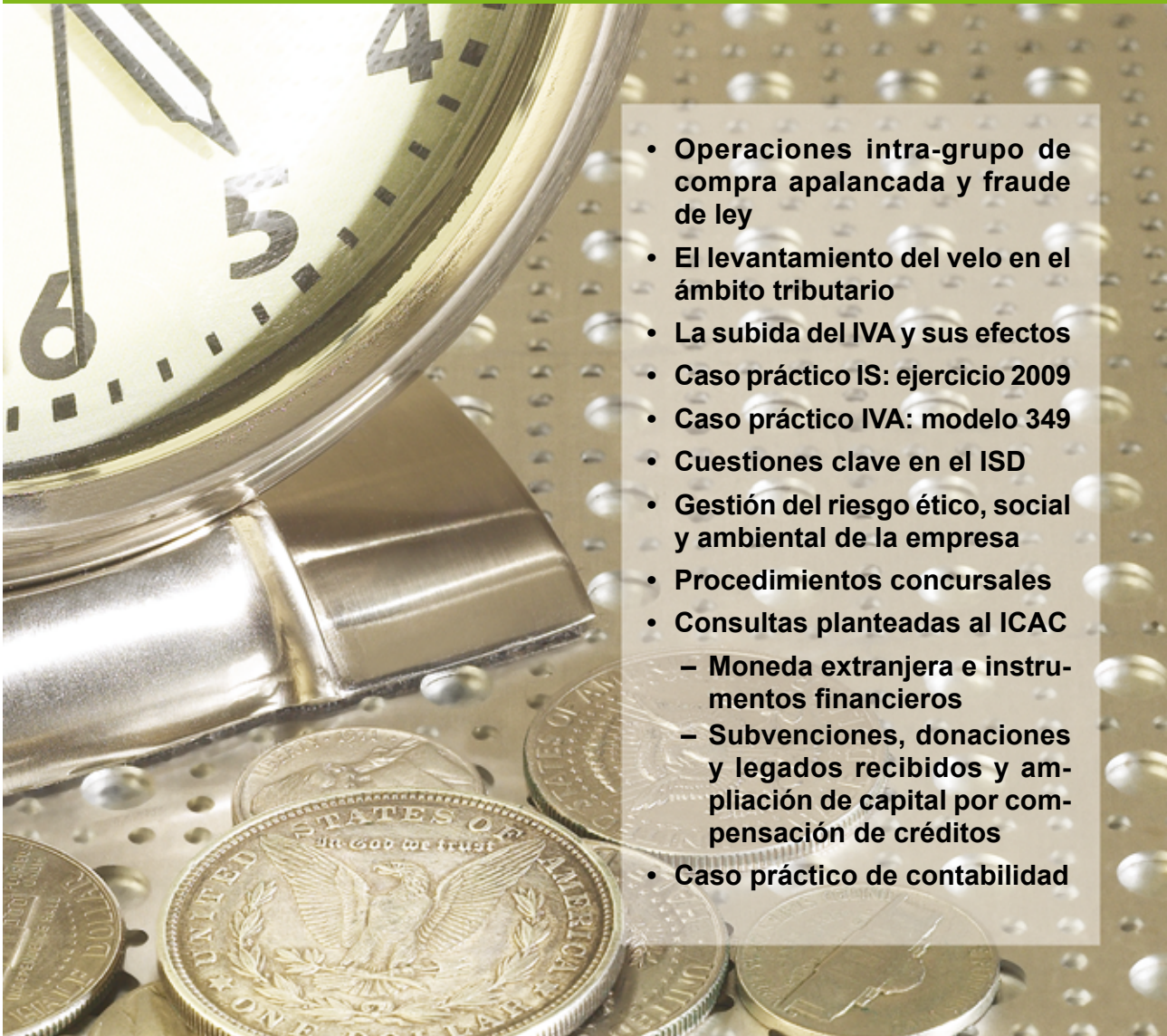
Contabilidad y Tributación

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9540

Revista mensual núm. 327

Junio 2010

- 
- Operaciones intra-grupo de compra apalancada y fraude de ley
 - El levantamiento del velo en el ámbito tributario
 - La subida del IVA y sus efectos
 - Caso práctico IS: ejercicio 2009
 - Caso práctico IVA: modelo 349
 - Cuestiones clave en el ISD
 - Gestión del riesgo ético, social y ambiental de la empresa
 - Procedimientos concursales
 - Consultas planteadas al ICAC
 - Moneda extranjera e instrumentos financieros
 - Subvenciones, donaciones y legados recibidos y ampliación de capital por compensación de créditos
 - 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

JUNIO 2010 – NÚMERO 327

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 INESA & 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

48/2010	Deber de contribuir, principio de legalidad y planificación fiscal. A propósito de la doctrina del TEAC sobre adquisiciones intra-grupo apalancadas.	5
	<i>(Gloria Marín Benítez)</i>	
49/2010	El levantamiento del velo en el ámbito tributario: algo más que dos letras finales en el primer apartado de un precepto de la Ley 58/2003.	35
	<i>(Manuel Santolaya Blay)</i>	
50/2010	La subida del IVA y sus efectos.	51
	<i>(Gabinete Jurídico del CEF)</i>	
51/2010	Impuesto sobre Sociedades. Ejercicio 2009 (caso práctico).	61
	<i>(Fernando Borrás Amblar)</i>	
52/2010	Declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias: modelo 349 (caso práctico).	83
	<i>(Antonio Longás Lafuente)</i>	

CUESTIONES A DEBATE... (TRIBUTACIÓN)

53/2010	Cuestiones clave en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.	101
	<i>(Gabinete Jurídico del CEF)</i>	

CONTABILIDAD

54/2010	Gestión del riesgo ético, social y ambiental de la empresa. Transformando amenazas en oportunidades.	115
	<i>(Juan A. Casals Ovalle)</i>	
55/2010	Los acuerdos de refinanciación en empresas con riesgo de insolvencia en el marco de los procedimientos concursales.	153
	<i>(María Mercedes Carro Arana y Francisco Sousa Fernández)</i>	
56/2010	Consultas planteadas al ICAC.	175
	<i>(Ángel Montes Carrillo y Miguel Ángel Gálvez Linares)</i>	
57/2010	Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Intervención y Contabilidad de la Administración de la Seguridad Social.	189
	<i>(Javier González Sainza)</i>	

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	221
---	-----

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

48/2010	The obligation to pay taxes, the rule of law and tax planning. Regarding the doctrine of the Central Tax Court on intra-group leveraged acquisitions. (Gloria Marín Benítez)	5
49/2010	The technique lifting the veil in the field of taxation: more than two final letters in the first paragraph of a regulatory provision of the Law 58/2003. ... (Manuel Santolaya Blay)	35
50/2010	The increase in VAT and its effects. (Gabinete Jurídico del CEF)	51
51/2010	2009 Corporate Income Tax (case study). (Fernando Borrás Amblar)	61
52/2010	Summary tax report of intra-community transactions: the form 349 (case study). (Antonio Longás Lafuente)	83

CUESTIONES A DEBATE... (TRIBUTACIÓN)

53/2010	Key questions about Inheritance and Gift Tax. (Gabinete Jurídico del CEF)	101
----------------	---	-----

CONTABILIDAD

54/2010	Management of the ethical, social and environmental risk of the company. Turning threats into opportunities. (Juan A. Casals Ovalle)	115
55/2010	Refinancing agreements for companies at risk of insolvency under bankruptcy procedures. (María Mercedes Carro Arana y Francisco Sousa Fernández)	153
56/2010	Questions formulated to ICAC. (Ángel Montes Carrillo y Miguel Ángel Gálvez Linares)	175
57/2010	Second exam of the selective examination for the admission to the Superior Body of Intervention and Accounting of the Social Security Administration. ... (Javier González Sainza)	189

BIBLIOGRAPHIC REVIEWS	221
------------------------------------	-----

DEBER DE CONTRIBUIR, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PLANIFICACIÓN FISCAL

A propósito de la doctrina del TEAC sobre adquisiciones intra-grupo apalancadas

GLORIA MARÍN BENÍTEZ

Abogada. Uría Menéndez

Extracto:

EL principio de legalidad, según el cual es la ley la que debe establecer el *an* y el *quantum* de la imposición, entra a menudo en conflicto con el principio de capacidad económica, según el cual debería someterse a imposición la riqueza allí donde la riqueza se encuentra.

Esta colisión es inevitable en casos en los que, por razones técnicas o por decisiones legislativas basadas en consideraciones extrafiscales, se producen inconsistencias en el ordenamiento tributario que resultan en la posibilidad de obtener una ventaja fiscal. La ponderación de ambos principios obliga a que el conflicto se resuelva en el caso concreto, y no en el genérico, lo que obliga a entrar a valorar los factores que, a falta de norma anti-abuso específica, cada ordenamiento haya codificado como indicativos de la existencia de un abuso.

Las Resoluciones del TEAC de 17 de mayo de 2007 y de 25 de junio y 8 de octubre de 2009 concluyen que existe fraude de ley en operaciones de planificación fiscal que tienen su origen en una de estas inconsistencias del ordenamiento tributario: en la falta de limitación de la deducción de los gastos financieros incurridos en la financiación de activos (participaciones en otras sociedades) que generan rentas exentas. Y vienen a concluir que existe fraude de ley cuando tanto la adquisición como el endeudamiento tienen lugar en el seno del grupo.

El objeto de este trabajo es analizar los criterios que sientan estas resoluciones para dilucidar si verdaderamente se trata de enervar la ventaja fiscal en casos en los que el contribuyente se ha aprovechado abusivamente de ella o, antes bien, si se trata de eliminar, discrecionalmente y con infracción del principio de legalidad, esa oportunidad en casos en los que no existe un factor determinante de abuso.

Palabras clave: fraude de ley, arbitraje fiscal, principio de capacidad y principio de legalidad.

THE OBLIGATION TO PAY TAXES, THE RULE OF LAW AND TAX PLANNING

Regarding the doctrine of the Central Tax Court on intra-group leveraged acquisitions

GLORIA MARÍN BENÍTEZ

Abogada. Uría Menéndez

Abstract:

THE rule of law provides that the law establishes when and how a tax is to be levied. However, this sometimes clashes with the principle of economic capacity, according to which wealth should always be taxed.

This collision is unavoidable in cases where, due to technical reasons or to lawmaking decisions grounded on non-fiscal considerations, there are inconsistencies in the tax law which result in the possibility of achieving a tax advantage. The weighting of both principles makes it mandatory to solve the conflict on a case by case basis, and not on a general basis. This makes it necessary to assess certain factors which, in the absence of a specific anti-avoidance rule, have been codified as an indication of abuse.

The resolutions of the Spanish Central Tax Court (Tribunal Económico-Administrativo Central) of 17 May 2007, and 25 June and 8 October 2009 concluded that there is fraud in law in tax planning transactions originating from one of these inconsistencies in the tax law: the absence of limitations to the deduction of interest from indebtedness created in the acquisition of assets (shareholdings in other companies) that generate exempt income. These resolutions concluded that there is fraud in law when both the acquisition and the indebtedness are intra-group.

In this article, we analyse the criteria laid down in the mentioned resolutions and determine whether they are truly intended to deny tax advantages in cases where the taxpayer has abused the system or, conversely, whether they purport to eliminate, on a discretionary basis and contrary to the rule of law, such tax advantage in cases where there are no conclusive signs of abuse.

Keywords: fraud in law, tax avoidance, tax arbitrage, rule of law and principle of economic capacity.

Sumario

1. Planteamiento.
2. El concepto de arbitraje fiscal y su distinción de figuras afines: propuesta.
 - 2.1. El concepto de arbitraje fiscal.
 - 2.2. Figuras afines: laguna de Derecho, economía de opción, elusión fiscal.
 - 2.3. El arbitraje fiscal en las adquisiciones intra-grupo apalancadas.
3. El conflicto entre los principios de legalidad y capacidad económica en el arbitraje fiscal.
 - 3.1. El principio de legalidad.
 - 3.2. El principio de capacidad económica y el deber de contribuir.
 - 3.3. El conflicto entre ambos principios en el arbitraje fiscal y el papel de las normas anti-abuso.
4. Las adquisiciones intra-grupo apalancadas y la doctrina administrativa sentada en las Resoluciones del TEAC de 17 de mayo de 2007 y 25 de junio de 2009.
 - 4.1. Norma defraudada.
 - 4.2. Norma de cobertura.
 - 4.3. Propósito de eludir.
 - 4.4. Resultado equivalente.
5. Coda.

1. PLANTEAMIENTO

El 17 de mayo de 2007 el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) (NFJ037627) dictaba una resolución por la que se calificaban como realizadas en fraude de ley diversas compras intra-grupo de filiales que habían sido financiadas con préstamos facilitados por otras sociedades también del grupo. Concretamente, la resolución negaba la deducibilidad de los intereses devengados en el endeudamiento por entender que esa deducción había sido expresamente buscada con el propósito de erosionar la base imponible del grupo en España.

A esta resolución le siguió otra en igual sentido, de fecha 25 de junio de 2009 (NFJ035528), y otra posterior del mismo tenor, de fecha 8 de octubre de 2009 (NFJ036567). Previsiblemente, el rosario de resoluciones continuará durante los próximos años ya que versan sobre la adecuación a Derecho de un tipo de operaciones que, realizadas por un gran número de grupos internacionales a principios de este siglo, provocaron la alarma de la Administración tributaria por el descenso sustancial de las bases imponibles y, con ello, de los impuestos recaudados en España a estos grandes grupos.

Este trabajo tiene por objeto analizar la doctrina administrativa que sienta estas resoluciones. Previamente, sin embargo, hemos querido reflexionar sobre el conflicto que entre los principios de capacidad económica y legalidad se produce cuando nos encontramos ante lo que los autores anglosajones denominan *tax arbitrage* (*arbitraje fiscal*). Y ello porque la batalla judicial que se avecina entre Administración y administrados sobre la licitud a efectos fiscales de las operaciones enjuiciadas en esta doctrina será crucial, pensamos, para determinar la eficacia y los destinatarios del mandato establecido en el apartado 1 del artículo 31 de la Constitución y, también, para determinar la eficacia y alcance del principio de legalidad tributaria referido en su apartado 3 cuando nos encontramos ante situaciones en las que puede plantearse la existencia de un arbitraje fiscal.

2. EL CONCEPTO DE ARBITRAJE FISCAL Y SU DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES: PROPUESTA

2.1. El concepto de arbitraje fiscal

Los economistas definen *arbitraje* como la operación de intercambio de valores, productos o servicios en la que se busca la ganancia aprovechando la diferencia de precios entre unas plazas y

otras; se trata, en suma, de la posibilidad de adoptar posiciones de signo contrario (comprar y vender o tomar prestado y prestar) sobre un mismo producto o servicio en mercados distintos, generándose ganancias por los diferenciales de precio.

Trasladando este concepto al ámbito tributario se entiende por *arbitraje fiscal* (*tax arbitrage*) la obtención de un tratamiento fiscal asimétrico para las distintas facetas de una operación que resulta en la generación de una ventaja fiscal ¹. Por ejemplo, cuando un pago tiene la consideración de renta exenta para el perceptor pero gasto deducible para el pagador. En ocasiones, el tratamiento asimétrico tiene su origen en la descoordinación existente entre los distintos estados a la hora de gravar manifestaciones de riqueza que afectan a varias jurisdicciones; a menudo, ordenamientos jurídicos distintos dispensan un diferente tratamiento fiscal (en cuanto a calificación o en cuanto a gravamen) a una misma renta. En este sentido, ROSENBLOOM ², ROSENZWEIG ³, AVI-YONAH ⁴ o EDGAR ⁵ definen el *arbitraje fiscal internacional* como el aprovechamiento de las inconsistencias entre las normas fiscales de distintos países para conseguir un resultado fiscal más favorable del que hubiera resultado de invertir en una sola jurisdicción.

En cualquier caso, debe hacerse notar que la ventaja, en el arbitraje fiscal, no surge por comparación del tratamiento tributario de la vía elegida para la consecución de un determinado resultado económico con el de otra vía más onerosa fiscalmente. Por ello, nos encontramos con frecuencia que en el arbitraje fiscal no hay otras alternativas para la consecución de los resultados económicos de la operación realizada y que la ventaja fiscal se obtiene, sin distorsión ni forzamiento alguno, de los negocios jurídicos realizados.

2.2. Figuras afines: laguna de Derecho, economía de opción, elusión fiscal

En nuestra doctrina científica, la expresión *arbitraje fiscal* normalmente se reserva a la posibilidad de resolución de los conflictos tributarios (lo que en el ámbito anglosajón se denomina *tax arbitration*), concepto que nada tiene que ver con la cuestión que nos ocupa. No obstante, nos resulta difícil encontrar una expresión distinta en castellano que, en su uso generalizado, comunique los matices que encontramos en la de *arbitraje fiscal*.

Desde luego, no nos parece acertado entender que en casos de arbitraje fiscal nos encontremos necesariamente ante una *laguna de Derecho*, al menos si entendemos ésta, en la formulación de Canaris, como una imperfección de la ley contraria al plan del legislador.

¹ SHAVIRO: «Corporate Tax Shelters in a Global Economy», *The AEI Press*, 2004, pág. 36; RING: «One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage», *Boston College Law Review*, vol. 44, 2002, pág. 106; ROSENZWEIG: «Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage», *Virginia Tax Review*, vol. 26, 2007, pág. 566.

² ROSENBLOOM: «International Tax Arbitrage and the International Tax System», 53 *Tax Law Review*, 137, 2000.

³ ROSENZWEIG: «Harnessing the Costs (...)», *op. cit.*, pág. 560.

⁴ AVI-YONAH: «Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime», *Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n.º 73, 2007, pág. 33.

⁵ EDGAR: «Corporate Income Tax Coordination as a Response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage», *Canadian Tax Journal*, 2003, pág. 1.082.

En este sentido, muchas veces las oportunidades de arbitraje fiscal tienen su origen en consideraciones técnicas de carácter fiscal que son perfectamente conocidas y queridas por el legislador ⁶ o que se ofrecen intencionadamente por el legislador para el cumplimiento de determinados fines extrafiscales. Difícilmente puede entonces afirmarse que la imperfección de la ley en estos casos sea contraria al plan del legislador.

Igual dificultad encontramos para la calificación del arbitraje fiscal internacional como laguna de Derecho: cuando una determinada renta es gasto deducible en el país del pagador y renta no sometida a imposición en el país de destino, esa oportunidad de arbitraje fiscal ¿al plan de cuál de los dos legisladores involucrados debe considerarse contraria?

El concepto de arbitraje fiscal no es, por tanto, asimilable al de laguna de Derecho.

Tampoco nos parece acertado identificar el concepto de arbitraje fiscal con el de *economía de opción* (cuyos efectos fiscales, plenamente lícitos, son inatacables por la Administración) ni tampoco con el de *fraude de ley tributaria* o *elusión fiscal* (cuyos efectos fiscales, merecedores de un reproche de ilicitud, sí pueden ser corregidos por la Administración).

Que la asimilación a la economía de opción no es acertada queda patente en el hecho de que el arbitraje fiscal se haya en ocasiones definido como la «manipulación o explotación de inconsistencias y discontinuidades del sistema tributario para generar ahorro fiscal» y se haya identificado, entonces, con la planificación fiscal abusiva ⁷. Y es que los términos «manipular» y «explotar» connotan la existencia de un abuso. Así la tercera acepción que el Diccionario de la Real Academia Española contempla para el vocablo «manipular» incluye «intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia y al servicio de intereses particulares». Y «explotar», también en su tercera acepción, significa «utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera». Sin embargo, no siempre que se materializa el ahorro fiscal resultante de las posibilidades de arbitraje fiscal existe una planificación fiscal abusiva porque no siempre existe esa manipulación o explotación (abusiva, se entiende) de las inconsistencias del ordenamiento tributario. Por ello, tampoco nos parece acertado identificar arbitraje y elusión fiscal o fraude de ley.

Quiere esto decir que el concepto de arbitraje fiscal no prejuzga la licitud o ilicitud de las consecuencias fiscales pretendidas por el contribuyente. Así se deduce, por ejemplo, del razonamiento seguido por el Tribunal Supremo (TS) de los Estados Unidos de América en *Knestch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960), *aff*'g 272 F.2d 200 (2d. Circ.). Se trataba éste de un caso en el que el contribuyente pretendía aprovecharse de la posibilidad que ofrecía la legislación al no limitar la deducibilidad

⁶ Así, por ejemplo, que el fruto de un activo financiero se incluya como mayor valor de adquisición del activo tiene por objeto compensar técnicamente, en la posterior transmisión del activo, el hecho de que en el momento de cobro del fruto éste sea gravado en su totalidad, sin atender a la parte de renta que efectivamente correspondió al adquirente del activo y no a su anterior poseedor. Pero ello puede dar lugar a una ventaja fiscal cuando el fruto no queda sometido a gravamen en manos de su perceptor.

⁷ *Vid.* en Nueva Zelanda, *Report by the New Zealand Committee on Experts on Tax Compliance. Chapter 6: Tax Mitigation, Avoidance and Evasion*; en Sudáfrica, *Discussion Paper on Tax Avoidance and Section 103 of the Income Tax Act 1962 (Act No. 58 of 1962)*; en Reino Unido, *Budget 2005: Avoidance through Arbitrage. Rev. 18 (16 March 2005)*.

de intereses incurridos en la financiación de determinadas inversiones generadoras de rentas exentas. Para el contribuyente, la posibilidad de deducir los intereses se infería con claridad del hecho de que una modificación legislativa posterior hubiera excluido expresamente la deducción. Sin embargo, el TS estadounidense aclara que aunque la reforma legislativa iba encaminada, efectivamente, a terminar con la posibilidad del arbitraje fiscal, ello no quiere decir que todas las operaciones que se aprovecharan de éste antes de la reforma fueran incuestionables: para el TS estadounidense eso sólo ocurriría cuando el endeudamiento hubiera sido real y no ficticio ⁸.

En este sentido, la expresión que quizá mejor se acomode a este concepto de arbitraje fiscal sea la de «economías de opción indeseadas» utilizada por nuestro Tribunal Constitucional (TC) en sus Sentencias 46/2000, de 17 de febrero (NFJ008490), y 54/2006, de 27 de febrero (NFJ022399). En el bien entendido de que la indeseabilidad de una conducta es una consideración *de lege ferenda* que no basta por sí sola para denegar las consecuencias que a esa conducta le corresponden *de lege lata*.

2.3. El arbitraje fiscal en las adquisiciones intra-grupo apalancadas

Una posibilidad muy conocida de que se produzca arbitraje fiscal es la de admitir la deducción de gastos incurridos en la adquisición de activos que generan rendimientos exentos, que era el caso examinado en *Knetch v. United States, cit.*, y que es justo el arbitraje fiscal que la doctrina del TEAC, cuyo comentario nos ocupa, califica como fraude de ley tributaria.

En efecto, el régimen especial de sociedades de cartera o *holdings* españolas (bautizadas como *Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros*, ETVE) permite la exención de los dividendos y plusvalías procedentes de determinadas participaciones en entidades no residentes pero, a diferencia de otros regímenes *holding* de nuestro entorno (como el alemán, el belga, el luxemburgués o el holandés ⁹), no limita la deducción de los gastos asociados a esa inversión generadora de rentas exentas.

Con ello, se posibilita que las *holdings* puedan convertirse en generadoras de bases imponibles negativas («fábricas de impuestos negativos» se las ha llegado a llamar) a compensar tanto con otras rentas obtenidas por las propias *holdings*, como con las bases imponibles obtenidas por otras sociedades de su grupo. Esta posibilidad de arbitraje fiscal, indeseable o no, no puede decirse que fuera contraria al plan del legislador dado que, con la redacción original de la Ley 43/1995, el propio legis-

⁸ En palabras del TS estadounidense:

«The petitioners contend, however, that the Congress, in enacting § 264 of the 1954 Code, authorized the deductions. They point out that § 264(a)(2) denies a deduction for amounts paid on indebtedness incurred to purchase to carry a single premium annuity contract, but only as to contracts purchased after March 1, 1954. The petitioners thus would attribute to Congress a purpose to allow the deduction of pre-1954 payments under transactions of the kind carried on by Knetch with the insurance company without regard to whether the transactions created a true obligation to pay interest. Unless that meaning plainly appears, we will not attribute it to Congress. "To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose." *Gregory v. Helvering*, supra, pág. 293 U. S. 470. We therefore look to the statute and materials relevant to its construction for evidence that Congress meant in § 264(a)(2) to authorize the deduction of payments made under sham transactions entered into before 1954. We look in vain».

⁹ *Vid.* DE GRADO, J. y MORILLA, B.: «Regímenes tributarios de entidades *holding* y su comparación con el régimen de las ETVE de la Ley 43/1995», *Impuestos*, 1998, tomo 2, pág. 73.

lador había establecido medidas concretas contra su aprovechamiento (necesidad de que la ETVE tuviera como objeto social exclusivo o dominante la tenencia de participaciones en entidades extranjeras ¹⁰, incompatibilidad del régimen de ETVE con el de consolidación fiscal ¹¹), que fueron posteriormente eliminadas en el ejercicio 2000 ¹² como medida adicional en la senda iniciada en 1996 para convertir a la ETVE en instrumento de canalización del capital exterior hacia España para ser reinvertido nuevamente en el exterior ¹³.

Y es que, según reconocen todos los comentaristas del régimen, el objetivo de estas medidas era el de permitir que las ETVE compitieran con otros regímenes *holding* de nuestro entorno en atraer inversión extranjera destinada al exterior ¹⁴. Esto es, con independencia de su mayor o menor fortuna, el arbitraje fiscal es, en este caso, fruto de una decisión del legislador español para hacer más atractivo el régimen de las sociedades *holding* en comparación con sus competidores ¹⁵.

Por otro lado, además de estas razones de política legislativa, el tratamiento fiscal del que resulta la ventaja fiscal se encuentra avalado por consideraciones técnicas ya que la exención viene a compensar el hecho de que las rentas hayan sido gravadas en el país en que reside la sociedad participada ¹⁶, por lo que, desde un punto de vista técnico y mirando la operación en su conjunto (*i. e.*, tomando en consideración también el impuesto sobre la filial), puede discutirse, en realidad, la existencia de arbitraje fiscal alguno.

Se plantea entonces si las consecuencias fiscales de estas operaciones (*i. e.*, la deducción de los intereses incurridos en la adquisición de las filiales) deben ser admitidas o si, por el contrario, pueden ser denegados los efectos de estos negocios jurídicos y, en este último caso, cuándo y bajo qué circunstancias procede dicha denegación ¹⁷.

¹⁰ Redacción original del artículo 129.1 de la Ley 43/1995, que dificultaba que las propias ETVE obtuvieran rentas no exentas con las que aprovechar las bases impositivas negativas derivadas del arbitraje fiscal.

¹¹ Artículo 129.3 de la Ley 43/1995, redacción original, con lo que el arbitraje fiscal tampoco podría ser aprovechado por otras entidades del grupo. En este sentido, LÓPEZ RIBAS («Tributación de la Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros española y de sus socios», *Crónica Tributaria*, n.º 98, 2001) explica con claridad cómo la incompatibilidad del régimen de las ETVE con el régimen de los grupos de sociedades pretendía evitar que las bases impositivas negativas se compensasen con las bases impositivas positivas del resto de las entidades del grupo.

¹² Con el Real Decreto-Ley 3/2000 y su posterior ley de convalidación, Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa.

¹³ LÓPEZ RIBAS: «Tributación de la Entidad (...)», *op. cit.*

¹⁴ GONZÁLEZ NARBONA: «Cuáles son las ventajas reales del régimen español de sociedad *holding* (ETVE)», *Gaceta Fiscal*, n.º 172, 1999; PALACIOS PÉREZ y CALVO SALINERO: «La *holding* española como plataforma de inversiones en el exterior», *Nuevas tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, ICE, n.º 825, 2005; ALMUDÍ CID: «Planificación fiscal internacional a través de sociedades *holding*», *Documentos IEF* 24/06; LAORDEN; ARQUÉS (dir.): «Comentarios al Impuesto sobre Sociedades. Tomo II. Regímenes Especiales», Civitas, 1998; LÓPEZ-TELLO y DÍAZ-AGUADO: «Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros», en RUBIO GUERRERO (dir.): *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, IEF, 2003.

¹⁵ ALMUDÍ CID: «Planificación fiscal internacional (...)» *op. cit.*

¹⁶ SANZ GADEA: «El régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros en la Ley 6/2000», *Tribuna Fiscal*, n.º 130-131, 2000, pág. 101.

¹⁷ Debemos hacer notar cómo en esta discusión entra de refilón un factor adicional (al que las resoluciones administrativas comentadas restan aparentemente importancia pero que se revelan a la postre cruciales en la calificación de las operaciones como fraudulentas) que es el siguiente: al arbitraje fiscal puramente «doméstico» puede sumársele, en las operaciones enjuiciadas, uno internacional si resulta que en la jurisdicción de residencia de la sociedad prestamista los intereses no quedan sujetos a tributación.

3. EL CONFLICTO ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y CAPACIDAD ECONÓMICA EN EL ARBITRAJE FISCAL

3.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad, piedra angular del Estado de Derecho¹⁸, hace referencia a una forma de organización de la vida social mediante un gobierno de leyes y no de hombres. La preferencia de la *rule of law* sobre la *rule of men* es así una nota fundamental del principio de legalidad.

En nuestro ordenamiento, el principio de legalidad, formulado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución como uno de sus principios básicos, viene después precisado para el ámbito tributario en su artículo 31 cuando, tras proclamar en su apartado primero el deber de todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo, señala en su apartado tercero que «sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley».

El principio de legalidad se encuentra también inmanente en la propia definición del tributo como obligación *ex lege* de entregar una suma de dinero al ente público destinada a financiar el gasto público¹⁹. Se subraya así que el origen de la prestación no se encuentra en la voluntad de los sujetos ni en la naturaleza de las cosas sino que la obligación surge por imposición de la ley, por un *momento de vinculación positivista* (en la expresión de Werner FLUME) que anuda a un determinado hecho, acto o negocio la consecuencia o efecto jurídico consistente en la obligación de pago del tributo.

Con ello, el principio de legalidad tributaria cumple una función democrática (de participación del pueblo en la elaboración de las normas que regulan su vida social²⁰) y de garantía de autoimposición (en cuanto que ley en sentido formal, como norma de creación parlamentaria, es la expresión más genuina y representativa de la voluntad popular). *Nullum tributum sine representatione* y *no taxation without representation* son los aforismos que reflejan esta faceta del principio de legalidad.

Pero en un Estado de Derecho, el principio de legalidad desempeña también funciones de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley con origen en el hecho de que la ley, en sentido material, establece un mandato conocido y aplicable con carácter general.

El hecho de que en la *rule of law*, a diferencia de en la *rule of men*, el mandato sea conocido permite dar respuesta a la doble necesidad de que el individuo pueda conocer las consecuencias de sus

¹⁸ RODRÍGUEZ BEREJO: «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», *Revista de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 100, 1998, pág. 598; GARCÍA DE ENTERRÍA: «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución» en la obra del mismo autor, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, 1984, págs. 87 y ss.

¹⁹ En este sentido, el artículo 2.1 de la LGT define los tributos como «los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración Pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos».

²⁰ *Vid.* SCALIA: «*A matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*», Princetown University Press, 1997, págs. 9 y ss.

actuaciones frente a las actuaciones de otros individuos y pueda confiar en que el Derecho las protegerá si, precisamente, se han conformado con arreglo a la legalidad²¹. Necesidades estas, de seguridad y de certeza, que son, al fin y al cabo, la causa última del surgimiento de todo el Derecho²² y que exigen tanto exactitud de la regla aplicable y de su contenido como previsibilidad de la acción propia y ajena²³.

Pero es que, además, el hecho de que en la *rule of law* el mandato sea aplicable con carácter general permite también satisfacer los requisitos del principio de igualdad dado que la ley, por su desconsideración hacia lo singular, puede dar respuesta a las distintas situaciones de la vida social y asegurar, así, la igualdad de trato entre los individuos.

En el arbitraje fiscal, la ley establece, como hemos visto, un tratamiento fiscal asimétrico para dos facetas de una misma operación que permite, *ipso iure*, la obtención de una ventaja fiscal. En la medida en que esta ventaja fiscal pueda ser utilizada para reducir la tributación correspondiente a otras rentas obtenidas por el sujeto pasivo, puede producirse un quebranto del principio de capacidad económica que en nuestro ordenamiento viene reconocido en el artículo 31.1 de la Constitución cuando dispone que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad».

Se plantea, entonces, si el arbitraje fiscal debería en todo caso ser corregido dando eficacia directa y prioritaria al referido mandato constitucional.

3.2. El principio de capacidad económica y el deber de contribuir

Es indiscutible que el artículo 31.1 de la Constitución tiene, como los demás preceptos constitucionales, pleno poder normativo [SSTC 16/1982 (FJ 1.º) y 80/1982 (FJ 1.º)]. En esto, la Constitución de 1978 se separa del constitucionalismo decimonónico en el que los deberes constitucionales (en especial los de prestación personal en la defensa de la patria y los de prestación patrimonial para subvenir a los gastos públicos) representaban exigencias éticas o morales derivadas de la pertenencia a una comunidad política pero cuyo incumplimiento no llevaba aparejado sanción alguna²⁴.

La referencia constitucional a la capacidad económica como criterio informador de los tributos, que tiene en su origen un valor puramente programático, adquiere por tanto relevancia jurídica cuando a la parte dogmática de las constituciones se le atribuye valor normativo²⁵. Pero que el artículo 31.1 de

²¹ CASTILLO BLANCO: «El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho», *Documentación administrativa*, n.º 263-264, 2002, pág. 33.

²² RECASENS SICHES: *Tratado general de filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, 1981, pág. 220.

²³ En este sentido, la STC 195/1994 (NFJ003403) (FJ 3.º) indica que el estatuto del contribuyente integrado por derechos y deberes «debe poseer unos razonables niveles de certeza normativa que contrapesen las limitaciones legales al ejercicio de derechos individuales que la Constitución autoriza».

²⁴ RODRÍGUEZ BEREJO: «El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 125, 2005, págs. 6-7.

²⁵ PALAO TABOADA: «Nueva visita al principio de capacidad contributiva», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 124, 2004, pág. 768.

la Constitución tenga valor normativo y sea jurídicamente relevante no quiere decir, sin embargo, que las obligaciones tributarias que la Administración puede exigir a los administrados tengan su fuente inmediata en dicho precepto²⁶.

En un Estado de Derecho, los deberes de prestación con fundamento en el poder de imperio del Estado y que se imponen coactivamente sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerlos, han de tener necesariamente su base en la ley²⁷. Así se desprende claramente del artículo 31.3 de la Constitución Española cuando señala que sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley. Por tanto, el principio de capacidad económica, por sí solo, no basta para imponer obligaciones tributarias a los contribuyentes: la Administración tributaria no dispone de ninguna esfera de acción en la que pueda libremente exigir sus pretensiones al obligado tributario con suprema voluntad y la sujeción del contribuyente al impuesto surge de la propia observancia de la norma jurídica²⁸.

Quiere esto decir, que el deber de contribuir con arreglo a la capacidad económica tiene un carácter abstracto, inespecífico y general que sólo puede concretarse en una obligación jurídica mediante el concurso del legislador y, por ello, como afirma RODRÍGUEZ BEREJO²⁹, este deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos requiere, para su completa exigibilidad, de una norma que los regule concretando los términos en que ha de consistir el comportamiento debido que la Constitución impone.

Sin el concurso de la ley, el deber de contribuir con arreglo a la capacidad económica es, para los contribuyentes, jurídicamente irrelevante, en el sentido kelseniano de que es una norma que prescribe una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción.

Y ello, en primer lugar, porque la eficacia jurídica del principio de capacidad económica se dirige más al sujeto activo (poder tributario) que al sujeto pasivo de la relación tributaria. El principio de capacidad económica opera como un límite al poder legislativo en materia tributaria encaminado a evitar una excesiva discrecionalidad del legislador en este ámbito³⁰. En este sentido, debe recordarse que la tesis doctrinal mayoritaria entiende que el principio de capacidad económica prohíbe las discriminaciones arbitrarias y que su naturaleza, por tanto, es básicamente negativa, encaminada a la eliminación

²⁶ Y ello, aunque el TC haya afirmado [STC 76/1990 (NFJ000802), de 26 de abril, FF.JJ. 3.º y 9.º] que «para los ciudadanos el deber de contribuir implica, más allá del genérico sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que el artículo 9.1 de la Norma fundamental impone, una situación de sujeción y de colaboración con la Administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos (...)». RODRÍGUEZ BEREJO («El deber de contribuir (...)», *op. cit.*, págs. 15-16) critica cómo con estas palabras el TC parece retomar una concepción de la relación jurídico-tributaria como una relación de poder (según la doctrina elaborada por la escuela alemana del Derecho público –GERBER, Otto MAYER– en la segunda mitad del siglo XIX) que se encuentra superada, con el advenimiento del Estados de Derecho por la dogmática de la relación obligacional tributaria –NAWIASKY, HENSEL, BLUMENSTEIN, GIANNINI, JARACH–.

²⁷ RODRÍGUEZ BEREJO: «El deber de contribuir (...)», *op. cit.*, pág. 20.

²⁸ RODRÍGUEZ BEREJO, *loc. cit.* pág. 17.

²⁹ RODRÍGUEZ BEREJO: «Una vuelta de tuerca al principio de capacidad económica. Comentario al ATC 71/2008, de 26 de febrero», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 142, 2009, pág. 21.

³⁰ MOSCHETTI: «Orientaciones generales de la capacidad contributiva», trad. de GOROSPE OVIEDO, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 263, 2003, págs. 519-520.

de injusticias más que al establecimiento de una ordenación justa³¹. En otra tesis, el principio de igualdad se limita a establecer la obligación de igual trato a situaciones iguales y es el principio de capacidad económica el que, en el ámbito tributario, aporta los criterios o parámetros que permiten establecer esa comparación³², permitiendo hacer así efectivo en este ámbito el concepto aristotélico de justicia distributiva³³. Pero en cualquiera de estas dos aproximaciones, el principio de capacidad económica, como criterio de enjuiciamiento de la legislación fiscal, constituye un mandato al legislador (y no al contribuyente) que ve limitada así su discrecionalidad y sus posibilidades de elección en materia tributaria³⁴. El principio de capacidad económica cumple así una función garantista —en cuanto que veda al legislador el gravamen de hechos que no supongan manifestación de riqueza— y una función también solidaria —en cuanto que el legislador queda obligado a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra—³⁵, pero por sí solo no permitiría generar obligaciones a cargo de los administrados.

En segundo lugar, porque la capacidad económica no es un auténtico principio constitucional si entendemos que éstos deben ser, en la expresión utilizada por el profesor ARAGÓN³⁶, «Derecho condensado». Un principio es «Derecho condensado» cuando, aunque no esté determinada la relación entre este principio y las normas en que ha de transmutarse, esa transmutación se produzca efectivamente de forma que la tarea del aplicador del Derecho (y de ese principio jurídico constitucional) sea, precisamente, descubrir las reglas que resultan coherentes y necesarias para su desarrollo.

Pues bien, partiendo de esta concepción de los principios constitucionales, se ha cuestionado si la capacidad económica es un auténtico principio jurídico constitucional específico y autónomo del Derecho tributario o, más bien, un principio político que informa, junto con otros, el Derecho constitucional económico³⁷.

Así, PALAO TABOADA ha afirmado la condición del principio de capacidad económica como mero orientador de una tópica jurídica en materia tributaria y se ha mostrado contrario a su consideración como principio jurídico, si entendemos que de éstos debe poder obtenerse unas directrices razonablemente operativas para la regulación de una materia concreta³⁸. En esta misma línea, PÉREZ

³¹ Tesis de la interdicción de la arbitrariedad formulada por LEIBHOLZ a partir de la jurisprudencia constitucional americana y suiza, que es acogida posteriormente en Alemania y en Italia. Vid. PALAO TABOADA: «Los principios de capacidad económica e igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Revista Española de Derecho Financiero Civitas*, n.º 88, 1995.

³² Tesis de TIPKE, *vid.* de este autor, *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes. (Besteuerungsmoral un Steuer-moral)*, trad. de HERRERA MOLINA, Marcial Pons, 2002.

³³ RADBRUCH: «Introducción a la Filosofía del Derecho», *Breviarios del Fondo de Cultura*, México, Sexta reimpresión, 1998, pág. 32.

³⁴ GONZÁLEZ GARCÍA: *El fraude a la Ley Tributaria en la Jurisprudencia*, Aranzadi, 2001, pág. 35; MOSCHETTI: «Orientaciones generales (...)», *op. cit.*, págs. 520-522 con mayores referencias.

³⁵ SSTC 27/1981, de 20 de julio (NFJ000001), FJ 4.º; 150/1990, de 4 de octubre (NFJ004014), FJ 9.º; 221/1992, de 11 de diciembre (NFJ002247), FJ 7.º; 233/1999, de 16 de noviembre (NFJ008394), FJ 14.º.

³⁶ ARAGÓN: «La eficacia jurídica del principio democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n.º 24, septiembre-diciembre 1988.

³⁷ PÉREZ DE AYALA: *Algunos problemas interpretativos del artículo 31.1 de la Constitución Española en un contexto jurisprudencial*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, págs. 47 y ss.

³⁸ PALAO TABOADA: «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en VV.AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro (II)*, Ed. Tecnos, 1976, págs. 375-426; «Los principios de capacidad económica (...)», *op. cit.*, pág. 13; «Nueva visita al principio de capacidad contributiva», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, 124, 2004.

DE AYALA ha señalado la incapacidad del principio de capacidad económica para transmutarse en reglas concretas debido a que en el ámbito del Derecho tributario entran en juego conceptos elaborados por las ciencias económicas en el marco de un discurso que, no sólo no es jurídico sino que, además, es opinable ³⁹.

El principio de capacidad económica, si bien debe inspirar el ordenamiento tributario, no es la premisa de la que puedan deducirse todas sus normas concretas, ni de él pueden deducirse reglas operativas para el diseño del sistema tributario en su conjunto o de impuestos singulares ⁴⁰, ni impide que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones extrafiscales [STC 37/1987 (NFJ000269)]. Así, el TC ha señalado que «el principio de capacidad económica no es un axioma del que puedan extraerse, por simple deducción lógica, consecuencias positivas precisas y concretas, sobre la particular regulación de cada figura tributaria» [STC 221/1992, de 11 de diciembre (NFJ002247)].

3.3. El conflicto entre ambos principios en el arbitraje fiscal y el papel de las normas anti-abuso

La cuestión de si el principio de capacidad económica permite negar de plano la posibilidad en Derecho del arbitraje fiscal debe entonces responderse en sentido negativo: no es legítimo pretender negar la licitud de las oportunidades de arbitraje fiscal que ofrece el ordenamiento invocando el principio de capacidad económica y sin apoyo de una norma legal porque ello significaría ignorar otros principios constitucionales como el de reserva de ley ⁴¹. Quiere esto decir que la indeseabilidad de una economía de opción (por utilizar la expresión acuñada por el TC y entendiendo la indeseabilidad como la contrariedad al principio de capacidad económica) no lleva aparejada *per se* su ilicitud.

Es una norma legal y no el principio de capacidad económica la que nos debe indicar si las oportunidades de arbitraje fiscal deben o no ser admitidas en un caso concreto. Y a falta de una norma anti-abuso específica para un concreto arbitraje fiscal, habrá que acudir a la norma anti-abuso de carácter general que, en su caso, exista en el ordenamiento jurídico de que se trate ⁴².

Serán las normas anti-abuso vigentes en cada ordenamiento las que indiquen entonces cuándo el contribuyente se aprovecha abusivamente del arbitraje fiscal y cuándo no.

³⁹ PÉREZ DE AYALA, *loc. cit.*

⁴⁰ PALAO TABOADA: «Nueva visita al principio (...)», *op. cit.*, pág. 769. Apunta el mismo autor en otro lugar —«Apogeo y crisis (...)», *op. cit.*, pág. 391— cómo la idea contraria fue defendida por la doctrina italiana anterior al último cuarto del siglo XX que «creyó haber hallado en la capacidad contributiva el concepto clave para juzgar la legitimidad de las leyes fiscales y por ende, para fijar los límites del poder tributario» de forma que, en el concepto de capacidad contributiva, estarían comprendidos los criterios de imposición «que bastaría desarrollar para obtener en sus líneas esenciales el sistema tributario prefigurado por las leyes fundamentales» y cómo (ib., pág. 400) «la inutilidad de los penosos esfuerzos de la doctrina por delimitar conceptualmente el concepto de capacidad contributiva, ha llevado a algunos autores a abandonar la aspiración inicial de erigir dicho concepto en el criterio exclusivo de justicia tributaria y, aun sin abandonarlo por completo, a reducir su papel a límites mucho más modestos».

⁴¹ MOSCHETTI: «Orientaciones generales (...)», *op. cit.*, pág. 525; GARCÍA NOVOA: *La cláusula general anti-elusiva en la nueva Ley General Tributaria*, Marcial Pons, 2004, pág. 101.

⁴² BOYLE: «Cross Border Tax Arbitrage-Policy Choices and Political Motivations», *British Tax Review*, n.º 5, 2005, pág. 529.

En los casos que nos ocupan, como las operaciones enjuiciadas se realizaron antes de la entrada en vigor de la Ley 58/2003, la Administración ha acudido a la norma reguladora del fraude de ley tributaria contenida en el artículo 24 de la derogada Ley 230/1963. Como es sabido, esta norma disponía, en su párrafo primero, que «para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del impuesto, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible» y apuntaba, en su apartado 2, que «los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellos» (el subrayado es nuestro).

Son cuatro, entonces, los requisitos para la existencia de fraude de ley: norma defraudada, norma de cobertura, propósito de eludir y resultado equivalente al derivado del hecho imponible.

Nos gustaría en las líneas que siguen enjuiciar la forma en que la doctrina administrativa que nos ocupa entiende cumplidos estos cuatro requisitos. En el bien entendido de que, en nuestra opinión, si la adecuación de Derecho de las operaciones que nos ocupan debe dilucidarse bajo la aplicación de normas anti-abuso de carácter general, no cabe la existencia de una respuesta preconcebida a esta cuestión, sino que dicha respuesta debería ser fruto del análisis particular de las concretas circunstancias de cada caso. Y en este sentido, el hecho de que se trate de operaciones intra-grupo que producen una evidente ventaja fiscal, no debería ser determinante ni el único fundamento a su declaración como fraude de ley dado que dicha ventaja fiscal surge de la propia configuración del ordenamiento tributario y dado que la realización de operaciones entre sociedades de un mismo grupo es, a efectos fiscales, plenamente lícita y eficaz ⁴³.

4. LAS ADQUISICIONES INTRA-GRUPO APALANCADAS Y LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA SENTADA EN LAS RESOLUCIONES DEL TEAC DE 17 DE MAYO DE 2007 Y 25 DE JUNIO DE 2009

4.1. Norma defraudada

En el fraude de ley la existencia de una norma defraudada es crucial. Y ello porque, como señaló el TS en su Sentencia de 13 de junio de 1959, la esencia del fraude de ley no pivota en los motivos de las partes sino en la interpretación de las normas tributarias en liza. De esta forma, nos decía el Alto Tribunal, para calificar un negocio como realizado en fraude de ley «no es necesario que la persona o personas que realicen el acto o actos en fraude tengan intención o conciencia de burlar la ley, ni consiguientemente la prueba de la misma, porque el fin último de la doctrina del fraude es la defensa del cumplimiento de las leyes, no la represión del concierto o intención maliciosa de la que se encargan otras instituciones».

⁴³ Sobre todo cuando se respeta el principio de empresa independiente o valoración a mercado de las operaciones; esto es, cuando las operaciones se realizan entre sociedades del mismo grupo como si se hubieran realizado con terceros independientes. ¿Por qué negar en esas circunstancias una ventaja fiscal que sí resultaría aplicable a las mismas operaciones de haber sido realizadas entre terceros? ¿No supone esto una quiebra del principio de igualdad ante la ley?

Entendemos así, que una norma anti-abuso basada en la dogmática del fraude de ley, que es el caso que nos ocupa, no introduce criterios distintos a los de interpretación jurídica de las normas para determinar si cabe denegar las consecuencias fiscales pretendidas por el contribuyente. Y, desde luego, lo que no introduce son eventuales juicios de motivos económicos válidos o de sustancia económica.

4.1.1. *La inexistencia de resultado contrario al ordenamiento jurídico*

Para ver si tenemos un resultado contrario al ordenamiento jurídico es preciso entonces analizar las normas tributarias en liza y ver si, con los criterios de interpretación jurídica contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil, realmente se produce vulneración jurídica alguna.

En el caso de las normas de las que resulta el arbitraje fiscal cuestionado:

- a) Los **antecedentes legislativos** indican que, con la redacción original de la Ley 43/1995, el legislador, consciente de que la deducción irrestricta de gastos asociados a rentas exentas convertía a las ETVE en «fábricas de impuestos negativos», estableció límites expresos al aprovechamiento de las ventajas fiscales generadas que fueron suprimidos posteriormente en una reforma legislativa en la que se concedían a las ETVE y a las sociedades *holdings* en general importantes beneficios.
- b) Todo apunta a que la **finalidad** del legislador era convertir a las ETVE en un régimen competitivo con el de otras sociedades *holdings* de nuestro entorno y a que, por tanto, se pretendía atraer inversiones en el exterior de grupos multinacionales que hasta la fecha se mantenían en sociedades de cartera extranjeras.
- c) El **contexto normativo** de las normas aplicadas es revelador de un propósito de promover la transmisión de las inversiones en el exterior de grupos internacionales, desde las *holdings* tradicionales a las nuevas ETVE españolas:
 - El propio artículo 21.1 a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) permite tomar en consideración el periodo en que la participación hubiera sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades del mismo grupo de sociedades a efectos del cómputo del año mínimo de tenencia exigido para la exención.
 - No existe ninguna norma específica que permita enervar el efecto fiscal normal y propio de las operaciones enjuiciadas por el hecho de llevarse a cabo con otras sociedades del grupo. Porque, introducir una norma específica en situaciones que, de no existir la norma, habría que calificar como incluidas dentro de la libre autonomía privada, es lo que hace el legislador cuando trata de enervar el efecto fiscal normal y propio de operaciones intra-grupo. Lo hace en el propio artículo 21 del TRLIS [apartados 2 c) y 4]; en el 11.4 b), sobre amortización del inmovilizado; en el 12.6, sobre amortización del fondo de comercio; en el 19.6, sobre reversión del deterioro, o en el 35.2.b) 3, sobre el cómputo de la base de la deducción por actividades de innovación tecnológica, por citar algunos.

No parece entonces que una interpretación de las normas aplicadas según el sentido propio de sus palabras y atendiendo a su contexto, antecedentes legislativos y finalidad permitan llegar a la conclusión de que estas operaciones produzcan un resultado contrario al ordenamiento.

La ventaja fiscal, en este caso, viene determinada por la propia configuración del ordenamiento y no sólo no es contraria al plan del legislador sino que, antes bien, ha sido consentida y creada *ex professo* por éste.

4.1.2. Las dificultades para considerar los artículos 4 y 10 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades como normas defraudadas

Entienden, sin embargo, las resoluciones comentadas que las normas defraudadas son el artículo 4 de la LIS (a cuyo tenor constituye el hecho imponible la obtención de renta por el sujeto pasivo) y el artículo 10 del mismo texto legal (relativo a la determinación de la base imponible del impuesto).

Admitir la deducción de gastos relacionados con activos generadores de rentas exentas puede conllevar, *per se*, un conflicto con el artículo 4 de la Ley del Impuesto que declara como hecho imponible la obtención de renta por el sujeto pasivo. Y es que este conflicto va intrínseco en la propia existencia de un arbitraje fiscal.

Sin embargo, es evidente que, entre una norma tan genérica como el artículo 4 de la Ley del Impuesto, y las normas concretas que luego establecen exenciones para determinados tipos de renta y que no introducen limitación alguna en los gastos deducibles relacionados con dichas rentas, el mandato de las segundas prevalece sobre el de la primera.

El propio TEAC así lo admite en las resoluciones comentadas cuando permite que los grupos de sociedades se deduzcan las bases imponibles negativas generadas por las ETVE en inversiones fuera del grupo o que han sido financiadas por terceros ajenos al grupo. Si la misma afronta al artículo 4 de la ley (cuando declara como hecho imponible la obtención de renta por los grupos españoles) se produce en un caso y en otro, ¿por qué ha de ser la pertenencia o no de las partes involucradas a un mismo grupo el elemento crucial para que prevalezca en un caso el artículo 4 y en el otro la deducción de los gastos financieros? ¿No supone esto una quiebra del principio de igualdad ante la ley? En realidad, que el elemento crucial para diferenciar unos casos de otros sea el hecho de que la financiación venga proporcionada por otras sociedades del grupo es indicativo de que, en última instancia, lo que la Administración pretende es suplir la inexistencia de la norma que enervaría el efecto fiscal normal y propio de préstamos intra-grupo que financian inversiones generadoras de rentas exentas. No nos parece, sinceramente, que ésta sea labor de la Administración, ni que ésta sea la función encomendada al fraude de ley tributaria.

Sobre todo en un caso en el que puede pensarse que la inexistencia de esa norma no es involuntaria puesto que poco tiempo después de aprobada la Ley 6/2000 ya se había llamado la atención sobre los efectos de su inexistencia⁴⁴, parece que en varias ocasiones desde la propia Administración

⁴⁴ Vid. SANZ GADEA (2001): «El régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la Ley 6/2000» publicado en *Tribuna Fiscal*, n.º 130/131; LÓPEZ RIBAS, *op. cit.*

se había planteado su modificación⁴⁵ y diez años después sigue sin haberse adoptado ninguna medida legislativa al respecto.

En cualquier caso, nos gustaría apuntar que entender que la norma defraudada es el artículo 4 de la Ley del Impuesto equivale a invocar el principio de capacidad económica para soslayar los efectos de las normas concretas que, al establecer la exención para ciertas rentas obtenidas por las ETVE, no restringen en modo alguno la deducibilidad de los gastos asociados a estas rentas.

Y ya hemos dicho que esa invocación del principio de capacidad económica no nos parece correcta porque éste, según reiterada doctrina de nuestro TC, constituye un mandato y un límite al legislador que queda obligado «a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentre» [SSTC 27/1981, de 20 de julio (NFJ000001), FJ 4.º; 150/1990, de 4 de octubre (NFJ004014), FJ 9.º; 221/1992, de 11 de diciembre (NFJ002247), FJ 7.º; 233/1999, de 16 de diciembre (NFJ008394), FJ 14.º], pero no constituye, sin embargo «un axioma del que puedan extraerse, por simple deducción lógica, consecuencias positivas precisas y concretas, sobre la particular regulación de cada figura tributaria» [STC 221/1992, de 11 de diciembre (NFJ002247)] ni un principio que, por sí solo y sin el concurso de la ley, pueda imponer obligaciones a los ciudadanos. No puede hacerse recaer sobre los administrados que aplican la ley en sus justos términos el reproche de que el legislador *no haya buscado la riqueza allí donde la riqueza se encontraba* o de que, por razones técnicas o de otra índole, no haya estado acertado al establecer un determinado régimen. Que es, justamente, lo que hace la Administración al apreciar la existencia de fraude de ley en estos casos.

4.2. Norma de cobertura

Para que pueda hablarse de fraude de ley, es necesario que se realicen negocios jurídicos amparándose «en el texto de normas dictadas con distinta finalidad» a la buscada por el sujeto pasivo. La Administración entiende que las normas de cobertura, en las operaciones enjuiciadas, vienen constituidas por el artículo 10.3 de la LIS, que se remite para la determinación de la base imponible al resultado contable que, en principio, considera como gastos los financieros derivados de deudas; por el artículo 20 de la LIS, que admite la deducibilidad de los intereses correspondientes a préstamos con entidades no residentes vinculadas siempre y cuando el importe de la financiación no sea superior a tres veces el capital fiscal por las normas de consolidación fiscal y por las normas reguladoras de los negocios privados realizados.

4.2.1. Las normas contables

En cuanto a las normas contables que permiten la deducción de gastos financieros, su finalidad es mostrar la imagen fiel de la situación de una sociedad que asume la obligación de desprenderse en el futuro de recursos económicos. Si en las operaciones enjuiciadas las sociedades españolas pres-

⁴⁵ *Id.* coda final del trabajo de NEBOT LOZANO (2006): «Las entidades de tenencia de valores extranjeros», presentado al VII-A Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el segundo semestre de 2006.

tatarías han asumido esa obligación (y, especialmente, si se han desprendido efectivamente de esos recursos) el reconocimiento de los intereses como gasto contable no puede ser contrario a la finalidad de la norma contable que establece dicha posibilidad.

4.2.2. *La norma para evitar la subcapitalización*

En cuanto a la norma para evitar la subcapitalización, resulta criticable su invocación como norma de cobertura dado que, según criterio reiterado de nuestros tribunales de justicia (*vid.* SSTs de 24 de mayo de 2003 –NFJ014382, FJ 3.º– o SSAN de 3 de diciembre de 1996 –JT1996\1651–), cuando el sujeto pasivo se ajusta escrupulosamente a la normativa aplicable en determinadas circunstancias que han sido identificadas por el legislador como potencialmente elusivas, la Administración debe admitir como lícito el resultado de la aplicación de tales normas y no puede evitar su aplicación acudiendo a otros preceptos generales de la legislación tributaria en materia de interpretación o calificación. Esto es, las normas específicas anti-abuso no pueden ser utilizadas como normas de cobertura ilegítimamente aplicadas por el sujeto pasivo ni la Administración puede evitar su aplicación mediante la invocación de normas sobre interpretación o calificación. Y la norma anti-subcapitalización no es más que eso: una norma específica anti-abuso mediante la cual el legislador traza una línea divisoria entre lo que debe considerarse un importe razonable y lícito de endeudamiento con una entidad vinculada y lo que no, que no puede, por tanto, ser considerada una norma de cobertura aplicada fuera de su finalidad.

En cualquier caso, la doctrina sentada en estas resoluciones entiende que se hace aplicación de esta norma fuera de la finalidad para la que fue dictada cuando las necesidades de financiación no son reales y que éstas no lo son cuando surgen para realizar operaciones que tienen como único motivo la reducción de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades español.

En coherencia con este discurso, las adquisiciones realizadas en las operaciones enjuiciadas son calificadas como una «*mera reordenación o trasvase de participaciones dentro del grupo, en la que no se abren al grupo nuevos mercados y en la que la participación del grupo en la sociedad adquirida sigue siendo la misma*» para trasladar el mensaje de que son adquisiciones que quedan fuera del propósito del régimen. Sin embargo, como hemos apuntado, una interpretación de las normas de acuerdo con su tenor literal, su contexto, antecedentes históricos y legislativos y su finalidad, aboca a concluir exactamente en lo contrario: que uno de los principales efectos buscados por el legislador era la sustitución de las *holdings* europeas por las nuevas *holdings* españolas y que en ese proceso el trasvase de participaciones intra-grupo era plenamente querido. Y teniendo en cuenta esto (*i. e.*, que fue el legislador el que pretendía incentivar a los grupos internacionales para que traspasaran sus participaciones desde las tradicionales *holdings* del grupo a las recién creadas sociedades *holdings* españolas), es evidente que los grupos internacionales que acudieron a esa llamada y que pretendieron realizar esa transmisión se encontraron con la necesidad de financiar esas transmisiones intra-grupo. Dado que no hay ningún indicio de que en esa transmisión intra-grupo el legislador quisiera restringir las fuentes de financiación utilizadas, la Administración no puede suplir esa falta de restricciones aplicando una norma que no existe: la que enervaría el efecto normal y propio de la financiación intra-grupo para estas operaciones.

4.2.3. *La norma de consolidación fiscal*

En cuanto a las normas de consolidación fiscal, el resultado que se pretende con su aplicación es el mismo que el del legislador cuando levantó, en el ejercicio 2000, la prohibición de que las ETVE pudieran formar parte de los grupos de consolidación fiscal: permitir la compensación de las bases imponibles negativas generadas en la ETVE (que ya se sabía que eran potenciales generadores de bases imponibles negativas) con los beneficios operativos del grupo. Es difícil entender cómo el uso de una posibilidad que ha sido expresamente permitida por el legislador puede calificarse de abusivo o espurio.

Además, el régimen de consolidación fiscal constituye lo que la doctrina científica ha calificado de opción fiscal: una alternativa o vía que la ley tributaria expresamente ofrece al contribuyente para que pueda hacer uso de ella cuando, obviamente, le resulte beneficioso. El ejercicio de una opción expresa que la norma ofrece para alcanzar un determinado resultado no puede ser contrario a la finalidad de la norma que ofrece esa opción cuando se busca ese resultado.

4.2.4. *Las normas de derecho privado sobre los negocios celebrados*

Las resoluciones cuyo comentario nos ocupa también califican como normas de cobertura las normas de Derecho privado reguladoras de los negocios celebrados. Se suma así esta doctrina administrativa a la posición dominante que entiende que «la esencia del fraude de ley reside precisamente en la existencia de un resultado económico que choca con la estructura de los actos o negocios empleados e integra la causa de otros actos o negocios gravados», por decirlo en palabras del profesor PALAO TABOADA, quien en otro lugar ha señalado que para la caracterización de la elusión fiscal lo que importa no es el propósito de reducir impuestos (que, señala, incluso hay que considerar lícito), «sino el medio utilizado para lograrlo, que no lo es». Y aclara «el medio es un negocio jurídico (nunca un "hecho" y rara vez un simple "acto jurídico") utilizado en contra de su finalidad natural, vaciándolo de su causa, en definitiva, utilizándolo de forma artificiosa».

Como este punto entronca con el abuso y la artificiosidad de las formas empleadas que son, en el fraude de ley, el indicio de la existencia del propósito de eludir, su comentario lo haremos seguidamente.

4.3. **Propósito de eludir**

4.3.1. *La insuficiencia de la motivación fiscal*

Para que exista fraude de ley, el amparo en la norma de cobertura se ha tenido que buscar con el «propósito de eludir el tributo» (esto es, con el propósito de contrariar el mandato establecido en la norma defraudada). Es este propósito de elusión al buscar el cobijo de la norma de

cobertura lo que, precisamente, provoca el rechazo del ordenamiento a amparar la conducta del obligado tributario.

Pues bien, este propósito de eludir no puede ser identificado con la búsqueda de un mejor tratamiento fiscal o con la elección de la alternativa fiscalmente más ventajosa de entre todas las posibles ya que éstos son motivos perfectamente legítimos y lícitos y, por ello, válidos para respaldar las consecuencias fiscales que se pretendieran por el contribuyente.

El propio TEAC señaló en su Resolución de 28 de febrero de 1996 (La Ley 11064/1996) que «es legítima la búsqueda [por parte del sujeto pasivo] de fórmulas que, dentro de la ley tributaria, permitan acogerse a la opción que más convenga a sus intereses». El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de La Rioja, en su Sentencia de 13 de julio de 2000 [(NFJ009547), FJ 7.º], afirma que «la Administración no puede pretender evitar que el contribuyente, conocedor del estado de las actuaciones de legislador, diseñe en el tiempo operaciones previendo un tratamiento más beneficioso a sus intereses, siempre que se sirva de la normativa vigente aplicada e interpretada en función de la verdadera naturaleza del hecho imponible con respeto a los principios constitucionales (v. gr. seguridad jurídica, art. 9, capacidad económica, art. 31 y legalidad, art. 25), tal como tiene declarado el TS en constante jurisprudencia de la que es exponente su Sentencia de 22 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4301)». El TSJ de Navarra, en su Sentencia de 11 de junio de 2001 [(NFJ011662), FJ 6.º], afirma que la economía de opción es «expresión de la libertad privada de elegir los negocios y formas jurídicas adecuadas, buscando la menor incidencia del ordenamiento tributario, generando un ahorro tributario, y ello incluso con fundamento único en la intangibilidad de la esfera personal y patrimonial del individuo con apoyo en el respeto a los derechos de la personalidad (art. 10 de la CE)». Nuestro TS, en su Sentencia de 2 de noviembre de 2002 [(NFJ013638), FJ 6.º], constató que «los contribuyentes pueden elegir entre las varias posibilidades que ofrece la ley, la más ventajosa para sus intereses, y entre estas ventajas figura la de poder escoger lo que resulte fiscalmente más rentable, siempre que no vulneren ninguna obligación legal, y ello, aunque las formas contractuales escogidas no sean habituales, normales o tradicionales»; y en su Sentencia de 24 de mayo de 2003 (NFJ014382), respaldó el «uso alternativo de las normas fiscales, con la finalidad de abonar impuestos menos gravosos», calificando dicho uso de «enteramente lícito, siempre que se utilicen figuras contractuales auténticas y no se trate de eludir el pago de los impuestos». El TC, en su sentencia 173/1996, de 31 de octubre [(NFJ004656), FJ 2.º], ha hablado del derecho de los sujetos a planificar su actividad confiados en la legislación vigente. Y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha dejado sentado que es perfectamente lícito tener en cuenta consideraciones de tipo fiscal a la hora de tomar decisiones económicas [STJCE *Cadbury*, C-196/04 (NFJ023535), apdo. 37].

Esta declaración de principios es, además, compartida por los tribunales de los países de nuestro entorno. Incluso en los países anglosajones de *common law*, donde se han desarrollado las doctrinas jurisprudenciales del *business purpose*, nos encontramos con que el escrutinio subjetivo sobre los motivos de las partes no se utiliza como canon exclusivo para concluir en la ilicitud de una determinada planificación fiscal ⁴⁶.

⁴⁶ Como hemos analizado en otro lugar. Cfr. «La relevancia jurídica de la motivación fiscal. Influencia del business purpose en el ordenamiento tributario español», Dykinson, 2009.

En la doctrina cuyo comentario nos ocupa, sin embargo, el reproche administrativo reside, a la postre y en el fondo, en que las operaciones realizadas entre sociedades del grupo resultan en la reducción de la base imponible del grupo en España. Esto es, de la lectura de las distintas resoluciones del TEAC, el poso que queda es que, al final, la razón por la que la Administración declara la existencia de fraude de ley radica en la presencia de una motivación fiscal en operaciones intra-grupo.

Pues bien, una motivación fiscal que en sí misma es reconocida como lícita por todo el mundo, no puede tornarse en indicio exclusivo de abuso cuando se trata de una operación entre partes vinculadas. Sobre todo si, como parece ser el caso en las resoluciones enjuiciadas, esas operaciones intra-grupo superan el umbral de legitimidad que el Derecho tributario ha establecido para ese tipo de operaciones: el de ser realizadas a condiciones de mercado.

La motivación fiscal, pues, es condición necesaria pero no suficiente para la aplicación de las normas anti-abuso generales. Hace falta algo más. En el fraude de ley ese algo más se ha identificado con la (i) artificiosidad de la vía elegida (ii) para alcanzar el resultado fiscal pretendido.

4.3.2 La artificiosidad de la vía elegida

a) La artificiosidad como anomalía en la causa típica o función social jurídicamente protegida del negocio.

La artificiosidad, cuando se trata de negocios jurídicos aislados, se ha reconducido por la doctrina a una anomalía causal: a una utilización del negocio prescindiendo del fin o propósito práctico para el cual el legislador los regula o protege.

Así, es lugar común que el fraude de ley consiste en la existencia de un negocio jurídico utilizado por las partes buscando la cobertura o amparándose en la norma que regula tal negocio y protege el resultado normal del mismo con el propósito de conseguir, no tanto ese fin normal del negocio jurídico elegido, como oblicuamente un resultado o fin distinto o contrario a una norma (ley defraudada) porque, en el caso concreto, el negocio elegido satisface el interés de las partes por ser coincidente, en definitiva, con el prohibido (*vid.* SAN de 7 de noviembre de 1997).

La calificación de un negocio como «artificial» presupone así que los actos o negocios jurídicos tienen un resultado o fin adecuado a su forma, una finalidad abstracta y típica, una causa en sentido objetivo, que es la que el ordenamiento jurídico considera merecedora de protección. Y se entiende que, cuando se celebran actos o negocios jurídicos para conseguir el resultado o fin de otros, la utilización de esos negocios es inadecuada, impropia, inapropiada o forzosa. En definitiva: artificiosa.

Se entiende que los derechos y los negocios jurídicos cumplen una función social y que se abusa de ellos cuando se utilizan de forma no adecuada al cumplimiento de esa función social. En

esta posición y, en suma, la artificiosidad se reconduce a un defecto o anomalía causal. Se identifica así la artificiosidad con la utilización de una forma jurídica inadecuada o forzada ⁴⁷, impropia para la obtención del resultado conseguido ⁴⁸ o con una finalidad atípica ⁴⁹.

Si la apreciación de la artificiosidad se reconduce, con carácter general, al control jurídico de la causa típica, cabe plantearse si en las operaciones enjuiciadas la causa típica del negocio realizado presenta anomalía alguna. En principio, nos parece que se han pretendido los efectos típicos de las formas elegidas (compra de filial y financiación total o parcial del precio mediante endeudamiento) y que las formas elegidas han desempeñado la función que el Derecho las atribuye (adquisición de los derechos políticos y, sobre todo, económicos sobre las filiales adquiridas y obligación de repagar el principal recibido en préstamo junto con los correspondientes intereses). No se alcanza a comprender dónde radica la eventual anomalía causal.

b) La artificiosidad como incorporación de los motivos fiscales a la causa.

Sin perjuicio de lo anterior, algunos pronunciamientos judiciales y alguna resolución del TEAC entienden que la artificiosidad debe apreciarse si los motivos fiscales se han incorporado a la causa.

Pues bien, la doctrina civilista de la incorporación de los motivos a la causa, que surge para controlar los vicios causales de ilicitud y de falsedad, exige para su aplicación dos requisitos: primero, que el motivo sea ilícito, lo que plantea en nuestro caso la dificultad de que los motivos fiscales no son, ni pueden ser, ilícitos en sí mismos; segundo, que los motivos trasciendan a dar sentido al negocio: a su propio objeto o a sus términos o condiciones. Así, en relación con la doctrina de la incorporación e integración de los motivos en la causa, el profesor DE CASTRO ⁵⁰ afirmaba:

«Resultarán entonces indiferentes los móviles, deseos y expectativas que hayan impulsado a una o ambas partes (...) mientras no trasciendan a *dar sentido al negocio*. [Cursivas en el original; el subrayado es nuestro] Lo que puede resultar unas veces directa o inmediatamente del objeto o condiciones del negocio (por ejemplo, asesinar, "tongo", "dicotomía" médica); otras, el carácter inhumano se revela en alguna peculiaridad de los requisitos del mismo, por ejemplo cantidad (precio mayor, por venderse como casa de lenocinio en activo; menor, como de receptor) o calidad de la prestación (instalación de casa de juego prohibido), de las circunstancias (préstamo de casa de juego para seguir jugando) y hasta del propósito mediato ilícito pero advertible (por ejemplo, donación disimulada como compraventa para defraudar a los legitimarios)».

⁴⁷ PALAO TABOADA: «El fraude de ley en Derecho tributario», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 63, 1996; FERREIRO LAPATZA: «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2001; GARCÍA NOVOA: *La cláusula antielusiva (...)*, op. cit., págs. 395-396.

⁴⁸ GARCÍA NOVOA: *La cláusula antielusiva (...)*, op. cit. pág. 370.

⁴⁹ HERRERA MOLINA; MARTÍN JIMÉNEZ: «El fraude a la ley tributaria en el Derecho español», en la obra colectiva SOLER ROCH, M.T. y SERRANO ANTÓN, F. (dir.): *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.

⁵⁰ DE CASTRO: *El negocio jurídico*, reimpresión 1991, Civitas, pág. 246.

Esto es, tiene que existir alguna anormalidad en el negocio que encuentre su explicación en los motivos de las partes.

Esta anormalidad negocial ha sido bien fundamentada por nuestros tribunales de justicia en los casos en que han decidido dar efecto a esta doctrina de «incorporación de los motivos a la causa» en el ámbito tributario.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 20 de noviembre de 2000 del TSJ de Navarra (NFJ010325), analiza la adecuación a Derecho de una típica operación de usufructo temporal de obligaciones bonificadas, para concluir, desde la doctrina civilista de incorporación de los motivos a la causa, que el contrato de usufructo temporal tenía una causa oculta (la cesión de un beneficio fiscal que el titular de las obligaciones no podía aprovechar) que era ilícita, con lo que el negocio no podía desplegar efectos fiscales.

Pues bien, el FJ 4.º de esta sentencia nos permite constatar que en el caso enjuiciado existían verdaderamente anomalías en las circunstancias temporales («adquisición onerosa por la parte hoy actora a la entidad financiera titular del cupón de la cesión del usufructo temporal de las obligaciones bonificadas el mismo día del vencimiento del cupón o en escasas fechas anteriores»), en el precio («por un precio superior a su valor») o en el beneficio a obtener por el sujeto pasivo (la parte actora, de forma paradójica si se aceptaran sus tesis, asume en el momento de la celebración del contrato de cesión del usufructo temporal que se va a producir un rendimiento negativo), que son las que el Tribunal considera reveladoras de la verdadera causa del contrato y de su naturaleza.

Igual razonamiento (y búsqueda de anomalías negociales) se encuentra en las Sentencias del mismo Tribunal de 25 de octubre de 2000 (NFJ010256), FJ 4.º, y de 5 de febrero de 2001 (NFJ010338), FJ 4.º. Y exactamente el mismo razonamiento ha sido acogido por el TS en su Sentencia de 18 de diciembre de 2006 (NFJ024908), FJ 3.º, apartado 4.

Extrapolando esta doctrina, habría que concluir que no cabe aquí incorporación alguna de los motivos a la causa negocial en las operaciones que nos ocupan dado que no se trata de extender negocialmente un beneficio fiscal a sujetos pasivos que en principio no tienen derecho a ellos (que era, en cambio, el caso de la jurisprudencia apuntada) y no presenta el negocio anormalidad alguna⁵¹ que encuentre su sentido en la motivación fiscal de las partes.

4.3.3. *Artificio puesto al servicio de la ventaja fiscal*

a) La artificiosidad en operaciones complejas

En muchas ocasiones, la artificiosidad no se deduce de los negocios jurídicos realizados por el contribuyente aisladamente considerados, sino de su consideración conjunta. Entendemos que, justamente, esto es lo que pretenden hacer las resoluciones comentadas cuando se extienden en el análisis de operaciones realizadas al tiempo de las que ocasionan la ventaja fiscal que se discute.

⁵¹ En la medida en que la propia Administración y las resoluciones comentadas reconocen el respeto en estas operaciones al principio de empresa independiente.

La artificiosidad en operaciones complejas ha sido especialmente analizada en los países anglosajones con el desarrollo de las doctrinas de la *steps transactions* en Norteamérica y de las *composite transactions* en el Reino Unido.

Con arreglo a estas doctrinas, una serie de negocios encadenados son tratados como una sola operación cuando se encuentran integrados en una secuencia encaminada a la obtención de un resultado concreto. En el célebre *Gregory v. Helvering*, que cita el TEAC en sus Resoluciones de 17 de mayo de 2007 y de 25 de junio de 2009, por ejemplo, cada uno de los pasos dados por la Sra. Dña. Evelyn F. Gregory resultaba imprescindible para el resultado fiscal de recibir las acciones sin tributación⁵². Igual sucede en el caso *Ramsay*, resuelto por la Cámara de los Lores, en el que cada uno de los pasos de la operación va encaminado a crear de forma artificiosa una pérdida fiscal⁵³.

Esta relación de causalidad entre la serie de negocios realizados y el resultado fiscal obtenido para poder apreciar la artificiosidad que constituye la esencia del fraude de ley también se encuentra latente en la mayor parte de los pronunciamientos de nuestros tribunales cuando aprecian la existencia de esta artificiosidad.

Por ejemplo, en la Sentencia del TS de 11 de julio de 2003 (NFJ015044), donde en un corto periodo de tiempo el contribuyente lleva a cabo una segregación de un terreno en dos parcelas, seguida de la segregación, respecto de una de ellas, de tres solares, y de la segregación, respecto de la otra de otros siete solares, ocasionando una «distribución irracional de elementos urbanísticos, con zonas comunes que quedan en poder de la inmobiliaria, aun después de vender apartamentos y locales y con una anómala servidumbre de paso para el acceso desde la calle». Todo ello, para evitar que las parcelas construidas dieran a la calle y tributaran en mayor medida por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU). O en las Sentencias de la Audiencia Nacional (SAN)

⁵² *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935) *aff'ng* 69 F.2d 809 (1934). Este caso analizaba la licitud de las actuaciones realizadas por la Sra. F. Evelyn Gregory para conseguir la venta de las acciones de una sociedad (Monitor Securities Corporation, «MCE»), que tenía a través de otra sociedad (United Mortgage Company, «UMC»). Las operaciones que en este caso se consideraron abusivas consistieron en (i) la aportación por UMC de las acciones de MCE a una sociedad de nueva creación (*Averill Corporation*), (ii) la escisión de UMC para que *Averill Corporation* pasara a estar directamente participada por la Sra. Gregory y (iii) la disolución de *Averill Corporation* para atribuir los valores de Monitor a la Sra. Gregory en su liquidación. Todo ello entre el 18 de septiembre de 1928, fecha de constitución de *Averill Corporation* y el 24 del mismo mes y año, fecha de su disolución.

⁵³ *T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners, Eilbeck (Inspector of Taxes) v. Rawling*, [1982] A.C. 300. PÉREZ ROYO («La doctrina de los lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)», *Quincena Fiscal (Aranzadi)*, n.º 10), ofrece un interesante comentario sobre esta decisión de los lores británicos. La operación, en síntesis, consistía en lo siguiente: Ramsay compraba acciones de una compañía (C) a la que otorgaba dos préstamos; cada uno de ellos por un principal de £218,750, un tipo de interés del 11% (tasa de mercado en aquella época) y un plazo de vencimiento de 30 y 31 años respectivamente. C tenía derecho a cancelar anticipadamente la deuda si quería y estaría obligado a hacerlo si entraba en causa de liquidación; en ambos casos, pagando el mayor entre el principal del préstamo o su valor de mercado. Por su parte, Ramsay tenía derecho a reducir el tipo de interés de uno de los préstamos, en una única ocasión, siempre que hubiera el correspondiente incremento en el tipo de interés del otro. Ejecutada la operación y en ejercicio de este derecho, Ramsay hizo que el tipo de interés del préstamo (P1) se desplomara a casi cero, con lo que el tipo de interés del préstamo (P2) se elevó hasta un 22%, convirtiéndose en un activo muy atractivo en el mercado. Ramsay pudo así vender P2 por un precio de £391,481, obteniendo una ganancia de £171,731. Seguidamente C amortizó P1 a su valor nominal con lo que el valor de las acciones de C se desplomó y Ramsay pudo venderlas obteniendo una pérdida de £175,752. En aplicación de las normas en vigor, Ramsay pretendía que mientras la pérdida, como renta derivada de las acciones, fuera fiscalmente deducible, la ganancia (derivada de una deuda) no se computara a efectos fiscales.

de 4 de diciembre de 2006 (NFJ024975), 5 de diciembre de 2006 (NFJ025499), o 1 de marzo de 2007 (NFJ025545), por citar algunas, en las que la ventaja fiscal perseguida por el contribuyente va indisolublemente ligada a la realización de toda una serie de operaciones societarias y de compra de acciones.

Por tanto, si no concurre una relación de causalidad o finalidad (según quiera verse) entre una serie de operaciones y el resultado fiscal, las operaciones serán todo lo complejas que se quiera, pero no podrá decirse que se ha hecho un uso abusivo de una forma jurídica para alcanzar un determinado resultado fiscal y no podrá, apreciarse, por tanto, la existencia de artificiosidad.

b) La exigencia de motivos económicos válidos como ruptura de la relación entre el artificio y la ventaja fiscal

La doctrina administrativa que nos ocupa pretende configurar la ausencia de motivos económicos válidos como canon exclusivo para evaluar la licitud fiscal de una operación. Sin embargo, en la jurisprudencia del TS, la exigencia de motivos económicos válidos se plantea cuando la artificiosidad de la forma elegida hace necesaria una explicación, distinta a la fiscal, para concluir que esa artificiosidad no esté puesta al servicio de la ventaja o efecto fiscal controvertido.

Porque, como claramente han señalado nuestra doctrina científica y nuestros tribunales de justicia, la esencia del fraude de ley radica en el «empleo de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas **para** evitar el efecto exigido por el ordenamiento jurídico tributario» (*vid.* por todas, la SAN de 25 de julio de 2007 –NFJ026680–, FJ 6.º). Es necesaria una artificiosidad en la forma puesta al servicio de la ventaja fiscal pretendida.

Y por ello, en la jurisprudencia de nuestro TS, la exigencia de motivos económicos válidos se plantea siempre en relación con la explicación de la artificiosidad de la forma elegida.

Así se deduce, claramente, de la STS de 6 de mayo de 1988 (NFJ011770), FJ 4.º. Se trataba de un caso en el que el contribuyente había adquirido, en una operación fuera de mercado, títulos que cotizaban en bolsa a un precio convenido tres veces superior a su cotización oficial, anomalía esta que, claramente, estaba puesta al servicio de la ventaja fiscal buscada, a saber: obtener una minusvalía fiscal en la venta posterior de los títulos en el mercado.

Es ante este artificio cuando el TS demanda una explicación de los motivos económicos que llevaron al contribuyente a realizar la operación. Y afirma así (FJ 4.º) que «ciertamente, no se alcanzan a ver las razones por las que la entidad apelante, pudiendo adquirir las acciones en Bolsa al 40 por 100, las adquirió al 129,369 por 100, como esas razones no sean el obtener los beneficios que la depreciación de las acciones (diferencia entre el precio de compra contabilizado y el de venta) puede producir a efectos del Impuesto sobre Sociedades (IS). Y como esas razones no se exponen en ningún momento, hay que entender que lo que se está pretendiendo es un fraude de ley».

Idéntico criterio se desprende de la más reciente Sentencia del TS de 18 de marzo de 2009 (NFJ032688), donde se enjuiciaba la licitud a efectos fiscales de dos operaciones consecutivas, con

apenas un mes de diferencia, de reducción y ampliación de capital, artificio este que estaba puesto al servicio del efecto buscado: dar entrada a un nuevo socio en el capital evitando la tributación de la renta obtenida en la transmisión como plusvalía en manos del transmitente.

Es de nuevo ante esta tesitura (artificio para la obtención de una ventaja fiscal) ante la que el TS trae a colación la ausencia de motivos económicos no fiscales que pudieran destruir la aparente relación entre el artificio y la ventaja fiscal. Así afirma el TS (FJ 3.º) lo siguiente:

«No cabe duda de que el principio de autonomía de la voluntad permite las operaciones descritas, pero es indudable que, cuando éstas son cuestionadas por la Administración, necesitan ser explicadas las razones económicas y de otro orden que justifican este tipo de actuaciones, lo que no sucede en este caso, en el que no se ha dado ninguna motivación razonable de cuáles son las realidades a las que se pretendía hacer frente con estas operaciones tan inusuales» (el subrayado y la negrita son nuestros).

En el caso que nos ocupa, la adquisición de una sociedad con financiación externa no es ni insólita, ni desproporcionada, ni artificiosa, ni inadecuada. Por ello, la motivación fiscal de las partes es jurídicamente irrelevante y no es conforme a Derecho entrar en el escrutinio de los motivos de las partes al realizar estas operaciones para enjuiciar su licitud a efectos fiscales.

4.3.4. Superación del umbral de legitimidad previsto en el artículo 15 de la LGT para excluir la existencia de elusión fiscal ilícita: existencia de efectos jurídicos y económicos diferenciadores

Es mayoritaria la doctrina que entiende que el artículo 15 de la vigente Ley General Tributaria (LGT) trata de salir al paso de las mismas conductas que pretendía atajar el anterior artículo 24 de la LGT. En este sentido, la AN, en Sentencia de 7 de noviembre de 2006 (NFJ024519), ha señalado que «la nueva regulación del fraude de ley previsto en la vigente LGT bajo la denominación de conflicto en la aplicación de las normas tributarias, artículo 15 de la LGT 58/2003, de 17 de diciembre, aun con perfiles nuevos, no se presenta como una institución esencialmente distinta a la manera en que fue configurada jurisprudencial y doctrinalmente, siguiendo claramente la regulación prevista en la Ordenanza Tributaria Alemana».

Dando a efectos dialécticos esa tesis por buena ⁵⁴, y sin perjuicio de que el artículo 15 de la nueva LGT no sea de aplicación a operaciones realizadas antes de su entrada en vigor, vamos utilizar a modo hermenéutico los criterios contenidos en ese artículo 15 para perfilar esa conducta que se trata de atajar, dado que, como ha señalado la doctrina (SIMÓN ACOSTA, GARCÍA NOVOA), esos criterios tienen perfiles mucho más precisos en el artículo 15 que en el 24 de la vieja Ley 230/1963.

Pues bien, los criterios definitorios del conflicto en la interpretación de la norma en el artículo 15 son dos: un factor de antijuridicidad que consistiría en la existencia de una notoria artificiosidad

⁵⁴ En realidad, nos parece que, para admitir o denegar los efectos fiscales pretendidos por el contribuyente, el artículo 15 de la nueva LGT codifica unos factores de antijuridicidad o umbrales de legitimidad que no se encuentran en el fraude de ley del artículo 24 de la antigua LGT de 1963.

o impropiedad en los negocios o actos jurídicos realizados (que si, como pensamos, tiene que estar puesta al servicio de la ventaja fiscal pretendida no parece concurrir en las operaciones realizadas) y un umbral de legitimidad que consistiría en la existencia de efectos jurídicos y económicos relevantes distintos a los del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

En cuanto a la existencia de efectos jurídicos y económicos relevantes, en las operaciones enjuiciadas se transmiten los derechos económicos sobre una serie de filiales del grupo a una sociedad española con lo que las operaciones discutidas no excluyen *per se* la obtención de ingresos por parte de la sociedad española, ni la posibilidad de que ésta obtenga un beneficio considerable, ni que se obtengan flujos de financiación que permitan al grupo español acometer otras inversiones productivas en España o fuera de ellas. Todo ello sin entrar a valorar los evidentes efectos jurídicos que producen estas operaciones y que se extienden por un periodo suficiente de tiempo: el cambio en la titularidad, los efectos sobre el balance de las cuentas individuales de las sociedades involucradas en la operación y las consecuencias que ese cambio tiene frente a terceros ajenos al grupo (empleados, proveedores, clientes), en materia de responsabilidad de administradores, en materia concursal, etc.

Esto es, en el caso que nos ocupa es posible que exista un arbitraje fiscal pero para que se puedan declarar las operaciones realizadas como fraude de ley haría falta que ese eventual arbitraje fiscal estuviera siendo explotado de forma abusiva y no simplemente aprovechado por el contribuyente. Y sin una norma que expresamente así lo establezca, la realización de operaciones entre sociedades de un mismo grupo no puede ser considerada como el único y determinante indicio de abuso.

4.4. Resultado equivalente

El artículo 24 de la Ley 230/1963 exigía, para poder apreciar la existencia de fraude de ley, que los hechos, actos o negocios jurídicos, realizados con el propósito de eludir el pago del impuesto y al amparo del texto de normas dictadas con distinta finalidad, produjeran un resultado equivalente al derivado del hecho imponible.

La necesidad de identificar este resultado equivalente al derivado del hecho imponible es un ingrediente ineludible del concepto de fraude de ley contenido en el artículo 24 de la Ley 230/1963. Y los pronunciamientos de nuestro TS en los que se aprecia la existencia de fraude de ley identifican claramente los negocios jurídicos que, dando lugar al devengo de la deuda tributaria que se ha pretendido eludir, consiguen un resultado equivalente al de los negocios jurídicos realizados por el contribuyente. Así, las Sentencias del TS de 18 de marzo de 2009 (NFJ032688) y de 11 de diciembre de 2008 (NFJ031957) identifican el resultado equivalente de unas operaciones de reducción y ampliación de capital, con un mes de diferencia, por una entidad de la que era accionista únicamente la sociedad actora y en la que, tras las operaciones referidas, se da entrada a otro accionista, con la transmisión directa de las acciones de la primera accionista a la segunda. Por su parte, la AN, en su

Sentencia de 25 de julio de 2007 (NFJ026680), identifica el resultado equivalente de una ampliación de capital con cargo a reservas y disminución de capital con devolución de aportaciones simultáneas con la distribución de dividendos a los socios. Y en su Sentencia de 1 de marzo de 2007 (NFJ025545), identifica el resultado equivalente de una serie de maniobras societarias entre varias sociedades con la venta de acciones de una de ellas por parte de la recurrente a un tercero.

Nos parece que este requisito (el de un resultado equivalente al derivado del hecho imponible) está pensado para atajar planificaciones fiscales que pretenden aprovecharse de la existencia de una vía menos onerosa fiscalmente. Más difícil nos resulta encontrar este requisito cuando se trata de aprovechar las oportunidades de arbitraje fiscal que ofrece el ordenamiento porque, en este último caso, no hay otra operación que permita alcanzar ese mismo resultado económico. Bien es cierto que con frecuencia, las operaciones que tratan de explotar las oportunidades de arbitraje fiscal que ofrece el ordenamiento se diseñan de forma tal que los efectos económicos y jurídicos de esas operaciones para las partes involucradas son equivalentes a los de no haber hecho nada. Se trata de estructuras circulares en las que, en plazos temporales muy cortos, lo que se da con una mano, se pide con la otra para dejar a todos los intervinientes como estaban en un principio. En estos casos, podría mantenerse con cierta lógica que el resultado equivalente de las operaciones es el de no haber hecho nada.

Pues bien, las resoluciones del TEAC parecen inclinarse precisamente por esta última opción: por que el resultado equivalente de las operaciones enjuiciadas es el de no haber hecho nada. Y en este sentido, aun aceptando este término de comparación, debemos señalar la falta de acierto en los criterios utilizados para valorar si los negocios realizados producen realmente ese resultado equivalente al de no haber hecho nada.

Así, para valorar si las operaciones enjuiciadas llegan al mismo resultado que el de no haber hecho nada, las resoluciones recurridas entienden que es relevante analizar si el grupo multinacional sigue manteniendo los **mismos porcentajes de participación** en las sociedades afectadas, si ha existido alguna **variación significativa en la gestión y administración** de las sociedades afectadas y si se han alterado los **recursos** del grupo.

Con estos criterios se llegaría a la absurda conclusión de que cualquier operación realizada en el seno de un grupo empresarial tiene un resultado equivalente al de no hacer nada: en ellas el porcentaje de la sociedad dominante se mantiene inalterado, la gestión y administración de las sociedades afectadas sigue dependiendo de la sociedad que ejerce el control efectivo de todo el grupo y los recursos del grupo siguen siendo los mismos. ¿Se nos quiere decir con ello que todas las operaciones intra-grupo son sospechosas de fraude de ley?

Para valorar si se ha producido o no un resultado equivalente, pensamos que, en primer lugar, debemos fijarnos en las sociedades que realizan las operaciones cuestionadas y no en el grupo multinacional. Y centrando la cuestión en estos términos debemos concluir que, efectos fiscales al margen, la transmisión por parte de un grupo internacional de sus participaciones en filiales extranjeras a una sociedad *holding* española que se financia con préstamos concedidos por otras sociedades del grupo, en modo alguno lleva a esa *holding* (y al grupo español del que forma parte) al mismo resul-

tado que el de no haber hecho nada y que, si la reducción de la base imponible del grupo en España es un efecto indiscutible de estas operaciones, ese efecto no tiene por qué ser el único ni tiene por qué ser el más relevante: puede cambiar la cifra de negocios del grupo español (porque los dividendos, en sociedades de cartera, aumentan la cifra de negocios) y la cuenta de resultados del grupo (que aunque obtenga bases imponibles negativas puede tener beneficios contables positivos), pueden obtenerse fuentes de financiación, se incrementa el ratio de endeudamiento de la sociedad, los administradores de la sociedad española ven alterada su responsabilidad, etc.

Esperamos que en próximas resoluciones estos factores también sean tenidos en cuenta para que verdaderamente podamos pensar que la Administración lo que intenta es acotar supuestos de explotación abusiva de una eventual oportunidad de arbitraje fiscal que ofrece el ordenamiento y no de cerrar, discrecionalmente y con infracción evidente del principio de legalidad, esa oportunidad en casos en los que no existe un factor determinante de abuso.

5. CODA

Desde las filas del realismo jurídico, se ha entendido que el proceso o la función de juzgar pocas veces empieza con una premisa de la que después se obtenga una consecuencia sino que el juicio, en la mente del juzgador, suele empezar con una conclusión más o menos vagamente formada para buscar luego las premisas que sean capaces de sostenerla (así, FRANK en *Law and the Modern Mind* o en *Courts on Trial*, CARDOZO en *Selected Writings* o HOLMES en *The Common Law*).

Si se nos permite la licencia, en el ámbito tributario uno se queda en ocasiones con la impresión de que primero se decide y después se justifica la decisión y de que la decisión que antecede al razonamiento se nutre de criterios intuitivos como lo que un juez norteamericano calificó de «test de olfato» (*smell test*)⁵⁵ o como lo que las autoridades fiscales canadienses bautizaron como el test de «demasiado bueno para ser verdad» (*too good to be true test*)⁵⁶.

Si las tesis del realismo jurídico son correctas, en la medida en que el tratamiento que el legislador español reservó a las *holdings* españolas era (y es) «demasiado bueno» comparado con los regímenes de las sociedades *holdings* en otras jurisdicciones, podemos temer que las decisiones de todos los expedientes que se planteen sobre estas operaciones no serán favorables a los contribuyentes y que la Administración, primero, y los tribunales, después, entenderán que entre sus funciones se encuentra la de corregir los errores del legislador en materia tributaria cuando estos errores ocasionan que no se haya gravado la riqueza allí donde ésta se encontraba.

A nuestro juicio, sin embargo, el Derecho no puede escribirse con renglones torcidos. Y menos en una materia como la tributaria, regida por el principio de legalidad en la que, como nos ha recordado nuestro TC, los deberes que se imponen a los particulares deben «poseer unos razonables

⁵⁵ Juez MacKee en el caso norteamericano *ACM Partnership v. Commissioner* 157 F.3d 231 (3d Cir. 1998).

⁵⁶ *Vid.* Financial Post de 21.11.2006 «If it seems too good to be true, it likely is».

niveles de certeza normativa». Por ello, nos sumamos a las palabras de RADBRUCH ⁵⁷ cuando señalaba que, en el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, «el jurista práctico está obligado a anteponer la certeza y la seguridad jurídica aunque le provoque una frecuente tragedia íntima». Comprendemos que admitir las eventuales posibilidades de arbitraje fiscal que permite el ordenamiento pueda llegar a producir una tragedia íntima. Pero a ello obligan la certeza y la seguridad jurídica cuando no existen indicios concluyentes de que esas posibilidades se han explotado de forma abusiva. Y en este sentido, en ausencia de norma que expresamente lo disponga, la realización de una operación entre sociedades de un mismo grupo, por muchas ventajas que otorgue al grupo, no puede ser determinante de la existencia de fraude de ley.

⁵⁷ RADBRUCH (1930): *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. de L. RECASENS SICHES, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, págs. 31 y ss.

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO: ALGO MÁS QUE DOS LETRAS FINALES EN EL PRIMER APARTADO DE UN PRECEPTO DE LA LEY 58/2003

MANUEL SANTOLAYA BLAY

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

LA técnica del levantamiento del velo (TLV, en lo sucesivo) ha sido analizada hasta la saciedad por diversos autores, tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Cabe preguntarse, pues, por las razones de un nuevo trabajo que la aborde. Son, al menos, dos. En primer lugar, siempre cabe exponer a través de unas pocas líneas el grueso principal de una doctrina que, bien en ocasiones es mal comprendida, bien ocupa en otros especialistas una extensión innecesaria. Porque la idea básica que late bajo la TLV es muy sencilla. En consecuencia, se presta bien al resumen ordenado. En segundo lugar, su aplicación al ámbito tributario se despacha, por lo general, con una referencia, más o menos completa, a las letras g) y h) del artículo 43.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Pero el contenido de tales letras no se pone en relación con el presupuesto de hecho de otras responsabilidades tributarias con las que acaso limitan aquéllas o, directamente, chocan. Ello lleva a los tratadistas a sostener que constituye una institución fiscal novedosa, cuando verdaderamente no es así.

Palabras clave: seguridad jurídica, justicia material, responsabilidad tributaria y abuso de la persona jurídica.

THE TECHNIQUE LIFTING THE VEIL IN THE FIELD OF TAXATION: MORE THAN TWO FINAL LETTERS IN THE FIRST PARAGRAPH OF A REGULATORY PROVISION OF THE LAW 58/2003

MANUEL SANTOLAYA BLAY

Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

THE technique of lifting the veil (TLV, hereinafter) has been analyzed ad nauseam by numerous authors, from both a theoretical and practical approach. So one may wonder about the reasons of another paper on the subject. They are at least twofold. Firstly, one may always survey in a few lines the core of a doctrine that is often misunderstood or simply too lengthily addressed. Because the basal idea underlying the TLV is very simple, and thus well suited for a methodical summary. Second, its application to the tax field is generally done with a more or less complete reference to letters g) and h) of article 43.1 of Law 58/2003, of December 17, General on Taxation. But the content of such letters is not usually connected to the factual elements of other mayhap bordering or even conflicting tax liabilities. This leads scholars to contend that TLV is an innovative tax institution, when really it is not.

Keywords: legal certainty, material justice, tax liability and abuse of the legal person.

Sumario

1. Introducción.
2. Antecedentes de la técnica del levantamiento del velo en España.
 - 2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1959.
 - 2.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984.
3. Panorámica.
4. Significado del levantamiento del velo.
 - 4.1. Concepto.
 - 4.2. Características.
5. Consideraciones generales sobre el levantamiento del velo tributario.
6. El deslinde entre los distintos supuestos de responsabilidad por levantamiento del velo tributario.
7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El origen de la técnica jurídica conocida como levantamiento del velo debe situarse en Estados Unidos, en la segunda mitad del siglo XIX. De ahí saltó a la Europa anglosajona. Y de ésta, a España. En nuestro país suele denominarse levantamiento del velo («lifting the veil») a lo que estos otros países denominan «disregard of legal entity» (desentimiento de la personalidad jurídica).

La técnica del levantamiento del velo (TLV, en lo sucesivo) ha sido analizada hasta la saciedad por diversos autores, tanto desde una perspectiva técnica como práctica. Cabe preguntarse, pues, por las razones de un nuevo trabajo que la aborde. Son, al menos, dos. En primer lugar, siempre cabe exponer a través de unas pocas líneas el grueso principal de una doctrina que, bien en ocasiones es mal comprendida, bien ocupa en otros especialistas una extensión innecesaria. Porque la idea básica que late bajo la TLV es muy sencilla. Se presta, por ello, al resumen ordenado. En segundo lugar, su aplicación al ámbito tributario se despacha, por lo general, con una referencia, más o menos completa, a las letras g) y h) del artículo 43.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Pero el contenido de las mismas no se pone en relación con el presupuesto de otras responsabilidades tributarias con las que limitan aquéllas o, directamente, chocan acaso. Ello conduce a los tratadistas a sostener que constituye una institución fiscal novedosa, cuando realmente no es así.

El trabajo que sigue se estructura en dos partes. En la primera, se abordan los principales aspectos de la TLV como técnica jurídica general. En la segunda, se trasladan esas reflexiones al ámbito tributario, a fin de extraer algunas conclusiones operativas.

2. ANTECEDENTES DE LA TÉCNICA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN ESPAÑA

2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1959

La primera sentencia que en nuestro país abordó de modo sistemático la TLV fue la del Tribunal Supremo (STS) de 28 de mayo de 1984. Se trata de un pronunciamiento que sin rubor podemos calificar de legendario y prototípico. También de único. Porque a partir de entonces, lo que sentencias posteriores han hecho no ha sido más que reproducir sus razonamientos o remitirse a ellos. No se puede pretender, en consecuencia, ser alguien en el mundo de la TLV y vivir al margen de la STS de 28 de mayo de 1984 y sus epígonas. Pero que dicho fallo sea el primero que abordó de forma razonada los perfiles de la institución no significa también que fuera el primero en el tiempo en dictarse sobre la base de dicha teoría. Este otro honor corresponde a un pronunciamiento mucho más antiguo: la STS de 30 de abril de 1959, dictada en el denominado caso *El Noroeste-El Oriente*. Brevemente, los hitos del asunto que suscitó este otro fallo del Alto Tribunal son los siguientes:

1. Don Manuel R.V. se sube a bordo de un autobús perteneciente a la empresa regular de viajeros denominada «EL NOROESTE».
2. El autobús, alcanzado un determinado punto del trayecto, se estropea.
3. Previo trasbordo a un autobús de la empresa «EL ORIENTE», perteneciente al mismo dueño que «EL NOROESTE», el trayecto continúa.
4. El autobús de «EL ORIENTE» sufre un accidente que le causa lesiones a don Manuel R.V.
5. Don Manuel R.V. formula una demanda por daños y perjuicios contra «EL ORIENTE».
6. La empresa «EL ORIENTE» se opone a tal demanda arguyendo que no mantiene ni ha mantenido jamás relación contractual alguna con don Manuel R.V. Es «EL NOROESTE» la única que ha contratado con él.
7. Cuando, tras sucesivas instancias, el caso llega al TS, éste admite las pretensiones de don Manuel R.V. en atención a constituir «ambas empresas una sola entidad con una unidad patrimonial».

Cualquier razonamiento –más allá de la comunidad patrimonial señalada– de por qué es válido extender las consecuencias desfavorables de un caso fortuito, predicable en principio de un sujeto («EL NOROESTE»), a otro («EL ORIENTE»), brilla por su ausencia del texto del fallo. Éste se limita a producir dicha extensión, sin ahondar, como digo, en las causas jurídicas que la hacen viable. Nada más.

2.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984

Muy diferente es el caso de esta otra sentencia, que, como he dicho, ofrece un fallo acompañado de una previa reflexión analítica sobre los contornos de la institución (TLV) en que lo basa. En este otro supuesto, los hechos habidos son los siguientes:

1. «EMAYA» era la empresa municipal (desconozco si continúa siéndolo) a través de la cual el Ayuntamiento de Palma de Mallorca efectuaba el suministro de agua en la ciudad.
2. La red de abastecimiento –cuyo mantenimiento en perfectas condiciones de uso– competía a «EMAYA», se avería, lo que causa humedades y otros desperfectos a la sociedad «X».
3. La sociedad «X» se dirige, en reclamación de daños y perjuicios, al Ayuntamiento de Palma de Mallorca. Algún tiempo después, vuelve a formular su demanda, dirigiéndola esta segunda vez tanto al Ayuntamiento como a la propia «EMAYA».
4. La demanda no prospera en sede administrativa porque: a) Al tener «EMAYA» personalidad jurídica diferenciada respecto del Ayuntamiento, debía haberse dirigido contra ella, no frente a aquél. En este sentido, la primera demanda resulta irrelevante; b) Cuando se demanda verdaderamente a la empresa municipal, había operado la prescripción del derecho a ejercitar la acción de daños y perjuicios.

5. El TS resuelve a favor de la entidad «X», por cuanto que el poder de gestión sobre «EMA-YA» que posee el Ayuntamiento (que es total; de hecho, el propio alcalde de Palma era su presidente) determina que no puedan reputarse sujetos mutuamente extraños la empresa de suministro y la corporación local.

3. PANORÁMICA

Es relativamente elevado (unas 800) el número de sentencias que en nuestro país han resuelto casos de conflicto aplicando la TLV. Abundan, sobre todo, en el ámbito civil, en el cual, con frecuencia, el sujeto pasivo de un procedimiento ejecutivo (deudor), con la concurrencia de terceros, formula tercerías (de dominio o de mejor derecho) en el marco del procedimiento, con el deseo de evitar que éste prospere. Considerados dichos terceros como una prolongación suya –cosa que, precisamente, permite la TLV–, no hay realmente razón alguna para la tercería, pues es el propio deudor el que formula la oposición, no un auténtico tercero independiente. También recaen en el orden laboral, en el que a menudo tratan de erosionarse legítimos derechos laborales por la vía de la sucesión empresarial o el fraccionamiento de la contratación. En el primer caso, el expediente de una supuesta nueva entidad («B»), al contratar al trabajador, que hasta entonces venía prestando sus servicios en otra («A»), puede dar al traste con la antigüedad del empleado, que en verdad computa desde su alta en «A», por ser «A» y «B» dos instancias de una misma realidad jurídico-patrimonial. También puede tratar de evitarse, mediante la contratación sucesiva por empleadores aparentemente distintos, que la relación laboral devenga indefinida. Menos necesidad de la TLV se tiene, por el contrario, en el ámbito penal, una jurisdicción que suele basar sus pronunciamientos, según una honda tradición, en consideraciones casi exclusivamente de fondo (en el ámbito administrativo la persona jurídica puede ser sujeto infractor; esto nunca sucede en el criminal). Si acaso, queda relegada aquí a los supuestos de obstaculización del procedimiento de cobro de la responsabilidad civil aneja a la pena impuesta, materia esta que constituye una simple cuestión civil que sólo por su accesoriedad se dirime en vía también penal.

4. SIGNIFICADO DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

4.1. Concepto

La referida STS de 28 de mayo de 1984 acuñó el concepto doblemente, en el sentido de que ofrece dos definiciones, sustancialmente idénticas, de lo que significa la TLV:

1. Penetrar en el sustrato personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar intereses dignos de tutela (privados o públicos) o cometer abusos.

2. Penetrar en el interior de las personas jurídicas para evitar que la independencia que su existencia (respecto de la de sus verdaderos artífices se entiende) supone, conlleve abuso o daño a terceros.

Se trata de una sucinta, pero clara, doctrina que puede ser representada mediante no dos sencillas ecuaciones de comportamiento:

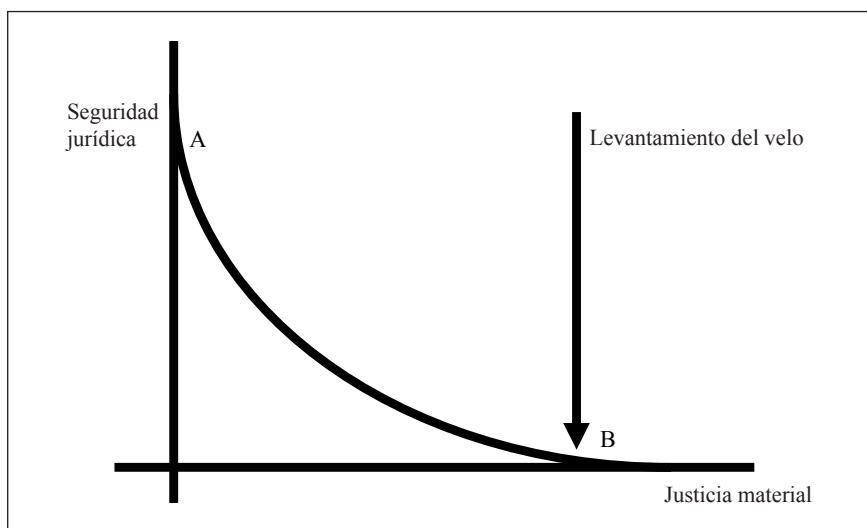
[1] PERSONA JURÍDICA + ABUSO = FRAUDE

[2] FRAUDE → LEVANTAMIENTO DEL VELO

La TLV se basa en la permanente oposición que existe entre dos principios jurídicos, el de seguridad jurídica, por un lado, y el de justicia material (equidad) por el otro. De acuerdo con el primero, la persona jurídica deber ser respetada siempre (tanto ella como las consecuencias que de su existencia se derivan), en todo caso, puesto que representa una consecución del derecho que no es posible obviar sin riesgo grave de retroceso en la senda de evolución normativa. En virtud del segundo, las situaciones jurídicas que la vida en común plantea deben ser resueltas siempre de aquel modo que mejor servicio preste a la justicia material, que es, por definición, contraria a todo abuso o uso torcido del derecho. En particular, obviando la personalidad jurídica, si el abuso presente en el caso dirimido así lo exige.

Como mejor puede visualizarse esta tensión es gráficamente. Si en unos sencillos ejes rectangulares situando la seguridad jurídica en el vertical y la justicia material en el horizontal, la línea que une ambos extremos decrece desde el uno (punto A) al otro (punto B). La TLV nos situaría, entonces, en el segundo de dichos puntos (B) (**figura 1**).

FIGURA 1



Existe, en cualquier caso, una versión laxa de la TLV que permite su aplicación incluso en ausencia de fraude. Se recoge, por ejemplo, en la STS de 24 de febrero de 1995, pero no representa una tendencia mayoritaria.

La justificación de la TLV es que, mediando un uso abusivo de la persona jurídica, ésta no es utilizada de conformidad con los fines para los que ha sido concebida. En consecuencia, nada justifica que los efectos asociados a la misma se mantengan. Se trata de un razonamiento simple y directo, y también muy antiguo. En efecto, aun cuando anteriormente hayamos situado el origen de la institución en la práctica judicial norteamericana del siglo XIX, ésta bebe en textos antiguos. Cabe citar al menos a los siguientes autores, aquí:

- a) GAIUS, que en sus comentarios a *Las Doce Tablas* (la constitución de la República de la Roma clásica) deja establecida la idea de que la personalidad jurídica surge automáticamente cuando los elementos corporativos que presiden su alumbramiento no contradicen las leyes. Por tanto, los mismos condicionantes a los que se supedita su nacimiento deben predicarse de su mantenimiento.
- b) SINIBLADO DE FIESCHI, más conocido por su nombre papal, Inocencio IV. Este pensador del siglo XIII, perteneciente a la corriente del nominalismo medieval, en su obra culmen, *Apparatus super Decretales*, nos dice que el fin asociativo (que concibe en el estricto campo público) trasciende del interés privado. Por ello, si no hay razón válida o suficiente para la *universitas* (asociación), ésta no es aceptable. En tales casos, *collegium non valeret*.
- c) BARTOLO DE SAXOFERRATO, uno de los máximos representantes de la corriente glosadora (siglo XVI), en sus comentarios al *Digesto*, 41-3, se pronuncia en términos muy similares. Puede resumirse su pensamiento en la frase latina *Cessat aequitas cessat fictio* (si cesa la equidad por causa de la ficción, ésta debe cesar a su vez para que aquella renazca).
- d) SAVIGNY, el gran reformulador del Derecho del siglo XIX, nos enseña que la persona jurídica sólo posee sentido en aras a un interés jurídico. Y éste, cabe completar por nosotros, nunca puede ser el abuso perpetrado.

4.2. Características

Aun con resultar importante cuanto antecede, son las características de la TLV lo más relevante desde el punto de vista tributario. Se trata de las siguientes:

1. **Excepcionalidad.** Como bien deja establecido la STS de 31 de octubre de 1996, el levantamiento del velo debe hacerse «en casos extremos y de forma subsidiaria; en otras palabras, cuando no haya más remedio y no puedan esgrimirse otras armas sustantivas y procesales». La TLV es, por tanto, un recurso de última instancia, una vía subsidiaria.
2. **Individualización.** El abuso que justifica prescindir de la ficción representada por la persona jurídica debe identificarse caso a caso, sin que pueda ser establecida una noción general de fraude válida en todo supuesto. Aun así, en el ámbito tributario, según posteriormente tendre-

mos ocasión de analizar, pueden esgrimirse algunos elementos que facilitan la estandarización del concepto (circunstancias de tiempo, modo y resultado).

3. **Exclusividad.** La TLV sólo puede ser aplicada por los órganos jurisdiccionales, que no son otros que los jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial. En particular, el monopolio judicial de aplicación de la TLV excluye a la Administración, integrada básicamente por funcionarios. Y ello a pesar de la fisura que, en dicho argumento, parece representar la STS de 19 de abril de 2003, reforzada por otra posterior de 30 de enero de 2007. A ambas, por su relevancia exclusivamente tributaria, nos referiremos también más tarde.

En particular, la tercera de estas características implica, y esto es crucial entenderlo, que la Ley 36/2006 no ha introducido la TLV en el ámbito tributario. Se ha limitado a instituir un nuevo supuesto de responsabilidad tributaria basado en las ideas configuradoras de la TLV, que es cosa distinta.

5. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL LEVANTAMIENTO DEL VELO TRIBUTARIO

El origen jurisprudencial de la técnica tributaria de levantamiento del velo es, a diferencia del de la TLV general, bastante más reciente. Se sitúa en la STS de 19 de abril de 2003. En este pronunciamiento, recaído en relación con un supuesto de sucesión en la actividad (reconducible al art. 72 de la anterior Ley General Tributaria, la Ley 230/1963), cabe distinguir un contenido principal y otro accesorio. Comencemos por el segundo, a fin de estar en condiciones de abordar cuanto antes el primero. La referida sentencia acuña una nueva expresión para referirse a la TLV. La denomina «superación de la personalidad jurídica», expresión más cercana a *disregard of legal entity* que a *lifting the veil*. Pero, sobre todo, efectúa una clara distinción entre fraude liquidativo y recaudatorio, que, por su valor didáctico, es de agradecer. En lo mollar, niega el pretendido carácter subsidiario de la TLV («... trabajos doctrinales muy profundos... deduciéndose ilógicamente... que sólo era admisible superar la personificación jurídica en los casos especialmente admitidos por ley...»). Con mejor criterio, considera que la doctrina del velo puede aplicarse «con carácter absoluto y sin límite alguno». Ello hace que, a modo de corolario, la distinción entre deudor principal y responsables quede debilitada y, en última instancia, devenga innecesaria.

La sentencia, como decimos, juzga un supuesto en el que la entidad «B» sucedió en la actividad a la entidad «A». La vinculación entre ambas era clara: ambas poseían el mismo administrador (único) y el mismo socio mayoritario. También sus respectivas actividades eran coincidentes. Incluso se había detectado una transferencia de medios personales y materiales de «A» a «B», lo que incluía al único cliente existente. El acta y la notificación de apremio de la liquidación dimanante de aquélla fueron notificadas a «A», pero no hubo declaración de fallido de la sucedida, previa a la declaración y exigencia de responsabilidad a la sucesora. Al tratarse de una responsabilidad subsidiaria (ex STS de 15 de julio de 2000), ello representaba un vicio formal que hubiera debido conllevar la anulación de las actuaciones de derivación. Y así lo reconocía la propia sentencia. Sin embargo, el fallo optó por orillar la vía de la responsabilidad, admitiendo que, por aplicación de la TLV, «A» y «B» eran en realidad el mismo sujeto. Por tanto, el vicio formal detectado no desplegaba eficacia enervante alguna de lo actuado.

Esta sentencia causó perplejidad, especialmente en sus teóricos beneficiarios (los órganos recaudatorios de la Hacienda Pública). Quizá, acaso, representaba una simple compensación por el exceso de otra sentencia del mismo ponente ¹ (la que, ante la ausencia de una calificación legal expresa en sentido distinto, optaba por tildar la sucesión de actividad como un supuesto de responsabilidad subsidiaria, de 15 de julio de 2000). Esta impresión quedaba reforzada por el hecho de que la Sentencia de 19 de abril de 2003 citara, precisamente, entre sus fundamentos de derecho, a esta otra. No fue, en consecuencia, aplicada nunca. Y ello a pesar de que una posterior STS de 30 de enero de 2007 parece abundar en la misma idea (admisibilidad del levantamiento directo del velo tributario).

De haber prosperado el criterio mantenido en la STS de 19 de abril de 2003 y reproducido en la de 30 de enero de 2007, el contenido del artículo 5.5 de la Ley 36/2006 hubiera sido, verdaderamente, muy distinto al que posee. Porque no habría resultado necesario trasponer a través de un instrumento mediato (la responsabilidad), al ámbito tributario lo que, por mandato de la judicatura, podía ser actuado de modo inmediato. Pero no sólo eso: el afianzamiento de semejante criterio hubiera cegado el acceso al texto de la Ley 58/2003 de la mayor parte del contenido que la Ley 230/1963 dedicaba a la responsabilidad tributaria. En efecto, formas (mediatas) de levantamiento del velo tributario se contienen no solamente en las letras g) y h) de su artículo 43.1 sino, al menos, en otros dos preceptos, el artículo 42.2 a) y el 42.1 c), que se corresponden, respectivamente, en la nueva Ley General Tributaria con los artículos 131.5 a) y 72 de la antigua.

Analizadas las cosas desde una adecuada perspectiva temporal, puede decirse, pues, que el levantamiento del velo cuenta con cierta tradición en el ámbito tributario (muy anterior a 2003, en cualquier caso). Pero la recepción que de la TLV genérica ha hecho el Derecho Tributario se halla fuertemente condicionada, porque no cabe el levantamiento más que en los supuestos específicamente previstos por ley, a través del correspondiente presupuesto de responsabilidad tributaria. A cambio de esta restricción, el principio de subsidiariedad o excepcionalidad deja de surtir efecto: es la ley tributaria la que decide, y no su aplicador, cuando no existe forma otra alguna de combatir el fraude detectado. El principio de tipicidad desplaza, así, al de excepcionalidad. También al de reserva judicial, pues la aplicación de la norma tributaria corresponde al órgano tributario, no a jueces y tribunales (los cuales, en todo caso, revisan dicha aplicación, a instancia de parte).

Se mantiene, en cambio, el principio de aplicación individualizada de la TLV. El presupuesto de responsabilidad es una simple concreción al ámbito de la responsabilidad del presupuesto de hecho, presente en cualquier norma jurídica. Y del mismo modo que aplicar una norma supone subsumir en su presupuesto de hecho el caso fáctico advertido, la exigencia de responsabilidad tributaria pasa, inexcusablemente, por hacer lo propio respecto de la conducta advertida. La conducta desplegada por quienes orbitan en la esfera de intereses del obligado al pago debe ser susceptible de encaje en un determinado presupuesto de responsabilidad para que ésta resulte exigible. Por la naturaleza del caso, en dicha conducta se halla presente el fraude. Y debe ser valorado caso por caso. Ello, sin perjuicio de que puedan ser establecidas unas mínimas pautas generales. A ello nos referíamos anteriormente cuando aludimos a la posibilidad de ofrecer un concepto estandarizado de fraude. Así, por término medio, existirá fraude cuando la conducta desplegada carezca de cualquier racionalidad económica (requisito de modo), sea realizada a partir de un momento en el cual la contingencia fiscal

¹ El magistrado Gota Losada.

sobre el deudor principal sea ya objetivamente previsible (requisito de tiempo) y conduzca a su despatrimonialización aparente, en perjuicio de los intereses de la Hacienda Pública o, en expresión de la STS de 19 de abril de 2003, del procomún (requisito de resultado).

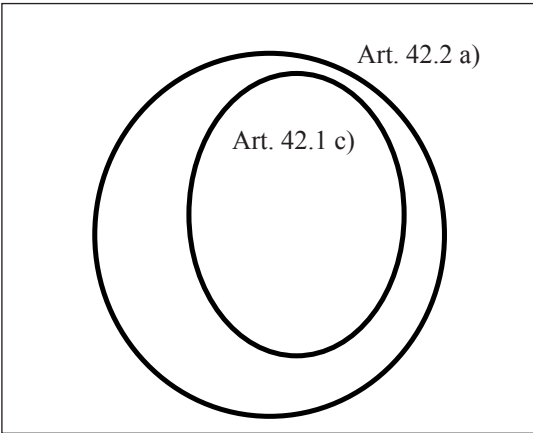
El análisis comparado de la aplicación de la TLV en el ámbito general y el tributario conduce al siguiente cuadro:

Ámbito general (inmediato)	Ámbito tributario (mediato)
1. Subsidiariedad	1. Tipicidad legal
2. Exclusividad judicial	2. Exclusividad administrativa
3. Individualización	3. Individualización

6. EL DESLINDE ENTRE LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR LEVANTAMIENTO DEL VELO TRIBUTARIO

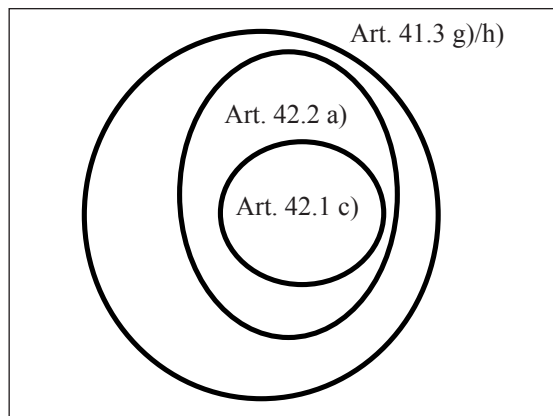
Esta cuestión, de indudable trascendencia práctica, nunca se planteó en ausencia de la Ley 36/2006. Y ello, porque las respectivas áreas de aplicabilidad de los artículos 42.1 c) y 42.2 a) de la Ley 58/2003 es clara. Concretamente, el presupuesto de responsabilidad del primero de dichos preceptos está incluido en el segundo. Por tanto, a igual posibilidad de utilización, la opción natural es decantarse por la norma específica frente a la genérica. En efecto, formas de colaborar en la despatrimonialización fraudulenta del deudor hay muchas; la constitución de una sociedad nueva, para crear una apariencia de actividad distinta, es solamente una de las posibles. En términos de lógica de conjuntos (de matemática moderna, como solía ser habitual decir en los años sesenta del pasado siglo), esta situación podría resumirse indicando que el presupuesto de responsabilidad del artículo 42.1 c) es un subconjunto del presupuesto del artículo 42.2 a):

FIGURA 2



Tras la entrada en vigor, el día 1 de diciembre de 2006, de las letras g) y h) del artículo 43.1 de la Ley 58/2003, el esquema ha adquirido una ligera mayor complejidad, aunque sigue respondiendo al mismo criterio inclusivo:

FIGURA 3



Para comprender el segundo esquema (fig. 3) es necesario tener presente antes la estructura de las letras g) y h) citadas. Ambas persiguen lo mismo y establecen un mismo presupuesto de responsabilidad objetivo. Se diferencian únicamente en el elemento subjetivo: la letra g) permite redirigir la acción de cobro frente al sujeto que controla el entramado societario; la letra h) frente a cualquiera de las sociedades y, en general, personas, que forman parte del mismo a título de controlados.

El elemento objetivo aludido se construye recurriendo a tres conceptos que asimismo deben ser explicados:

- a) Confusión patrimonial.
- b) Desviación patrimonial.
- c) Dirección única.

Existe **confusión patrimonial** entre dos sujetos si se da un escenario de bilateralidad entre ambos no sometidos a cauces formales. Así, se detectan múltiples y variados casos de facturas de uno que satisface el otro (por ejemplo, pagos de restauración familiares con cargos a las cuentas de la empresa), de bienes de uno que utiliza el otro por la vía de hecho (por ejemplo, alquiler sin contrato), supuestos de caja única², etc. La **desviación patrimonial**, en cambio, opera a través de cauces formales y es individualmente detectable (por ejemplo, aportación de los propios bienes a una sociedad, también propia). Finalmente, la **dirección única** concurre cuando hay control efectivo (directo o indirecto) o voluntad rectora común.

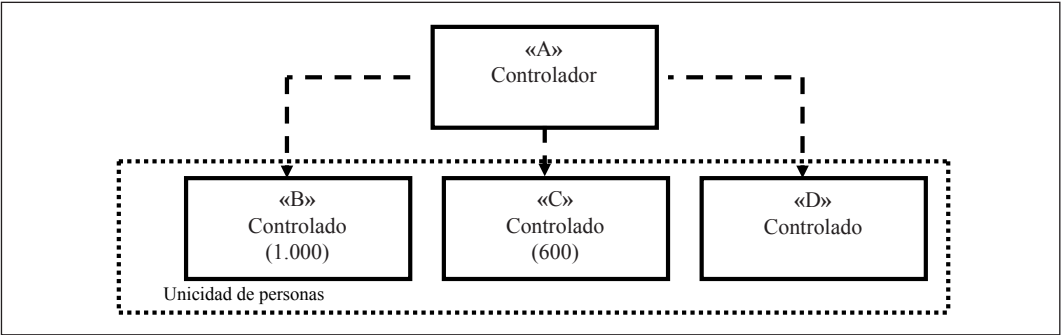
² En la caja única, la tesorería de todo el entramado societario es gestionada de modo centralizado por una entidad horizontal, que ordena transferencias y, en general, libramientos diarios desde las unidades excedentarias a las deficitarias, con el objeto de minimizar los costes financieros del conjunto.

Bajo tales consideraciones, dichas letras contemplan requisitos fijos (inexcusables) y variables (opcionales). Las diversas articulaciones posibles entre unos y otros conducen a distintos tipos de fraude combatibles por esta vía:

Requisitos		Tipo de fraude
Fijos (F)	Variables (V)	
1. Abuso	1. Unicidad de personas	F + V.1 → Sucesión
2. Daño a la Hacienda Pública	2. Unicidad de esferas económicas	F + V.2 → Maquila ³
3. Dirección única	3. Confusión/desviación patrimonial	F + V.3 → Abuso societario

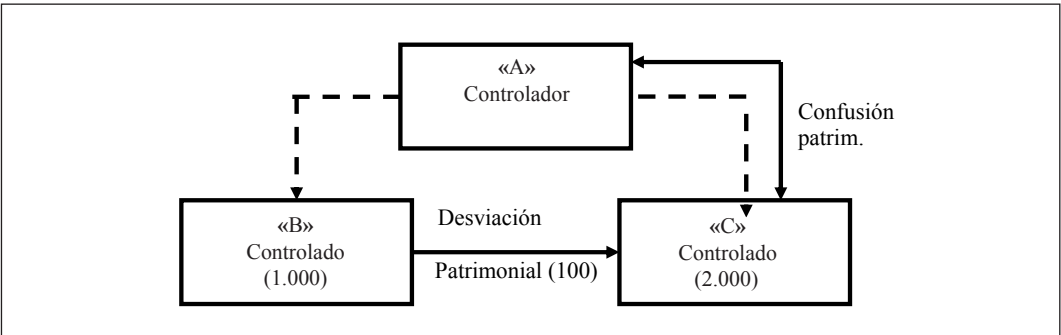
Un supuesto de sucesión sería el que recoge el esquema siguiente (figura 4):

FIGURA 4



En cuanto a otro de confusión y desviación patrimonial, podría ser el siguiente (figura 5):

FIGURA 5



³ La maquila es un expediente de fraude consistente en el troceamiento de la actividad económica. Su dimensión comercial (ventas a terceros) la canaliza una sociedad al corriente en sus obligaciones tributarias, la cual adquiere de la productora. En esta otra la que mantiene deudas con la Hacienda Pública. La traba de los créditos de la productora frente a la comercializadora, lo único posible, resulta dificultoso. En ello radica la rentabilidad fiscal de este diseño.

En el primero de estos dos esquemas (**figura 4**), cualquiera de las cuatro sociedades podría ser declarada responsable. La sociedad «A» sobre la base de la letra g) y las otras tres («B», «C» y «D») en aplicación de la letra h). La responsabilidad sería, en cada caso, la siguiente:

- a) Entidad «A»: 1.000 («B») + 600 («C»)
- b) Entidad «B»: 600 («B»)
- c) Entidad «C»: 1.000 («A»)
- d) Entidad «D»: 1.000 («B») + 600 («C»)

En el segundo, las responsabilidades se exigirían por la letra g) a la sociedad «A» y por la h) a «B» y «C». Ello, por las siguientes cuantías:

- a) Entidad «A»: 1.000 («B») + 2.000 («C»)
- b) Entidad «B»: 2.000 («C»)
- c) Entidad «C»: 100 («B»)

En el primer esquema (**figura 4**), por su parte, la unicidad de personas, si adoptara una secuencia causal, permitiría también la aplicación del artículo 42.1 c), en la medida en que entonces «B» estaría siendo sucedida por «C» y «C» por «D». Una estricta consideración inclusiva (**figura 3**) obligaría entonces a primar el artículo 42.1 c) frente al artículo 43.1. Sin embargo, caben también otras consideraciones, como la de eficacia de la acción de cobro. En efecto, alcanzar a «D» requiere, en aplicación del precepto de sucesión de actividad, respetar dicha causalidad. Así, «C» respondería de «B» y «D» de «C» (que incluye a «B»), pero no de «B» directamente. Habría, pues, que sustanciar dos procedimientos derivativos. Bajo la perspectiva del artículo 43.1 h), sin embargo, este mismo caso se solventaría con mucha mayor rapidez: bastaría con derivar de «B» a «D», directamente. En el ejemplo propuesto, ambas alternativas parecen indiferentes, puesto que es lo mismo derivar de «B» a «C» y de «C» a «D», por deudas de «B» y «C», que de «B» a «D» y de «C» a «D» (esta segunda por deuda propia de «C» solamente). Pero no sucedería lo mismo si la sociedad intermedia entre «B» y «D» («C»), no poseyera deuda. Bajo este otro escenario, el artículo 42.1 c) obliga a tramitar dos procedimientos derivativos; el artículo 43.1 h), en cambio, sólo uno.

El esquema inclusivo que incorpora la **figura 3** debe, por tanto, ser matizado por circunstancias de eficacia y oportunidad, representando, a lo sumo, una regla general.

Por último, en el segundo esquema la operación entre «B» y «C» podría combatirse igualmente aplicando el artículo 42.2 a). No sucede lo mismo, por el contrario, en el sector constituido por «A» y «C». La multiplicidad de operaciones que conforman la confusión (de ahí el nombre) y, sobre todo, la dificultad práctica de su identificación pormenorizada, lo hacen inviable. Tampoco habría forma de derivar a «A» por deudas de «B» sobre la base del artículo 42.2 a).

Aunque lo visto hasta aquí, en este epígrafe, pueda estimarse suficiente para dar adecuada respuesta a su título, no es así. Debemos terminar haciéndonos eco de una cierta controversia, porque algunos no admiten, en los casos del artículo 43.1, juego alguno para los artículos 42.1 c) y 42.2 a). Se trata de una tesis que no solamente echa por tierra las consideraciones de eficacia y oportunidad señaladas sino que, además, halla oposición en algunos principios elementales. Incluso resulta atentatoria contra el sentido común. En efecto, las reformas (en este caso la reforma introducida en el art. 43.1 de la Ley 58/2003 por la Ley 36/2006) deben ser promovidas con el deseo de mejorar el tratamiento legal de las situaciones jurídicas. Y dichas situaciones, en aquellos casos en que resultan aplicables los artículos 42.1 c) y 42.2 a), empeoran al ser incluidas bajo la tutela de una responsabilidad como la del artículo 43.1, que frente a aquellas (solidarias), es subsidiaria. Además, postular una aplicación a ultranza del artículo 43.1 supone desatender el principio de subsidiariedad, propio de la TLV (bien cierto que de la genérica), que alguna eficacia deberá desplegar en el ámbito tributario, a pesar de su sustitución en él por el de legalidad, especialmente cuando se trata de dirimir la preponderancia de dos de las manifestaciones de éste. En este sentido, en la propia Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, sobre la redacción de las letras g) y h) del artículo 43.1 se dice que «engarza directamente con los límites y requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha perfilado...».

Ello es independiente del hecho de que una norma, digamos de «cortesía aplicativa», entre uno y otros no hubiera estado de más. Tal norma existe, por ejemplo, entre los artículos 42.1 a) (responsabilidad solidaria del colaborador activo en la comisión de una infracción tributaria) y 43.1 a) (responsabilidad subsidiaria, por *culpa in vigilando*, del administrador societario), y ha solucionado no pocas dudas interpretativas.

La única contrarréplica que podría hacerse se basa en los dos siguientes argumentos:

1. Que, en realidad, la responsabilidad instituida por el artículo 43.1 estaba prevista inicialmente que fuera solidaria⁴, debiéndose su mutación a subsidiaria a los avatares propios de todo procedimiento legislativo. Se trata de un argumento que no podemos admitir. De haberse configurado como una responsabilidad solidaria, la situación, lejos de clarificarse, se hubiera enturbiado, pues a la comunidad de presupuesto de hecho, ambos tipos de responsabilidad hubiera debido añadir también la naturaleza (solidaria). Se hubiera introducido así un elemento adicional de confusión (no patrimonial, precisamente).
2. Que la responsabilidad subsidiaria no es menos ágil que la solidaria. Esta afirmación se basa, a su vez, en la consideración de que la declaración de fallido —a la que el Reglamento General de Recaudación supedita la acción de cobro sobre el responsable subsidiario—, puede ser fruto de un simple juicio de opinión sobre la capacidad del obligado al pago de hacer frente a sus deudas, desvinculado de toda concreción del mismo a través de un procedimiento ejecutivo fallido. Se trata de una tesis aventurada, pero que, en cierta medida, halla cobijo en la norma. En este sentido, el artículo 61.1.1.º *in fine* del citado reglamento se pronuncia en términos potenciales, no actuales, al definir el fallido por insolvencia parcial («... el deudor cuyo patrimonio embargable (*vs.* embargado) o realizable conocido (*vs.* realizado) tan sólo alcance a cubrir una parte de la deuda...»).

⁴ A través de una sola letra, además. Así, al menos, parece ser que salió de los despachos de la Subdirección General de Procedimientos Especiales (Departamento de Recaudación) de la AEAT).

7. CONCLUSIONES

Las principales nociones que incorpora este trabajo, destinado a la TLV, son las siguientes:

1. Sin perjuicio de antecedentes más remotos (GAIO, el nominalismo medieval, la glosa y los reformuladores decimonónicos), el origen de la técnica jurídica conocida como levantamiento del velo se sitúa en Estados Unidos, en la segunda mitad del siglo XIX. De ahí saltó a la Europa anglosajona. Y de ésta, a España.
2. La primera sentencia que en nuestro país encaró de modo sistemático la TLV fue la del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984. Pero que dicho fallo sea el primero que abordó de forma razonada los perfiles de la institución no significa también que fuera el primero en el tiempo en dictarse sobre la base de dicha teoría. Este otro honor corresponde a un pronunciamiento mucho más antiguo: la STS de 30 de abril de 1959.
3. Es relativamente elevado (unas 800), el número de sentencias que en nuestro país han resuelto casos de conflicto aplicando la TLV. Abundan en el ámbito civil; también recaen en el orden laboral. Menos necesidad de la TLV se tiene, por el contrario, en el ámbito penal.
4. La TLV consiste en penetrar en el sustrato de los entes dotados de personalidad jurídica, para evitar que al cobijo de esa ficción legal (*fictio iuris*) puedan verse perjudicados intereses dignos de tutela o cometerse abusos. La TLV se basa en la permanente oposición existente entre los principios de seguridad jurídica y justicia material (equidad). En virtud del segundo, las situaciones normativas que plantea la vida en sociedad deben ser resueltas siempre de aquel modo que mejor servicio preste a la justicia material. Pero ésta es contraria, por definición, a todo abuso o uso torcido del Derecho. En particular, tales situaciones han de ser resueltas en ocasiones obviando la personalidad jurídica, si el abuso presente en el caso dirimido así lo exige. En definitiva, mediando abuso, la persona jurídica no está siendo utilizada de conformidad con los fines para los cuales ha sido concebida. No procede entonces que los efectos asociados a la misma (todos o algunos) se mantengan. En tales supuestos, en suma, el principio de seguridad jurídica debe ceder ante el de equidad.
5. La TLV es excepcional (principio de subsidiariedad), aplicable únicamente por jueces y tribunales (monopolio judicial), caso a caso (individual).
6. En el ámbito tributario, la TLV se aplica de forma no inmediata, como en el ámbito general, sino a través del procedimiento de declaración y exigencia de determinadas responsabilidades [las contempladas en los arts. 42.1 c), 42.2 a) y 43.1, letras g) y h), de la Ley 58/2003] (levantamiento medio del velo). Ello, sin perjuicio de la función revisora de los tribunales y sin perjuicio, también, de algún que otro pronunciamiento (SSTS de 19 de abril de 2003 y 30 de enero de 2007) que se decanta por una aplicación directa.

LA SUBIDA DEL IVA Y SUS EFECTOS

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Extracto:

Como comentábamos en la presentación de las novedades legislativas de la *RCyT*. CEF (legislación, consultas, jurisprudencia) correspondiente al mes de enero (núm. 322), la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (Ley 26/2009, de 23 de diciembre) elevó, con efectos 1 de julio de 2010, los tipos impositivos del IVA general y reducido (no el superreducido, que se mantiene igual), pasando del 16 y 7 por 100 al 18 y 8 por 100, respectivamente.

Esta modificación puede plantear algunas dudas con respecto al momento a partir del cual resultan de aplicación los nuevos tipos impositivos, siendo el objeto de estas notas aclarar, desde un punto de vista práctico, los problemas que pueden plantearse, sobre todo lo referente al devengo del impuesto.

Palabras clave: Impuesto sobre el Valor Añadido, devengo y modificación de la base imponible.

THE INCREASE IN VAT AND ITS EFFECTS

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Abstract:

As we mentioned in the presentation of latest legislative developments of the January issue (No. 322) of the CEF Journal of Accounting and Taxation (legislation, consultations, jurisprudence), the Spanish Law on State Budget for 2010 (Law 26/2009, 23 December) raised, effective July 1, 2010, both the general and reduced VAT rates (not the super-reduced, that stays the same), from 16 and 7 per 100 up to 18 and 8 per 100, respectively.

Since this amendment may raise some doubts as to the date from which the new tax rates will be effective, the object of these notes is to clarify, from a practical standpoint, the problems that may arise, especially those relating to the tax accrual.

Keywords: Value Added Tax, Tax Accrual, Amendment of the Tax Base.

Sumario

1. Operaciones que originan pagos anticipados.
2. Operaciones de tracto sucesivo.
3. Contratos con las Administraciones públicas.
4. Modificación de la base imponible: descuentos y bonificaciones posteriores a la realización de la operación.

La Ley General Tributaria (en adelante LGT), en su artículo 21, define en su apartado primero el devengo como «el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal», indicando a continuación que «la fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa». Finalmente, el apartado segundo dispone que «la ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo».

Cabe destacar la capital importancia de la figura del devengo y la necesidad de distinguir claramente cuándo se produce, puesto que será ese momento (el del devengo de un tributo) el que determinará la normativa aplicable, es decir, la norma que se aplica sobre un tributo será la vigente a la fecha de su devengo. Así, el artículo 90 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante LIVA) dispone en su apartado dos que «el tipo impositivo aplicable a cada operación será el vigente en el momento del devengo».

La LIVA regula el devengo de las operaciones interiores en un solo artículo, el 75, recogiendo en él tanto la regla general del devengo para las entregas de bienes y prestaciones de servicios, como las especiales aplicables a ambas operaciones y es en las reglas especiales donde se pueden plantear algunas dudas con respecto al momento a partir del cual resultan de aplicación los nuevos tipos impositivos.

La Dirección General de Tributos (DGT en adelante) ha fijado doctrina aclarando algunas dudas sobre la elevación de los tipos impositivos en tres consultas recientes (V2385/2009, de 29 de diciembre, y V0602/2010 y V0603/2010, de 26 de marzo), y que siguen, en general, las líneas de la doctrina establecida con motivo de la elevación operada en el año 1992 del tipo impositivo general del 12 al 13 por 100.

1. OPERACIONES QUE ORIGINAN PAGOS ANTICIPADOS

El devengo en este tipo de operaciones se encuentra regulado en el artículo 75.dos de la LIVA que establece: «... en las operaciones sujetas a gravamen que originen pagos anticipados anteriores a la realización del hecho imponible, el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos».

Por lo tanto, por los pagos anteriores a la realización del hecho imponible, el devengo se produce en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos, lo cual supone una excepción a la regla general contemplada en la ley conforme a la cual no se aplica el criterio de caja para determinar el momento en que se entiende producido el devengo.

Tres son las características que se tienen que dar en este tipo de operaciones:

- Es necesaria la existencia de un cobro efectivo.

- No tiene que ser necesariamente un pago monetario.
- Determina un devengo anterior al hecho imponible, pero nunca posterior.

Esta regla del devengo en los pagos anticipados sólo es aplicable respecto de las operaciones interiores, no siendo aplicable a las entregas de bienes destinadas a otro Estado miembro del artículo 25 (exenciones en entregas intracomunitarias de bienes), ni respecto del hecho imponible importación puesto que el devengo del IVA se produce al tener lugar el de los derechos de importación (art. 77) y conforme al Código Aduanero Comunitario, la deuda aduanera se origina en el momento de la admisión de la declaración en la aduana, ni respecto de las exportaciones por las que se reciban pagos anticipados.

En estos casos en los que se realizan pagos anteriores a la realización del hecho imponible en los que el IVA se devenga en el momento del cobro y por el importe efectivamente percibido se puede plantear la duda de qué tipo aplicar a pagos que se realicen antes del 1 de julio de 2010 y que se correspondan a entregas de bienes o prestaciones de servicios que se realizarán con posterioridad a esa fecha y, en su caso, si habría que regularizar o no el IVA aplicado a dichos anticipos.

Estas dudas han sido consultadas a la DGT y ésta en contestación a Consultas de 26 de marzo de 2010, números V0602/2010 (NFC037481) y V0603/2010 (NFC037485) ha señalado que cuando se realicen pagos a cuenta anteriores a 1 de julio de 2010, aunque el hecho imponible se produzca con posterioridad a esa fecha, el tipo aplicable será el vigente en el momento en que se efectúen los pagos a cuenta, es decir, el 16% o 7%), siempre que los bienes o servicios a que se refieren estén identificados con precisión no debiendo ser objeto de rectificación alguna el tipo impositivo aplicado en los pagos a cuenta efectuados en estas condiciones. Para los pagos anticipados que se efectúen con posterioridad al 1 de julio o para las cantidades pendientes de satisfacer cuando se realice el hecho imponible, el tipo aplicable será ya del 18% u 8%.

EJEMPLO 1:

La empresa inmobiliaria «MICASA» vende un piso al señor Fernández por importe de 100.000 euros según consta en contrato. El mencionado contrato se firma el 5 de marzo de 2010, entregando este día el señor Fernández 20.000 euros y obligándose a entregar otros 20.000 euros el 1 de julio de 2010 y el resto (60.000 euros) a la entrega de llaves que se efectuará el 13 de enero de 2011.

La puesta a disposición es el 13 de enero de 2010 y ésta sería, en principio, la fecha del devengo. Ahora bien, como acabamos de comentar anteriormente, el artículo 75.2 de la LIVA establece que «no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en las operaciones sujetas a gravamen que originen pagos anticipados (5 de marzo de 2010 y 1 de julio de 2010) anteriores a la realización del hecho imponible (la entrega, el 13 de enero de 2011), el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos».

Por lo tanto, el devengo de los pagos anticipados será:

.../...

.../...

- El 5 de marzo de 2010 por importe de 20.000 euros y al tipo del 7%.
- El 1 de julio de 2010 por importe de 20.000 euros y al tipo del 8%.
- El 13 de enero de 2011 por importe de 60.000 euros y al tipo del 8%.

2. OPERACIONES DE TRACTO SUCESIVO

El supuesto general del devengo en este tipo de operaciones está regulado en el artículo 75.uno.7.º de la LIVA que señala: se devengará el impuesto «... en los arrendamientos, en los suministros y, en general, en las operaciones de tracto sucesivo o continuado, en el momento en que resulte exigible la parte del precio que comprende cada percepción».

Por lo tanto, el elemento determinante del devengo en estas operaciones lo constituye la exigibilidad del precio, con independencia de que el pago se realice en ese momento o en otro posterior.

Se exceptúan de la aplicación de esta norma las entregas de bienes que se produzcan como consecuencia de contratos de arrendamientos-venta o arrendamientos de bienes con cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para ambas partes (art. 75.uno.7.º, párrafo tercero), al estar estas operaciones equiparadas a las entregas de bienes.

Esta cuestión en la que los nuevos tipos impositivos pueden afectar a este tipo de operaciones ha sido también tratada por la DGT, concretamente en la Consulta de 26 de marzo de 2010 (V0602/2010), en la que señala que en la medida en que el devengo del impuesto tiene lugar en este tipo de operaciones con arreglo a la exigibilidad del precio en los contrato de tracto sucesivo, resultará plenamente ajustado a Derecho repercutir el mismo al tipo impositivo del 18 por 100 cuando dicha exigibilidad se produzca con posterioridad al 1 de julio de 2010, aunque se corresponda con un periodo de arrendamiento anterior a esa fecha.

EJEMPLO 2:

Contrato de arrendamiento de una nave industrial a 7 años en el que, de acuerdo con las estipulaciones del contrato, el arrendatario deberá abonar mensualmente las rentas al arrendador, a mes vencido y durante los cinco primeros días del mes siguiente.

En este supuesto el día 1 de julio de 2010, en el que entran en vigor los nuevos tipos del impuesto, resultará exigible la renta correspondiente al mes de junio, que será gravada con el nuevo tipo impositivo del 18%, pues es bajo la vigencia de la nueva norma cuando se producirá el devengo del IVA, con independencia de que el periodo al que corresponda dicha renta sea anterior a su entrada en vigor.

También en esa misma consulta (V0602/2010), la DGT trata el tema del devengo en los contratos de suministros, por ejemplo de luz, agua, teléfono, gas, al señalar que en la medida en que el devengo del impuesto tiene lugar en este tipo de operaciones conforme a la exigibilidad de la contraprestación, resultarán aplicables los nuevos tipos impositivos cuando se trate de contraprestaciones exigibles posteriormente al 1 de julio de 2010, aunque se correspondan con periodo de consumo anteriores a esa fecha.

EJEMPLO 3:

Una compañía de gas factura el día 1 de julio de 2010 por los suministros realizados durante los dos meses anteriores por importe de 600 euros. En el contrato se estipuló que se facturaría por periodos bimensuales, siendo exigible el día 1 del mes siguiente a cada periodo.

En los suministros de gas el impuesto, como hemos comentado anteriormente, se devenga en el momento en que resulta exigible la parte del precio que comprenda cada percepción (art. 75.uno.7.º LIVA). En nuestro caso es exigible el 1 de julio de 2010 por importe de 600 euros y al tipo del 18%.

3. CONTRATOS CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Uno de los casos especiales en el tema de la repercusión del IVA tiene lugar cuando el destinatario de las operaciones realizadas por los sujetos pasivos son las Administraciones públicas, que en contra de lo que es la práctica habitual del comercio, los precios que se pactan entre las partes, si su destinatario es la Administración, se entenderán con el IVA incluido, si bien para salvaguardar requisitos formales, las cuotas se consignarán separadamente del precio en la factura correspondiente. Así se desprende del segundo párrafo del artículo 88.uno de la LIVA que dispone «en las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas al impuesto cuyos destinatarios fuesen entes públicos se entenderá siempre que los sujetos pasivos del impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el IVA que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido» y del artículo 25 del Reglamento del Impuesto (en adelante RIVA), al establecer que «los pliegos de condiciones particulares previstos en la contratación administrativa contendrán la prevención expresa de que a todos los efectos se entenderá que las ofertas de los empresarios comprenden no sólo el precio de la contrata, sino también el importe del impuesto».

En esta materia tiene especial importancia el tipo impositivo aplicable a la operación, ya que, al entenderse incluido el impuesto en el importe a satisfacer por la Administración contratante, la

aplicación incorrecta del tipo impositivo puede provocar cambios en el precio final de la operación, por ejemplo, cuando se produzca un cambio en los tipos impositivos vigentes entre el momento de formular las ofertas y el de realización de las operaciones.

Para este caso, la DGT en Consulta V0602/2010, de 26 de marzo, ha concluido que en los contratos celebrados con la Administración pública debe aplicarse el tipo vigente en el momento del devengo, independientemente de cuál haya sido el tipo impositivo que se tuvo en cuenta al formular la correspondiente oferta.

EJEMPLO 4:

El Ministerio de Fomento adjudica previa subasta una obra el 20 de noviembre de 2009, a la empresa constructora «ABSA», de 2.000.000 de euros (tipo 16%, IVA incluido). La mencionada obra tiene que realizarse en el plazo de un año, debiéndose certificar y pagar la mitad de la obra a los 6 meses (19 de mayo de 2010) y la otra mitad a la finalización de la obra (19 de noviembre de 2010).

En este supuesto lo que hay que determinar es el importe de cada una de las certificaciones.

El 20 de noviembre de 2009, de haberse mantenido los tipos vigentes, el constructor hubiese facturado globalmente por el siguiente importe:

Base imponible (2.000.000/1,16)	1.724.138
IVA	275.862
Total facturación	2.000.000

Por tanto, lo que el constructor tiene que recibir, al margen del IVA, será 1.724.138 (éste será el precio cierto de adjudicación).

Al facturar en dos partes, la primera de las certificaciones de la obra será la mitad del precio cierto previsto, más el IVA correspondiente, es decir:

Base primera certificación (1.724.138/2)	862.069
IVA (862.069 × 16%)	137.931
Total primera certificación	1.000.000

En la segunda certificación, al existir un tipo impositivo de IVA superior al de la fecha de adjudicación, la cantidad a abonar por el Ministerio de Fomento se verá incrementada en el incremento experimentado por el tipo impositivo del impuesto. Así, la certificación será:

.../...

.../...

Base segunda certificación (1.724.138/2)	862.069
IVA (862.069 × 18%)	155.172,42
Total segunda certificación.....	1.017.241,42

Al final la cantidad abonada por el Ministerio de Fomento será:

Primera certificación	1.000.000
Segunda certificación	1.017.241,42
Total	2.017.241,42

De los que 293.103,42 son de IVA.

4. MODIFICACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE: DESCUENTOS Y BONIFICACIONES POSTERIORES A LA REALIZACIÓN DE LA OPERACIÓN

Los descuentos y bonificaciones producidos con posterioridad al momento del devengo posibilitarán una reducción posterior de la base imponible (art. 80.uno.2 LIVA).

Estos descuentos pueden ser de cualquier tipo, aunque los más importantes serán, si no están incluidos en los descuentos y bonificaciones que se conceden previa o simultáneamente al momento en que la operación se realiza, los derivados del pronto pago o los derivados del volumen de ventas (*rappels*).

Respecto a estos últimos se plantea la cuestión de la modificación de la base imponible, si en el momento en el que se concede el descuento y, por tanto, debe modificarse la base, ya es aplicable el nuevo tipo incrementado.

La DGT en Consulta V2835/2009, de 29 de diciembre (NFC037114), llega a la conclusión de que «puesto que el tipo impositivo aplicable es el vigente en el momento del devengo del IVA, en el caso de que exista una variación de tipos impositivos en un año determinado y los proveedores apliquen un *rappel* anual, dicho *rappel* deberá tener en cuenta dicha circunstancia, de forma que las bases imponibles y la rectificación de las mismas se determinen teniendo en cuenta el tipo impositivo aplicado en cada periodo en el que estuvieron vigentes los correspondientes tipos impositivos a los que correspondan los *rappels*».

Por tanto, la rectificación de las cuotas repercutidas deberá efectuarse teniendo en cuenta no los tipos impositivos vigentes en el momento de efectuarse la rectificación, sino los que se aplicaron cuando se produjo el devengo de las operaciones.

La mencionada consulta aclara también cuestiones referentes a la rectificación de la factura, y de las deducciones y el pertinente reflejo en los libros de estas operaciones:

- La factura rectificativa que deben expedir los proveedores para documentar la modificación de la base imponible, como consecuencia del otorgamiento de un *rappel* anual, deberá expedirse en el momento de otorgarse dichos *rappels*, con independencia de que la factura, expedida en un año determinado, tenga por objeto documentar *rappels* concedidos en el año precedente.
- Las facturas rectificativas recibidas deberán anotarse en el libro registro de facturas recibidas por el orden en que se reciban y dentro del periodo de liquidación a que se refieran, es decir, al que corresponda su anotación.
- La rectificación de las cuotas soportadas, como consecuencia de la percepción de unos *rappels* anuales, documentada en la correspondiente factura rectificativa, deberá efectuarse en la declaración-liquidación correspondiente al periodo impositivo en que el sujeto pasivo reciba el correspondiente documento justificativo, es decir, la referida factura rectificativa.

EJEMPLO 5:

La empresa «MESA», dedicada a la fabricación de sillas, otorga el 1 de septiembre de 2010 a sus distribuidores un *rappel* anual de 2 euros por silla comprada, al haber superado las 3.000 sillas dentro del año 2009. El distribuidor «H» compró, en el referido año 2009, 5.000 sillas a razón de 60 euros por silla. Las facturas que recibirá la empresa «MESA» serán:

- Por las compras en 2009:

5.000 sillas × 60 euros/silla	300.000
Tipo impositivo (16%)	
IVA repercutido	48.000
Total facturas	348.000

- Por el *rappel* otorgado el 1 de septiembre de 2010:

2 euros/silla × 5.000 sillas	(10.000)
Tipo impositivo (16%) ¹	
IVA repercutido	1.600
Total factura de abono por <i>rappel</i>	(11.600)

¹ La rectificación de las cuotas repercutidas deberá efectuarse teniendo en cuenta no el tipo impositivo vigente en el momento de efectuarse la rectificación, sino el que se aplicó cuando se produjo el devengo de las operaciones.

ADENDA

Una vez elaboradas estas notas y remitida la Revista a imprenta para ser editada, se han publicado (31 de mayo) en la página de la DGT seis consultas vinculantes relativas al devengo y tipo impositivo aplicable a determinados contratos y prestaciones de servicios cuando se produce una variación de los tipos impositivos. Las referidas consultas son: V1006/2010, de 14 de mayo (NFC037793); V1033/2010, de 17 de mayo (NFC037796); V1035/2010, de 17 de mayo (NFC037797); V1055/2010, de 19 de mayo (NFC037794); V1056/2010, de 19 de mayo (NFC037798) y V1057/2010, de 19 de mayo (NFC037795) y los criterios expuestos en las mismas sobre el devengo y cuantificación del IVA, cuando se produce una variación en los tipos impositivos del mismo, deben considerarse complementarios de los contenidos en anteriores contestaciones a consultas, entre las que cabe señalar las de 26 de marzo de 2010 (V0602/2010 y V0603/2010) y 8 de abril de 2010 (V0644/2010).

A continuación vamos a recopilar brevemente lo novedoso que contienen las mencionadas consultas:

OPERACIONES QUE ORIGINAN PAGOS ANTICIPADOS

Respecto a un contrato de compraventa de vivienda realizándose pagos anticipados entre la suscripción del contrato y la entrega de la misma, la DGT en Consulta V1057/2010, de 19 de mayo, ha concluido:

«Los pagos a cuenta realizados con anterioridad al 1 de julio de 2010, correspondientes a operaciones cuyo devengo tenga lugar con posterioridad a esa fecha, determinarán en esa proporción el devengo del impuesto calculado conforme a los tipos impositivos vigentes cuando se efectúen siempre que los bienes o servicios a que se refieran estén identificados con precisión.

Por tanto, se aplicará el tipo impositivo del 7% en todos aquellos pagos anticipados que hayan sido abonados efectivamente antes del 1 de julio de 2010, estuvieran o no previstos en el contrato de compraventa suscrito.

En estas circunstancias, el tipo impositivo correspondiente a dichos pagos a cuenta no deberá ser objeto de rectificación alguna aun cuando la realización de la operación a la que se refieran (entrega de las viviendas) y, por tanto, el devengo determinado por aplicación del artículo 75.uno.1.º de la Ley 37/1992 tenga lugar con posterioridad al 30 de junio de 2010.

Por otro lado, se aplicará el tipo impositivo del 8% en la entrega de las viviendas, que se producirá en el momento de la firma de la correspondiente escritura pública, cuando tenga lugar con posterioridad al 30 de junio de 2010, por la parte del precio que reste por pagar, incluida la parte que corresponda a la deuda con garantía hipotecaria.»

Por lo tanto, siempre que los bienes y servicios estén identificados con precisión, se aplicará el tipo impositivo vigente hasta el 30 de junio de 2010 (16% o 7%) en todos aquellos pagos anticipados

que se abonen efectivamente antes del 1 de julio de 2010, estando o no previstos en el contrato suscrito, no debiendo de ser objeto de rectificación alguna el tipo impositivo aplicado a los pagos a cuenta efectuados en esas condiciones. Para los pagos anticipados que se efectúen con posterioridad al 1 de julio o para las cantidades pendientes de satisfacer cuando se realice el hecho imponible, incluida la parte que corresponda a la deuda con garantía hipotecaria, el tipo aplicable será ya del 18% u 8%.

EJEMPLO 6:

Si el Señor Fernández abonase efectivamente, antes del 1 de julio de 2010, los 20.000 euros descritos en el ejemplo 1, correspondientes al pago que le correspondía efectuar el 1 de julio de 2010, el tipo impositivo aplicable será el 7% y no el 8%, de acuerdo con lo manifestado por la DGT.

CONTRATOS CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Respecto a ejecuciones de obra cuya destinataria sea la Administración y su recepción y pago se efectúa mediante certificaciones de obra (V1057/2010), la DGT manifiesta para estos casos que:

Se aplicará el tipo impositivo del 16%:

- A las certificaciones de obras que no hayan sido objeto de recepción pero cuyo pago efectivo se produzca con anterioridad al 1 de julio de 2010.
- A las certificaciones finales, ya sean totales o parciales, que documenten obras que hayan sido objeto de recepción con anterioridad al 1 de julio de 2010, aun cuando su pago se produzca con posterioridad a dicha fecha.

Se aplicará el tipo impositivo del 18%:

- A las certificaciones correspondientes a obras que sean objeto de recepción con posterioridad al 30 de junio de 2010, salvo que su importe se abone anticipadamente antes de esa fecha.

La factura que se expida como consecuencia de la recepción de una obra certificada total o parcialmente, o bien por el abono de un pago anticipado, deberá incluir el tipo impositivo aplicable en función de los criterios de devengo señalados, sin que sea procedente expedir factura rectificativa cuando para una misma obra una parte se grave al 16% y otra al 18 como consecuencia de la aplicación de los mismos.

No obstante, en el supuesto de que se hubiera expedido una factura en la que se repercuta un tipo impositivo distinto al que corresponda, por una aplicación incorrecta de las reglas de devengo

del IVA, se deberá expedir una factura rectificativa aplicando el tipo correcto y ajustada a los requisitos regulados en el artículo 13 del reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre.

EJEMPLO 7:

Si en el ejemplo 4 anterior, el Ministerio de Fomento abona efectivamente la segunda certificación el 20 de junio de 2010, aunque su recepción no sea hasta el 19 de noviembre de 2010, en este caso el tipo impositivo sería el 16% y no el 18%.

OPERACIONES DE TRACTO SUCESIVO

Las Consultas Vinculantes V1006/2010, V1033/2010, V1035/2010 y V1056/2010 tratan de contratos de servicios (en estos casos telefónicos) efectuados para la Administración Pública, y en las mismas la DGT señala que si durante la vigencia de los citados contratos se produjera una modificación del tipo impositivo del IVA aplicable a los mismos, el tipo que deberá aplicarse será aquel que esté vigente en el momento del devengo de las operaciones, con independencia de cuál hubiese sido el tipo impositivo que se tuvo en cuenta al formular la correspondiente oferta.

Debe insistirse, en este sentido, en que en la medida en que el devengo del IVA tiene lugar con arreglo a la exigibilidad del precio en los contratos de tracto sucesivo, resultará plenamente ajustado a Derecho repercutir el citado impuesto al tipo impositivo del 18% cuando dicha exigibilidad se produzca con posterioridad al 1 de julio de 2010, aunque se corresponda con un periodo de prestación anterior a esa fecha.

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. EJERCICIO 2009 (CASO PRÁCTICO)

FERNANDO BORRÁS AMBLAR

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

ESTANDO próxima la presentación del Impuesto sobre Sociedades, normalmente del 1 al 25 de julio de 2010, vamos a realizar la declaración del impuesto de una sociedad que tributa en el régimen general del impuesto, en la que incorporamos diferentes ajustes por operaciones de la entidad en el ejercicio 2009.

Palabras clave: Impuesto sobre Sociedades, liquidación del impuesto y cuota diferencial.

2009 CORPORATE INCOME TAX (CASE STUDY)

FERNANDO BORRÁS AMBLAR

Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

WITH the filing period of the Corporate Income Tax returns being about to start, typically July 1 through July 25, we simulate a firm's general regime tax return that includes various adjustments for transactions carried out in 2009.

Keywords: Corporate Income Tax, tax calculation and refundable amount.

ENUNCIADO

La sociedad «ZAQUE, SA», dedicada a la fabricación, comercialización y desarrollos tecnológicos en relación con la zapatería, ha obtenido en el ejercicio 2009 un resultado contable antes de impuestos por importe de 3.850.000 euros.

La sociedad tributa en el régimen general, al tener una cifra de negocios en el ejercicio 2008 superior a 8.000.000 y pone a nuestra disposición los siguientes datos a los efectos de determinar la cuota diferencial del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2009.

- 1. La media de trabajadores del ejercicio 2008 era de 150 personas. En el ejercicio 2009 por un proceso de reestructuración empresarial ha despedido a 20 trabajadores el día 15 de junio de 2009. No obstante, la sociedad tiene previsto, de acuerdo con su programa de los próximos ejercicios, que la media de trabajadores de los ejercicios 2009 y 2010 sea por lo menos la misma que al finalizar el ejercicio 2008.
- 2. La entidad venía amortizando una maquinaria adquirida el 1 de julio de 2005 por importe de 100.000 euros al tipo de 8%, por método lineal. Las tablas de amortización para ese elemento determinan un porcentaje máximo de amortización de 12% y un periodo máximo de amortización de 18 años. Al estar practicando la amortización en un porcentaje inferior al máximo, la entidad practicó la siguiente anotación contable por la amortización de la maquinaria en el ejercicio 2009:

		Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	14.000	
681	Amortización del inmovilizado material	12.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		26.000

- 3. La entidad formalizó el día 2 de enero de 2008 un contrato de arrendamiento financiero con una entidad constituida para tal fin, sobre un inmovilizado material amortizable al 10% siendo el valor del mismo 3.000.000 euros. La duración del contrato era de dos años. Y las cuotas mensuales correspondientes a la recuperación del coste del elemento, en el momento inicial,

sumadas todas las del año, eran de 1.000.000 de euros en 2008 y 1.800.000 euros en 2009. La opción de compra que se efectuará al final del mes de enero de 2010 será de 200.000 euros.

Para determinar las cuotas totales por el arrendamiento financiero, se incrementarán las cuotas de recuperación del coste del elemento, detalladas anteriormente, en los intereses correspondientes calculados al 15%.

A principios del año 2009, una vez pagadas las primeras 12 cuotas del contrato, a la vista de que no va a poder pagar el resto de las cuotas, negocia con la entidad de arrendamiento una modificación del contrato.

El contrato se alarga tres años y las cuotas de recuperación del elemento, sumadas todas las del año, son las siguientes:

Año	Cuotas modificadas correspondiente a la recuperación del coste (por años)
2009	500.000
2010	400.000
2011	425.000
2012	475.000

La opción de compra, que se efectuará al final del mes de enero de 2013, será de 200.000 euros. Por supuesto cada una de las cuotas de recuperación se incrementará en los intereses correspondientes.

- La entidad realizó una inversión en mayo de 2008 en acciones de la mercantil «ZAPATA, SA» por un importe de 3.500.000 euros. Esta inversión corresponde a 500.000 acciones y al 25% del capital. En ese momento el patrimonio neto de la mercantil «ZAPATA, SA» era de 10.000.000 de euros, los ajustes por cambio de valor ascienden a 2.000.000 de euros y no existían subvenciones ni donaciones.

La diferencia existente entre patrimonio neto y el coste de la inversión se debe a unas plusvalías tácitas existentes en la fecha de adquisición.

A 1 de enero de 2009, el patrimonio neto de la mercantil era el mismo que en el momento de la adquisición, es decir, de 10.000.000 de euros y los ajustes por cambio de valor ascendían a 2.000.000 no existiendo ni subvenciones ni donaciones. Por otra parte, las plusvalías tácitas tienen el mismo valor.

Al cierre del ejercicio, el patrimonio neto de la sociedad «ZAPATA, SA» asciende a 8.800.000 euros, de los que 1.000.000 corresponden a ajustes por cambios de valor no existiendo subvenciones ni donaciones. Por otra parte, se conoce que las plusvalías tácitas han disminuido en un 30%.

«ZAQUE, SA», de acuerdo con la norma novena de registro y valoración del Plan General de Contabilidad (PGC) realizó la siguiente anotación contable para registrar el deterioro de las acciones de la entidad «ZAPATA, SA»:

		Debe	Haber
696	Pérdidas por deterioro de participaciones y valores representativos de deuda a largo plazo	600.000	
293	Deterioro de valor de participaciones a largo plazo en partes vinculadas		600.000

Por otra parte se conoce que la entidad «ZAPATA, SA» ha contabilizado gastos que no tienen la consideración de deducibles por importe de 80.000 euros.

5. La entidad «ZAQUE, SA» tiene el 100% de acciones de «KETA, SA» adquiridas por importe de 5.000.000 de euros, en el mes de enero de 2008.

La sociedad «KETA, SA» tiene el 100% de acciones de «NIKO, SA» adquiridas asimismo por 5.000.000 de euros, en enero de 2008.

El balance de la sociedad «NIKO, SA» en el momento de la adquisición de las acciones por «KETA, SA», en enero de 2008, era el siguiente:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Activo no corriente Inmuebles	1.000.000	Fondos propios Capital (2.000.000) Reservas (2.000.000)	4.000.000
Activo no corriente	4.000.000	Ajustes por cambio de valor	1.000.000
		Subvenciones	–
		Pasivo no corriente	–
		Pasivo corriente	–
Total activo	5.000.000	Total patrimonio neto y pasivo	5.000.000

El balance de la sociedad «NIKO, SA» al final del ejercicio 2008 fue el siguiente:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Activo no corriente Inmuebles	1.000.000	Fondos propios Capital (2.000.000) Reservas (2.000.000) Resultados negativos 2008 (–1.500.000)	2.500.000
Activo no corriente	5.000.000	Ajustes por cambio de valor	2.000.000
		Subvenciones	–
		Pasivo no corriente	–
		Pasivo corriente	1.500.000
Total activo	6.000.000	Total patrimonio neto y pasivo	6.000.000

Y se conoce que la entidad «KETA, SA» no contabilizó deterioro alguno por las acciones de «NIKO, SA», al considerar que el importe recuperable de las acciones era superior al precio de adquisición de las acciones de 5.000.000 de euros, de acuerdo con la norma novena de registro y valoración del PGC. No obstante la entidad «KETA, SA» se dedujo por el artículo 12.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) 1.500.000 euros por el deterioro de las acciones de «NIKO, SA».

El patrimonio neto de la entidad «KETA, SA» a 31 de diciembre de 2008 estaba formado exclusivamente por el capital social por importe de 5.000.000 de euros.

La mercantil «ZAQUE, SA», en el ejercicio 2008, no contabilizó deterioro alguno de las acciones de «KETA, SA», de acuerdo con la norma novena del PGC y no se dedujo cantidad alguna por deterioro de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.3 del TRLIS, según el texto establecido del citado precepto en el momento de efectuar la declaración en el mes de julio de 2009.

El balance de la sociedad «NIKO, SA» al final del ejercicio 2009 es el siguiente:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Activo no corriente	1.000.000	Fondos propios	1.500.000
Inmuebles		Capital (2.000.000)	
		Reservas (2.000.000)	
		Resultados negativos 2008 (-1.500.000)	
		Resultados negativos 2009 (-1.000.000)	
Activo no corriente	6.000.000	Ajustes por cambio de valor	3.000.000
		Subvenciones	–
		Pasivo no corriente	–
		Pasivo corriente	2.500.000
Total activo	7.000.000	Total patrimonio neto y pasivo	7.000.000

Por último se conoce que la entidad «NIKO, SA» todos los gastos que ha contabilizado tienen la consideración de fiscalmente deducibles en los ejercicios 2008 y 2009.

Asimismo, el patrimonio neto de la entidad «KETA, SA» a 31 de diciembre de 2009 estaba formado exclusivamente por el capital social por importe de 5.000.000 de euros, no contabilizando deterioro contable alguno por las acciones de «NIKO, SA».

- La entidad «ZAQUE, SA» adquirió un fondo de comercio por 1.000.000 de euros en el ejercicio 2008. La empresa realizó un test del deterioro del fondo de comercio y resultó que el valor del citado fondo de comercio al final del ejercicio 2008 era de 600.000 euros. Por ello realizó una anotación contable por pérdida por deterioro del fondo de comercio por importe de 400.000 euros que fue gasto contable y fiscal. En el ejercicio 2009, el test de deterioro realizado ha determinado que el valor del fondo de comercio que es de 600.000 euros no ha realizado anotación contable alguna. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 213.4 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLA), y de acuerdo con lo establecido por

el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en la consulta 3 del BOICAC 73 de marzo de 2008, ha realizado un abono a la cuenta de reservas indisponibles por importe de 30.000 euros (5% de 600.000).

7. «KEL, SA», socio de la entidad «ZAQUE, SA», que participa en el 70% del capital ha realizado una donación no reintegrable a la entidad «ZAQUE, SA», por importe de 500.000 euros, que la mercantil ha contabilizado de acuerdo con lo establecido en la norma 18 de registro y valoración del PGC, de la siguiente manera:

		Debe	Haber
572	Bancos	500.000	
118	Aportaciones de socios o propietarios		500.000

Se conoce asimismo que los restantes socios de la mercantil «ZAQUE, SA» no han realizado ninguna donación a la entidad.

8. La mercantil «ZAQUE, SA» ha venido desarrollando en los últimos años un proyecto de investigación y desarrollo fruto del cual se ha obtenido un nuevo producto que la empresa ha patentado como componente de un material para suelas de zapatillas deportivas.

El coste total del proyecto le ha supuesto un desembolso de 790.000 euros y la obtención e inscripción de la patente unos gastos adicionales de 10.000 euros.

La empresa ha venido activando los gastos del proyecto por considerar que no había dudas sobre el éxito técnico y la rentabilidad económico-comercial del mismo, registrándose la patente como activo intangible por importe de 800.000 euros.

Una vez registrada la patente, la empresa ha cedido su explotación comercial a una entidad española, con la que no tiene ningún tipo de vinculación, por un plazo de 10 años a cambio de unos ingresos anuales de 500.000 euros.

«ZAQUE, SA» considera que transcurrido este tiempo la patente carecerá de valor por lo que ésta se amortiza de manera lineal durante el citado plazo, siendo éste el único gasto anual asociado a la patente. La mercantil lleva una contabilidad de costes que le permite conocer efectivamente cuáles son los ingresos y gastos del inmovilizado intangible.

9. La mercantil «ZAQUE, SA» en el ejercicio 2007 transmitió un inmueble por importe de 1.500.000 euros teniendo una plusvalía de 1.000.000 de euros, habiéndose acogido a la deducción por reinversión establecida en el artículo 42 del TRLIS. La deducción practicada por aplicación del artículo 42 del TRLIS en el ejercicio 2007 fue de 137.895 euros ($951.000 \times 0,145$), al tener en cuenta para determinar la base de la deducción la corrección monetaria del inmueble. En el ejercicio 2009, el bien inmueble que fue transmitido en 2007 se arrienda a la entidad propietaria abonando «ZAQUE, SA» 100.000 euros por el alquiler del citado inmueble.
10. La mercantil acordó con sus tres directivos, el 1 de abril del año 2009, una retribución adicional consistente en multiplicar el 10% de la revalorización de las acciones por 10.000 euros,

a cada uno de ellos, siempre que permanezcan en activo en la entidad dentro de cinco años desde esa fecha.

En el momento del acuerdo el valor de la acción es de 500 euros, y el valor de las acciones de la empresa al cierre del ejercicio 2009 es de 600 euros y continúan en la empresa los tres directivos.

«ZAQUE, SA» registró el compromiso de pago con sus tres directivos a 31 de diciembre de 2009 de la siguiente manera:

		Debe	Haber
6450	Retribuciones al personal con instrumentos de patrimonio [$3 \times 10.000 \times (600 - 500) \times 10\%$]	300.000	
147	Provisión por transacciones con pagos en instrumentos de patrimonio		300.000

11. «KEL, SA», socio en el 70% del capital de la entidad «ZAQUE, SA», prestó en el ejercicio 2009 a la entidad «ZAQUE, SA», 2.000.000 euros a un tipo de interés del 2%, con vencimiento anual. La entidad «ZAQUE, SA», de acuerdo con lo establecido en la consulta 6 del BOI-CAC 79 de septiembre practicó las siguientes anotaciones contables en relación con el préstamo, habiendo determinado, después de un análisis de comparabilidad, y con suficientes comparables internos y externos, que el tipo de interés de mercado para la entidad es del 6%:

		Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito	2.000.000	
5113	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		1.924.528,31
118	Aportaciones de socios		75.471,69

		Debe	Haber
662	Intereses de deudas ($2.000.000 \times 2\% + 75.471,69$)	115.471,69	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		115.471,69

		Debe	Haber
5133	Otras deudas con empresas del grupo	2.040.000	
572	Bancos e instituciones de crédito		2.040.000

12. La mercantil «ZAQUE, SA» participa en el 40% en la entidad alemana «STHOQUE», el coste de la participación fue de 2.000.000 de euros, habiendo sido adquirida la participación en el año 2005. La entidad alemana «STHOQUE» realiza la actividad de fabricación y comercialización de zapato deportivo. En el ejercicio 2009 ha transmitido la participación a otra entidad alemana por importe de 5.000.000 de euros. La entidad «ZAQUE, SA» ha

integrado en la base imponible la ganancia obtenida. Asimismo ha incorporado gastos en relación con comisiones por la transmisión efectuada por importe de 100.000 euros.

13. El día 2 de diciembre de 2009 la entidad «ZAQUE, SA» adquirió unas naves industriales que habían sido encargadas en el mes de enero de 2009 y que la empresa calificó como inversiones inmobiliarias al estar destinadas al arrendamiento. Como pago de las mismas se entregó un terreno, adquirido en el año 2000 cuyo valor contable era de 400.000 euros. El valor razonable de ambos inmuebles ascendía a 1.000.000 de euros en la fecha de la entrega de los mismos. Por otra parte, el 20% del valor de las naves industriales corresponde al valor del terreno sobre el que han sido construidas. «ZAQUE, SA» contabilizó las inversiones inmobiliarias por su valor razonable y reconoció un beneficio extraordinario de 600.000 euros.
14. La entidad ha presentado los tres pagos fraccionados sin ingresar cantidad alguna al resultar la parte de la base imponible correspondiente a cada uno de los tres periodos negativa. Las retenciones a cuenta han ascendido a 35.800 euros.

SE PIDE:

Liquidar el impuesto y determinar la cuota diferencial correspondiente al ejercicio 2009.

SOLUCIÓN

Liquidacion del impuesto y determinación de la cuota diferencial:

RESULTADO CONTABLE ANTES DE IMPUESTOS	3.850.000
Punto 2. Cambio de porcentajes de amortización. (No hay ajustes)	–
Punto 3. Cambio de cuotas de adquisición del bien en arrendamiento financiero (art. 115)	–300.000
Punto 4. Deterioro de acciones de grupo, multigrupo o asociadas (art. 12.3 TRLIS) (+600.000 – 30.000)	+570.000
Punto 5. Deterioro de acciones de grupo, multigrupo o asociadas (art. 12.3 TRLIS. Redacción por Ley 11/2009)	–1.000.000
Punto 6. Deducibilidad del fondo de comercio (art. 12.6 TRLIS)	–30.000
Punto 7. Donaciones de socios	+150.000
Punto 8. Reducción de ingresos procedentes de activos intangibles (art. 23 TRLIS)	–250.000
Punto 9. La entidad opta por integrar la deducción por reinversión practicada en 2007 por importe de 137.895 euros	–
	.../...

.../...	
Punto 10. Provisión por pago con instrumentos de patrimonio (art. 13 TRLIS)	+300.000
Punto 11. Operación vinculada (art. 16 TRLIS)	+22.641,50
Punto 12. Transmisión de valores extranjeros. Exención (art. 21.2 TRLIS)	-2.900.000
Punto 13. Libertad de amortización con mantenimiento de empleo (disp. adic. 11.ª TRLIS)	-800.000
Total ajustes	-4.237.358,50
BASE IMPONIBLE	-387.358,50
CUOTA ÍNTEGRA AL 30%	-
CUOTA LÍQUIDA POSITIVA	-
Retenciones e ingresos a cuenta	-35.800
CUOTA DEL EJERCICIO A INGRESAR O DEVOLVER	-35.800
Pagos fraccionados	-
CUOTA DIFERENCIAL	-35.800
Incremento por pérdida de beneficios fiscales anteriores	+137.895
LÍQUIDO A INGRESAR	102.095

Notas:

Punto 1.

La entidad podrá aplicar la disposición adicional undécima del TRLIS, que se refiere a la libertad de amortización con mantenimiento de empleo, si bien a 31 de diciembre de 2009 no ha mantenido empleo en comparación con la media de los trabajadores del ejercicio 2008. La norma establece que durante los 24 meses siguientes a la fecha del inicio del periodo impositivo en que los elementos entren en funcionamiento, la plantilla media total de la entidad se mantenga respecto de la plantilla media de los 12 meses anteriores. Por ello el mantenimiento de empleo se deberá computar al final del ejercicio 2010, y determinar la media de los ejercicios 2009 y 2010, y en esa fecha la media deberá ser de 150 trabajadores, por lo menos.

Hay que tener en cuenta que la entidad ha adquirido un inmueble (punto 13) afecto a la actividad, calificado como inversión inmobiliaria y puede ser objeto de libertad de amortización en el ejercicio 2009. No obstante, en caso de que no se cumpliera la condición del manteniendo del empleo al finalizar el ejercicio 2010, en ese ejercicio deberá corregir el incentivo fiscal aplicado en el ejercicio 2009.

Punto 2.

La entidad ha cambiado el porcentaje de amortización aplicado en ejercicios anteriores, pasando del 8% a aplicar, este año, al 12%.

El artículo 2 del Reglamento del Impuesto establece que cuando el sujeto pasivo opte por el método de amortización según tablas de amortización oficialmente aprobadas, la depreciación se

entenderá efectiva cuando sea el resultado de aplicar al precio de adquisición o coste de producción del elemento patrimonial del inmovilizado alguno de los siguientes coeficientes:

- El coeficiente de amortización lineal máximo.
- El coeficiente de amortización lineal que se deriva del periodo máximo de amortización establecido en las tablas (el coeficiente lineal mínimo).
- Cualquier porcentaje comprendido entre los dos anteriores.

Por ello, en nuestro caso, el coeficiente máximo es del 12% y el mínimo es del 5,55% (100/18); así, en los ejercicios anteriores pudo aplicar el 8% y en este ejercicio puede aplicar el 12%.

De esta manera, la amortización de 2009, por importe de 12.000 euros es gasto contable y fiscal. Sin embargo, en relación con el exceso de amortización contabilizado de ejercicios anteriores por importe de 14.000 euros, contabilizados con un cargo en la cuenta de reservas, no supone un gasto contable, pero tampoco puede suponer un gasto fiscal, dado que no es de aplicación lo establecido en el párrafo segundo del punto 1 del artículo 2 del reglamento. El citado precepto se aplica, exclusivamente, cuando en un ejercicio se contabiliza una amortización inferior a la resultante de aplicar el coeficiente mínimo.

Conclusión: En este punto no hay que realizar ningún ajuste al resultado contable para determinar la base imponible.

Punto 3.

El contrato inicial cumplía todos los requisitos, subjetivos y objetivos, del artículo 115 del TRLIS, por ello se habría realizado el siguiente cuadro que reflejaría las cantidades a deducir fiscalmente en los ejercicios siguientes, teniendo en cuenta las cuotas del contrato inicial:

La amortización lineal máxima es 300.000 (10% s/ 3.000.000). Por ello el límite establecido en el artículo 115 será de 600.000 euros (2 × 300.000)

Ejercicio	Amortización lineal máxima	Coste recuperación del bien	Límite	Gasto fiscal	Exceso	Diferencia temporaria
2008	300.000	1.000.000	600.000	600.000	400.000	-300.000
2009	300.000	1.800.000	600.000	600.000	1.200.000	-300.000
					Total	
					1.600.000	
2010	300.000	200.000	600.000	600.000	Total	-300.000
					1.200.000	
.../...						

Ejercicio	Amortización lineal máxima	Coste recuperación del bien	Límite	Gasto fiscal	Exceso	Diferencia temporaria
.../...						
2011	300.000		600.000	600.000	Total 600.000	-300.000
2012	300.000		600.000	600.000	0	-300.000
2013	300.000		600.000	-	-	+300.000
2014	300.000		600.000	-	-	+300.000
2015	300.000		600.000	-	-	+300.000
2016	300.000		600.000	-	-	+300.000
2017	300.000		600.000	-	-	+300.000
Total	3.000.000	3.000.000		3.000.000		0

Sin embargo, el contrato de arrendamiento financiero se modifica al principio del ejercicio 2009, al no poder pagar las cuotas, y como consecuencia de ello, la parte de las mismas que corresponde a la adquisición del bien, no cumplen la condición que sean constante o crecientes. Y por ello, en principio, el contrato dejaría de cumplir los requisitos objetivos para ser considerado un contrato de arrendamiento financiero del artículo 115 del TRLIS.

No obstante, el artículo 115.4 del TRLIS ha sido modificado por la disposición transitoria trigésima (por Ley 11/2009, de 26 octubre) y, por ello, aun incumpliendo esa condición, de que la parte de las cuotas correspondiente a la adquisición del bien sean constantes o crecientes, el contrato sigue cumpliendo los requisitos subjetivos y objetivos del artículo 115 del TRLIS, y ello nos dará lugar a unas nuevas cantidades fiscalmente deducibles, siendo éstas las siguientes:

Ejercicio	Amortización lineal máxima	Coste recuperación del bien	Límite	Gasto fiscal	Exceso	Diferencia temporaria
2008	300.000	1.000.000	600.000	600.000	400.000	-300.000
2009	300.000	500.000	600.000	600.000	Total 300.000	-300.000
2010	300.000	400.000	600.000	600.000	Total 100.000	-300.000
2011	300.000	425.000	600.000	525.000	0	-225.000
2012	300.000	475.000	600.000	475.000	-	-175.000
2013	300.000	200.000	600.000	200.000	-	+100.000
2014	300.000		600.000	-	-	+300.000
2015	300.000		600.000	-	-	+300.000
.../...						

Ejercicio	Amortización lineal máxima	Coste recuperación del bien	Límite	Gasto fiscal	Exceso	Diferencia temporaria
.../...						
2016	300.000		600.000	–	–	+300.000
2017	300.000		600.000	–	–	+300.000
Total	3.000.000	3.000.000		3.000.000		0

Conclusión: En el ejercicio 2009, se tendrá que hacer un ajuste negativo de 300.000, que será una diferencia temporaria imponible.

Punto 4.

En primer lugar vamos a determinar las plusvalías tácitas en el momento en que la participación de «ZAPATA, SA» fue adquirida en mayo de 2008.

$$3.500.000 - 25\% \text{ de } 10.000.000 = 1.000.000 \text{ euros}$$

Luego las plusvalías tácitas totales de la sociedad «ZAPATA, SA» en el momento de la adquisición de las acciones eran de 4.000.000 de euros (1.000.000/0,25)

El patrimonio neto a fecha 1 de enero de 2009 y a fecha 31 de diciembre de 2009 es el siguiente:

Patrimonio neto a 1 de enero de 2009		Patrimonio neto a 31 de diciembre de 2009	
Fondos propios	8.000.000	Fondos propios	7.800.000
Ajustes cambio de valor	2.000.000	Ajustes cambio de valor	1.000.000
Subvenciones	–	Subvenciones	–
Total patrimonio neto	10.000.000	Total patrimonio neto	8.800.000

Determinación del deterioro contable de acuerdo con la norma novena de registro y valoración del PGC (explicación del asiento realizado contablemente).

Para inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo o asociadas, el importe de la corrección valorativa será la diferencia entre el valor en libros y el importe recuperable.

Y salvo mejor evidencia del importe recuperable de las inversiones, se tomará en consideración el patrimonio neto de la entidad participada, corregido por las plusvalías tácitas existentes en la fecha de la valoración, que se corresponden a elementos identificables en el balance de la participada.

Por ello salvo mejor evidencia de importe recuperable, éste será:

Patrimonio neto a 31 de diciembre de 2009	8.800.000
Plusvalías existentes a 31 de diciembre de 2009 (4.000.000 – 30% de 4.000.000)	2.800.000
Suma	11.600.000

Y el 25% de 11.600.000 = 2.900.000

Corrección valorativa en «ZAQUE, SA» de las acciones de «ZAPATA, SA»:

$$3.500.000 - 2.900.000 = 600.000 \text{ euros}$$

Que es el importe de la anotación contable realizada por la entidad.

Y de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.3 del TRLIS este gasto contable no será fiscalmente deducible, y por ello hay que hacer un ajuste contable positivo de 600.000 euros.

El gasto fiscalmente deducible, para acciones de grupo, multigrupo o asociadas, viene determinado por:

1. En primer lugar, no puedan superar la siguiente diferencia:

FONDOS PROPIOS INICIO EJERCICIO – FONDOS PROPIOS FIN EJERCICIO
--

En nuestro caso:

$$25\% (8.000.000 - 7.800.000) = 50.000 \text{ euros}$$

2. En segundo lugar, se exceptiona el principio de inscripción contable siempre que se cumpla lo siguiente:

Valor de la participación (minorado en cantidades deducidas en periodos anteriores) > > Fondos propios al final del ejercicio + Plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición de la participación y que subsistan.

NOTA: Al mayor valor lo denominaremos EXCESO.

Y el deterioro fiscalmente deducible no puede superar la diferencia anterior, es decir, no puede superar lo que hemos denominado anteriormente EXCESO.

En nuestro caso:

$$3.500.000 - 25\% (7.800.000 + 2.800.000) = 850.000 \text{ euros}$$

3. En tercer lugar, la diferencia (de los Fondos propios al inicio – Fondos propios al final) se tiene que corregir, en su caso, por los gastos del ejercicio de la entidad «ZAPATA, SA» que no tengan la condición de fiscalmente deducibles, que ascienden a 80.000 euros.

En nuestro caso:

$$50.000 - 25\% (80.000) = 30.000 \text{ euros}$$

Por ello, de acuerdo con el artículo 12.3 del TRLIS, el gasto fiscalmente deducible por las acciones de «ZAPATA, SA» es de 30.000 euros. Y tendremos que hacer una diferencia permanente negativa de 30.000 euros.

Conclusión: En conjunto por el punto 4, hay que hacer dos ajustes, uno positivo de 600.000 euros y otro negativo de 30.000 euros. En conjunto se realizará un ajuste positivo por importe de 570.000 euros.

Punto 5.

Para determinar el deterioro fiscalmente deducible en la entidad «ZAQUE, SA», por las acciones de «KETA, SA», hay que tener en cuenta que la Ley 11/2009, de 26 de octubre, y con efectos 1 de enero de 2008 introdujo un nuevo párrafo 4 del punto 3 del artículo 12 del TRLIS, del siguiente tenor: «A efectos de aplicar esta deducción, el importe de los fondos propios de la participada se reducirán o aumentarán, por el importe de las deducciones y los ajustes positivos, respectivamente, que esta última entidad haya practicado por aplicación de lo establecido en este apartado correspondientes a las participaciones tenidas en otras entidades del grupo, multigrupo y asociadas».

Y lo primero que tenemos que tener en cuenta es que esta norma tiene efectos para periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2008, pero la norma se publicó, después de terminado el periodo normal de presentación del impuesto del ejercicio 2008, para periodos impositivos que coincidieran con el año natural.

Por ello, en estos casos, las empresas no aplicaron el precepto porque no existía la norma. Y, en el caso de que las mercantiles lo quieran aplicar, entendemos que, lo más normal, será realizar una declaración complementaria del ejercicio 2008, incorporando el deterioro fiscalmente deducible que no pudieron aplicarse.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, la entidad «NIKO, SA» ha tenido resultados negativos en 2008, por importe de 1.500.000 euros y en el año 2009 por importe de 1.000.000 de euros.

La sociedad «KETA, SA» no ha contabilizado ninguna corrección monetaria en los ejercicios 2008 y 2009.

No obstante, la pérdida por deterioro fiscalmente deducible, sin necesidad de inscripción contable, de acuerdo con el artículo 12.3 del TRLIS para acciones de grupo, multigrupo o asociadas viene determinado por:

1. En primer lugar, no puedan superar la siguiente diferencia:

FONDOS PROPIOS INICIO EJERCICIO – FONDOS PROPIOS FIN EJERCICIO
--

En nuestro caso:

Año 2008: $4.000.000 - 2.500.000 = 1.500.000$ euros

Año 2009: $2.500.000 - 1.500.000 = 1.000.000$ de euros

2. En segundo lugar, se exceptiona el principio de inscripción contable siempre que se cumpla lo siguiente:

Valor de la participación (minorado en cantidades deducidas en periodos anteriores) >
> Fondos propios al final del ejercicio + Plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición de la participación y que subsistan.

NOTA: Al mayor valor lo denominaremos EXCESO.

Y el deterioro fiscalmente deducible no puede superar la diferencia anterior, es decir, no puede superar lo que hemos denominado anteriormente EXCESO.

En nuestro caso:

En 2008: $5.000.000 - (2.500.000 + 0) = 2.500.000$ euros

En 2009: $(5.000.000 - 2.500.000) - (1.500.000 + 0) = 1.000.000$ de euros

3. En tercer lugar, la diferencia (de los Fondos propios al inicio – Fondos propios al final) se tiene que corregir, en su caso, por los gastos del ejercicio de la entidad «NIKO, SA» que no tengan la condición de fiscalmente deducibles. En 2008 y 2009 no existe gasto alguno contabilizado que no fuera fiscalmente deducible.

Luego el deterioro fiscalmente deducible en la entidad «KETA, SA» por las acciones de «NIKO, SA», sin necesidad de inscripción contable es de:

Año 2008: 1.500.000 euros

Año 2009: 1.000.000 de euros

Y en la sociedad «ZAQUE, SA» la pérdida por deterioro fiscalmente deducible, sin necesidad de inscripción contable, de acuerdo con el nuevo precepto establecido en el artículo 12.3 del TRLIS, por Ley 11/2009, de 26 de octubre, sería:

1. En primer lugar, no puedan superar la siguiente diferencia:

FONDOS PROPIOS INICIO EJERCICIO – FONDOS PROPIOS FIN EJERCICIO

En nuestro caso:

Año 2008: $5.000.000 - 3.500.000 = 1.500.000$ euros

Año 2009: $3.500.000 - 2.500.000 = 1.000.000$ de euros

2. En segundo lugar, se exceptiona el principio de inscripción contable siempre que se cumpla lo siguiente:

Valor de la participación (minorado en cantidades deducidas en periodos anteriores) > > Fondos propios al final del ejercicio + Plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición de la participación y que subsistan.

NOTA: Al mayor valor lo denominaremos EXCESO.

Y el deterioro fiscalmente deducible no puede superar la diferencia anterior, es decir, no puede superar lo que hemos denominado anteriormente EXCESO.

En nuestro caso:

En 2008: $5.000.000 - (3.500.000 + 0) = 1.500.000$ euros

En 2009: $(5.000.000 - 1.500.000) - (2.500.000 + 0) = 1.000.000$ de euros

3. En tercer lugar, la diferencia (de los Fondos propios al inicio – Fondos propios al final) se tiene que corregir, en su caso, por los gastos del ejercicio de la entidad «NIKO, SA» que no tengan la condición de fiscalmente deducibles. En 2008 y 2009 no existe gasto alguno contabilizado que no fuera fiscalmente deducible.

Luego el deterioro fiscalmente deducible en la entidad «ZAQUE, SA» por las acciones de «NIKO, SA», sin necesidad de inscripción contable es de:

Año 2008: 1.500.000 euros

Año 2009: 1.000.000 de euros

Conclusión: En el año 2009, tendrá que realizar un ajuste negativo a la base imponible por importe de 1.000.000 de euros.

Por otra parte, debería presentar una declaración complementaria del ejercicio 2008, minorando la base imponible declarada en 1.500.000 euros. Esa declaración complementaria del ejercicio 2008 tendría efectos de reinterrupción de la prescripción del ejercicio 2008.

Punto 6.

La consulta vinculante de la DGT número V1544-09 (NFC032950), de 26 de junio de 2009, en su punto primero, dice, en resumen, lo siguiente: «En ejercicios posteriores, en donde no se haya deteriorado el fondo de comercio, se aplicará la deducción que establece el artículo 12.6 del TRLIS en las condiciones establecidas en el mismo».

Con ello, entendemos, que en ejercicios posteriores será deducible la veinteava parte (el 5%) del precio de adquisición del fondo de comercio, siempre que por dicha cantidad se hubiera dotado la reserva indisponible que establece el artículo 213.4 del TRLSA.

En nuestro ejemplo, en el ejercicio 2009, la cantidad fiscalmente deducible por el fondo de comercio sin necesidad de contabilización, en el caso de que no hubiera deterioro contable, sería de 50.000 euros (5% s/ 1.000.000). Pero es necesario que por la citada cantidad se dotara la reserva indisponible del artículo 213.4 del TRLSA.

Pero como la entidad de acuerdo con la consulta 3 del BOICAC 73 (NFC029541) de marzo de 2008 del ICAC ha realizado un abono a reservas indisponibles por importe de 30.000 euros (5% de 600.000), es decir, sobre el valor neto contable del fondo de comercio, sólo es deducible 30.000 euros.

Conclusión: Por el punto 6 se realizará un ajuste negativo de 30.000 euros.

Punto 7.

La DGT ha tratado el tema de las donaciones de socios a las entidades en las que participen en las siguientes consultas vinculantes: V1626-09 (NFC034633), de 9 de julio de 2009; V1703-09 (NFC034681), de 16 de julio de 2009; V1863-09 (NFC034978), de 7 de agosto de 2009.

Las consultas dicen, en resumen, lo siguiente:

- No son ingreso contable, en ningún caso. Se abonan directamente a patrimonio neto.
- No son ingreso fiscal, ya que se consideran aportaciones de socios, en dos supuestos:
 - a) El socio tiene el 100% de las acciones.
 - b) Todos los socios realizan una donación en proporción a su participación.
- En otros casos: tener en cuenta la realidad económica de la operación efectuada. Es decir, la prevalencia del fondo económico sobre la forma jurídica. Pero no indican cuál es la calificación que tendría en el socio y en la sociedad las donaciones de socios o partícipes por la parte que exceda de su porcentaje de participación en el capital.

Sin embargo este tema ha sido tratado en las consultas V2180-09 (NFC035749), de 29 de septiembre de 2009, y V2630-09 (NFC037046), de 26 de noviembre de 2009, que indican lo siguiente:

- Las donaciones de socios no constituyen ingresos para la sociedad (criterio general).
- Los socios tendrán mayor valor de la aportación salvo que no sea probable que se obtengan beneficios. Y se entenderá que sucede esto cuando existiendo otros socios los donantes realicen una donación superior en términos proporcionales a los que corresponde a su participación efectiva.

En estos casos será gasto para el socio e ingreso para la donataria.

De acuerdo con las consultas anteriores en nuestro caso, se produciría un ingreso para la entidad «ZAQUE, SA» por importe de 150.000 euros (30% de 500.000), es decir, por el porcentaje de la donación del socio que no participa en el capital de la mercantil.

Conclusión: Por el punto 7 habría que hacer un ajuste positivo de 150.000 euros.

Punto 8.

El artículo 23 del TRLIS establece la reducción de ingresos procedentes de determinados activos intangibles. En nuestro caso, la cesión del derecho de un inmovilizado intangible, una patente, obtenidos por un proceso de investigación daría derecho a la reducción del 50% de los ingresos obtenidos, ya que cumple todos los requisitos establecidos en el precepto.

La reducción del artículo 23 del TRLIS recae sólo sobre los ingresos, y por ello como los ingresos anuales ascienden a 500.000 euros, se aplicará una reducción del 250.000 euros (50% de 500.000) mediante un ajuste negativo/diferencia permanente al resultado contable por dicho importe.

Por otra parte, la reducción del 50% de los ingresos se podrán aplicar hasta el año siguiente a aquel que los ingresos por la cesión del activo supere al coste del activo creado (en nuestro caso 800.000×6). En nuestro caso 4.800.000 euros. Y esto ocurrirá el año 10, luego a partir del año 11, los ingresos por la cesión del activo no darán derecho a la reducción.

Conclusión: Por el punto 8 habría que hacer un ajuste negativo de 250.000 euros.

Punto 9.

El artículo 42 del TRLIS establece la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios y en el párrafo 4 del punto 7 del precepto establece lo siguiente:

«La inclusión en la base de la deducción del importe de la renta obtenida en la transmisión de los elementos patrimoniales cuya adquisición o utilización posterior genere gastos deducibles, cualquiera que sea el ejercicio en que éstos se devenguen, será incompatible con la deducción de dichos gastos. El sujeto pasivo podrá optar entre acogerse a la deducción por reinversión y la deducción de los mencionados gastos. En tal caso, la pérdida del derecho a la deducción se regularizará en la forma establecida en el artículo 137.3 del TRLIS.»

En nuestro caso la mercantil «ZAQUE, SA» transmitió un inmueble en el ejercicio 2007, que generó derecho a la deducción por reinversión por importe de 137.895 euros.

Y el citado inmueble es arrendado por la entidad «ZAQUE, SA» y genera en este ejercicio gastos por arrendamiento por importe de 100.000 euros.

La entidad tendría que analizar si va a arrendar en ejercicios siguientes el inmueble y optar por la deducibilidad fiscal de los gastos del arrendamiento o la deducción por reinversión practicada.

En este caso, opta por la deducción de los gastos de arrendamiento y por ello, en la declaración del ejercicio 2007, deberá integrar la deducción por reinversión aplicada en el ejercicio 2007 (137.895 €) más los intereses de demora.

Punto 10.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.1 f) del TRLIS establece que no serán deducibles los de personal que se correspondan con pagos basados en instrumentos de patrimonio, utilizados como fórmula de retribución a los empleados, tanto si se satisfacen en efectivo o mediante entrega de dichos instrumentos.

Por ello, el gasto contabilizado por importe de 300.000 euros no será fiscalmente deducible y se tendrá que realizar un ajuste positivo por la citada cantidad.

Punto 11.

La contabilización ha sido efectuada de acuerdo con lo establecido en la consulta 6 del BOICAC 79 (NFC035415) de septiembre de 2009, atendiendo a la verdadera naturaleza económica de la misma, el existir una diferencia a favor de la mercantil «ZAQUE, SA», ya que recibe un préstamo del socio, al tipo del 2% cuando el tipo de interés del mercado es el 6%.

El valor razonable de la transacción será 1.924.528,31 euros (2.040.000/1,06) y como el importe entregado por el préstamo es de 2.000.000 de euros existirá una diferencia de 75.471,69 euros que de acuerdo con la consulta 6 del BOICAC se contabiliza como aportación de socios.

La operación de préstamo de socio a sociedad es una operación vinculada, cuyo beneficiario es la entidad «ZAQUE, SA», ya que recibe un préstamo al tipo del 2% cuando el tipo de mercado es el 6%.

Por ello la entidad «ZAQUE, SA» tendrá que reflejar un mayor gasto por intereses, esto es, el ajuste primario, en nuestro caso por importe de 115.471,69 euros, que será gasto contable y gasto fiscal.

Por otra parte, tendrá que calificar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16.8 del TRLIS y en el artículo 21 bis del reglamento, el importe de la diferencia entre el importe de los intereses pagado al socio el 2% y el tipo de mercado del 6%. De acuerdo con los citados preceptos:

- La parte de renta que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considera aportación a los fondos propios de la entidad.

- Y la parte de renta que no se corresponda con el porcentaje de participación se considerará renta para la entidad, debiendo tributar por ella.

En nuestro caso, la entidad «ZAQUE, SA» ha contabilizado la diferencia entre la cantidad entregada por el socio, y el valor razonable de la transacción 75.471,69 euros (2.000.000 – 1.924.528,31), como aportaciones de socios.

Y de acuerdo con lo establecido en el artículo 16.8 del TRLIS y en el 21 bis del reglamento, sólo tiene la consideración de aportaciones de socios 52.830,18 euros (70% de 75.471,69).

La diferencia 22.641,50 euros tiene la consideración de renta para «ZAQUE, SA», y tendrá que realizar un ajuste positivo para determinar la base imponible.

Conclusión: Por el punto 11 se tendrá que realizar un ajuste positivo de 22.641,50 euros.

Punto 12.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 21.2 del TRLIS estará exenta la renta obtenida en la transmisión de la participación de una entidad no residente en territorio español, cuando se cumplan los requisitos, que en esquema son los siguientes:

- Que el porcentaje de participación, directo o indirecto en la sociedad no residente sea al menos el 5%, y que la participación se posea durante un año anterior al día en que se transmitan las participaciones.
- Que la entidad participada haya estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al IS.
- Que la entidad extranjera realice una actividad empresarial en el extranjero.

Al cumplirse los requisitos, la renta obtenida por la transmisión de los valores de la entidad no residente estarán exentos.

Y la renta obtenida y computada como ingreso ha sido la siguiente:

Precio de enajenación	5.000.000
Precio de adquisición	– 2.000.000
Gastos por la transmisión	–100.000
Renta obtenida por la transmisión	2.900.000

Conclusión: Por el punto 12 se tendrá que realizar un ajuste negativo por importe de 2.900.000 euros.

Punto 13.

Se han adquirido en diciembre de 2009 unas naves industriales por importe de 1.000.000 de euros, de los que 200.000 euros corresponden al valor de suelo y 800.000 euros al valor de la edificación.

Dado que la empresa tiene previsto que al final de 2010 la media de trabajadores correspondiente a los ejercicios 2009 y 2010, sea por lo menos la media del ejercicio 2008, es decir, de 150 empleados, podrá aplicar la libertad de amortización con mantenimiento de empleo establecida por la disposición adicional undécima del TRLIS.

Por ello, en el ejercicio 2009, al haber adquirido un elemento nuevo, integrante de sus inversiones inmobiliarias y que está afecto a su actividad empresarial, podrá practicar una libertad de amortización por 800.000 euros. Y realizará un ajuste negativo por importe de 800.000 euros, que será una diferencia temporaria imponible.

DECLARACIÓN RECAPITULATIVA DE OPERACIONES INTRACOMUNITARIAS: MODELO 349 (CASO PRÁCTICO)

ANTONIO LONGÁS LAFUENTE

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

EL IVA ha sufrido una importante modificación legislativa en este año 2010, afectando esencialmente a la determinación del lugar de las prestaciones de servicio, pero también al cumplimiento de obligaciones formales, entre las que se encuentra la presentación de la declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias, modelo 349. Ahora, el sujeto pasivo debe recoger en esta declaración no sólo las operaciones de entregas o de adquisiciones de bienes intracomunitarias, también las prestaciones de servicio realizadas a operadores establecidos en otros Estados miembros y las recibidas de éstos, con la consiguiente obligación adicional a los empresarios o profesionales que participen en estas últimas operaciones de estar incluidos en el registro de operadores intracomunitarios y obtener el NIF a efectos de IVA atribuido por la Administración tributaria española.

En este supuesto práctico se recogen las distintas operaciones realizadas por los sujetos pasivos con operadores establecidos fuera del territorio de aplicación del impuesto, determinándose aquellas que deben declararse en el modelo 349, y las que se tendrán en cuenta para concretar el límite que obliga a presentar declaración recapitulativa mensual.

Palabras clave: IVA, obligaciones formales, declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias y modelo 349.

SUMMARY TAX REPORT OF INTRA-COMMUNITY TRANSACTIONS: THE FORM 349 (CASE STUDY)

ANTONIO LONGÁS LAFUENTE

Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

THE VAT has undergone a major legislative revision in 2010. The amendment has brought about significant changes in the determination of the place of supply of services, but also to the fulfillment of formal obligations, including the submission of the intra-Community transactions summary tax report (Form 349). Henceforth, the taxpayer should report not only intra-Community good supplies or purchases, but also services supplied to, or received from, operators established in other Member States, with the corresponding obligation for employers or professionals involved in such transactions of being included in the Register of Intra-Community Operators and obtaining a VAT Tax ID issued by the Spanish tax authorities.

This case study surveys various kinds of transactions carried out between a taxpayer and an operator established outside the territory where the tax is levied, determining those that should be included in the Form 349 and taken into account to calculate the amount limit that obliges to file the tax report on a monthly basis.

Keywords: VAT, formal obligations, intra-community transactions summary tax report and Form 349.

ENUNCIADO

La entidad mercantil «INFORMÁTICA ESPAÑOLA, SA», con domicilio en Madrid, calle de La Esperanza n.º 1, y NIF a efectos de IVA suministrado por la Administración tributaria ES-A2800001, se dedica a la compraventa de material informático, así como a la prestación de servicios relacionados con la informática. Sus actividades se encuentran clasificadas dentro de los siguientes grupos y clases de la CNAE: 46.51 (Comercio al por mayor de ordenadores, equipos periféricos y programas informáticos) y 62.0 (Programación, consultoría y otras actividades relacionadas con la informática).

La entidad no se ha acogido al sistema de devolución mensual, por lo que al no ser gran empresa, presenta autoliquidaciones (modelo 303) trimestrales. Asimismo no le resulta de aplicación la regla de prorata, ya que realiza exclusivamente operaciones que generan el derecho a deducir, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 92 y siguientes de la LIVA. Todas sus actividades se encuentran agrupadas dentro de un único sector diferenciado.

Realiza operaciones intracomunitarias y de comercio exterior, estando obligada a presentar el modelo 349 trimestralmente, ya que durante este segundo trimestre y los cuatro trimestres naturales anteriores el importe acumulado de las entregas de bienes que deben consignarse en la declaración recapitulativa y de las prestaciones de servicios intracomunitarias efectuadas fue superior a 100.000 euros, excluido el IVA.

Se conoce asimismo que el empresario español tiene un establecimiento permanente fuera del territorio de aplicación del impuesto, en Francia, donde la Administración tributaria le ha suministrado el NIF a efectos de IVA FR-00000000013. Se trata de un comercio al por menor de material informático.

Durante este segundo trimestre ha realizado las siguientes operaciones intracomunitarias o de comercio exterior:

1. Ha vendido a un empresario establecido en Marruecos una partida de ordenadores por importe de 80.000 euros.
2. Adquiere una partida de componentes informáticos procedentes de Canadá por importe de 100.000 euros; siendo importados por la empresa española que cumplimenta los trámites aduaneros correspondientes y recibe la mercancía en aduana en el mes de mayo.
3. Presta un servicio de asesoramiento informático a una empresa establecida en Brasil por importe de 80.000 euros.

4. Contrató en el ejercicio anterior a un profesional de la informática, establecido en Argentina y sin establecimiento permanente en el territorio de aplicación del impuesto, para prestar un servicio de consultoría informática, terminando la prestación de servicios en el mes de junio, en el que recibe la factura del profesional argentino, por importe de 20.000 euros.
5. Adquiere de un empresario portugués con NIF a efectos de IVA PT-000000001 una partida de ordenadores por importe de 150.000 euros, que salen de Portugal el 6 de abril y llegan a los almacenes de la empresa española el 7 de abril. La factura es expedida con fecha 11 de abril y llega a la empresa española el 16 de abril.
6. Vende a un empresario alemán con NIF a efectos de IVA DE-000000002 una partida de ordenadores por importe de 20.000 euros, transportándose por cuenta de la empresa española. El material sale de los almacenes el 16 de abril y la factura se expide el mismo día, remitiéndose al empresario alemán.
7. Concluye el 26 de abril la prestación de un servicio de ingeniería informática de un empresario italiano con NIF a efectos de IVA IT-00000000003 por importe de 50.000 euros, recibiendo la factura en la misma fecha. Se conoce que el empresario italiano no se encuentra establecido en el territorio de aplicación del impuesto.
8. Presta un servicio de asesoramiento informático a un empresario de Bélgica, con NIF a efectos de IVA BE-0000000004. La operación concluye con fecha 6 de mayo, si bien la factura se ha expedido el 16 de mayo, por importe de 10.000 euros.
9. Adquiere al empresario portugués que figura en la operación número 5, con fecha 16 de mayo, y NIF a efectos de IVA PT-000000001 otra partida de ordenadores por importe de 100.000 euros. Los bienes salen de Portugal el 16 de mayo y llegan a los almacenes de la empresa española el 17 de abril.
10. Adquirió en el primer trimestre del ejercicio a un empresario establecido en Dinamarca, con NIF a efectos de IVA DK-000000005, una partida de elementos informáticos, por importe de 100.000 euros, que declaró en el modelo 349 del primer trimestre. Con fecha 26 de mayo devuelve mercancía al empresario danés por importe de 75.000 euros, recibiendo de forma inmediata la factura rectificativa correspondiente a esta operación, de forma que la base imponible definitiva de la misma queda fijada en 25.000 euros.
11. También en el primer trimestre del ejercicio, recibió la prestación de un servicio de ingeniería de una empresa establecida en Suecia, con NIF a efectos de IVA SE-000000000006, por importe de 60.000 euros, que declaró en el modelo 349 correspondiente al primer trimestre. Con fecha 6 de junio recibe factura rectificativa del empresario sueco corriendo el NIF a efectos de IVA que suministró al empresario español. Éste es el siguiente SE-000000000007.
12. Adquiere de un empresario de Polonia, con NIF a efectos de IVA PL-00000000008 una partida de ordenadores por importe de 30.000 euros. Los ordenadores salen de la sede del proveedor en Polonia el 16 de junio y llega a Alemania el 17 de junio, donde el empresario español realiza una entrega subsiguiente a la adquisición intracomunitaria de bienes que

tiene lugar en Alemania, al empresario alemán que figura en la operación del punto 6, con NIF a efectos de IVA DE-000000002.

El empresario español recibe la factura del empresario de Polonia de forma inmediata, y a su vez expide también factura al empresario alemán en la que hace constar que se trata de una operación triangular, reflejando en la factura los preceptos de la Directiva 2006/112/CE donde se regula esta operación (art. 42). El importe de esta factura es de 60.000 euros.

13. Adquiere el 1 de junio a un empresario portugués, establecido en Oporto, con NIF a efectos de IVA suministrado por la Administración tributaria portuguesa PT-000000009 una partida de ordenadores por importe de 100.000 euros, si bien no son transportados al territorio de aplicación del impuesto, sino a la ciudad portuguesa de Braga donde el día 3 de junio son adquiridos por el empresario portugués con NIF a efectos de IVA PT-0000000010 por importe de 200.000 euros.
14. El 15 de junio, adquiere a un empresario establecido en Italia con NIF a efectos de IVA IT-00000000011 una partida de ordenadores de segunda mano, que han sido adquiridos bajo el régimen especial de bienes usados en ese Estado miembro, por importe de 20.000 euros, trasladándose los bienes desde Italia al territorio de aplicación del impuesto. La factura se emite con la fecha anterior, y es remitida al empresario español.
15. Se conoce también que el socio mayoritario de la empresa española adquiere en Gran Bretaña una embarcación de recreo nueva para su uso personal por importe de 400.000 euros, siendo remitida al territorio de aplicación del impuesto este trimestre, donde el socio se hace cargo de la embarcación.
16. Realiza en el mes de junio una operación con un empresario de Luxemburgo, con NIF a efectos de IVA LU-000000012, que no tiene establecimiento permanente en el territorio de aplicación del impuesto, en virtud de la cual el empresario de Luxemburgo entrega una maquinaria industrial al empresario español que quedará inmovilizada al suelo en el establecimiento que el comprador tiene en Madrid. El importe total de la operación es de 200.000 euros, y el coste de la instalación o montaje incluido en el anterior importe es de 40.000 euros.
17. Remite con fecha 5 de junio material informático al establecimiento permanente de Francia (FR-00000000013) que había adquirido por 50.000 euros, si bien el precio de venta en el establecimiento permanente de Francia será de 100.000 euros.
18. Transmite al Ayuntamiento de Pau (Francia) una partida de ordenadores por importe de 40.000 euros. El transporte se realiza por cuenta del comprador el 15 de junio y se expide la factura con esa misma fecha. El Ayuntamiento de Pau no ha suministrado un NIF a efectos de IVA atribuido por la Administración tributaria francesa.
19. Presta un servicio de ingeniería informática a una fundación establecida en Oporto (Portugal) por importe de 10.000 euros en el mes de junio, expidiéndose la factura en este mismo mes. La fundación no realiza actividades sujetas al IVA y el empresario español desconoce si tiene NIF a efectos de IVA suministrado por la Administración tributaria portuguesa, ya que tampoco la fundación se lo ha comunicado.

20. Transmite a un profesional de la medicina establecido en Lisboa (Portugal) un ordenador por importe de 4.000 euros, siendo el transporte por cuenta del comprador. La factura se emite en junio y el profesional portugués no le suministra un NIF a efectos de IVA atribuido por la Administración portuguesa.
21. La empresa española importa unos ordenadores por la aduana de Lisboa (Portugal), utilizando los servicios de un agente de aduanas portugués que figura como declarante/representante en el DUA importación, en el que a su vez figura la empresa española como destinataria. El despacho se efectúa a libre práctica y se remiten las mercancías, exentas del IVA a la importación, a Madrid en este mes de junio. La mercancía se declaró en la aduana por un importe de 100.000 euros. Se conoce que la Administración tributaria portuguesa ha atribuido al empresario español un NIF a efectos de IVA, con referencia PT-000000014.
22. En régimen de ventas a distancia, transmite en el mes de junio a un particular residente en Colliure (Francia) un ordenador por importe de 2.000 euros. Se conoce que es la primera de las ventas a distancia que realiza con destino a Francia, y que no ha optado por tributar en aquel Estado con anterioridad a superar el límite de 100.000 euros establecido por Francia.
23. Transmite una partida de ordenadores a un empresario francés establecido en Burdeos (Francia) por importe de 50.000 euros. Los bienes son expedidos a Francia en el mes de junio, remitiéndose también la factura. El empresario francés no ha suministrado el NIF a efectos de IVA atribuido por la Administración tributaria francesa, y tampoco figura dado de alta en el sistema VIES.

SE PIDE:

Determinar la tributación de las operaciones a efectos del IVA, indicando las que constituyen operaciones intracomunitarias, cumplimentar el modelo 349 de declaración de estas operaciones y fijar el volumen de operaciones que deberá tenerse en cuenta para concretar la obligación de presentar el anterior modelo con carácter trimestral o mensual.

SOLUCIÓN

1. Nos encontramos ante una exportación de bienes, sujeta y exenta de IVA, de acuerdo con el artículo 21 de la LIVA, por lo que, dando cumplimiento a los trámites aduaneros y conservando los justificantes pertinentes, no se repercutirá IVA.

La operación no se tendrá en cuenta a los efectos de cumplimentar el modelo 349.

2. Estamos ante una operación de importación sujeta y no exenta (art. 18.uno LIVA), al tipo impositivo general. Siendo importador la empresa española y dando cumplimiento a los

trámites aduaneros pertinentes, podrá deducir la cuota soportada de acuerdo con los artículos 92 y siguientes de la LIVA.

Tampoco esta operación debe considerarse a efectos de cumplimentar el modelo 349.

3. Se trata de una prestación de servicios, cuyo lugar de realización, de acuerdo con las reglas de localización establecidas en el artículo 69.uno.1.º de la LIVA, es la sede del destinatario, esto es, Brasil. El empresario español no deberá repercutir IVA español, ya que estamos ante una operación no sujeta, puesto que no tiene lugar en el territorio de aplicación del impuesto.

La operación no se tiene en cuenta a efectos de cumplimentar el modelo 349.

4. La operación se considera localizada en el territorio de aplicación del impuesto, ya que el destinatario (la empresa española) se encuentra ubicada en este territorio, por lo que de acuerdo con el artículo 69 de la LIVA tributará en sede del destinatario. Por ello, la operación quedará sujeta a IVA.

Como el prestador no se encuentra localizado en el territorio de aplicación del impuesto, por la regla de inversión del sujeto pasivo recogida en el artículo 84 de la LIVA, será el empresario español quien deberá declarar la operación, considerándole la LIVA como sujeto pasivo.

Para ello, de acuerdo con el artículo 165.uno de la LIVA, deberá emitir una factura en la que se liquide el impuesto («autofactura»).

En la declaración-liquidación correspondiente a este periodo, declarará el IVA devengado y el IVA soportado deducible correspondiente a esta operación, al tipo general del impuesto.

La operación no se considera a efectos de la presentación del modelo 349.

5. Estamos ante una adquisición intracomunitaria de bienes, sujeta y no exenta (arts. 13 y 15 LIVA), puesto que el lugar de llegada de los bienes es el territorio de aplicación del impuesto. Por ello, el empresario español deberá declarar esta operación en su modelo 303, como IVA devengado y como IVA soportado deducible, al tipo general del impuesto, en los apartados correspondientes a adquisiciones intracomunitarias de bienes, por lo que la operación resulta neutral fiscal y financieramente.

La operación sí deberá recogerse en el modelo 349 (clave de operación «A»); pero el registro será único junto con la operación número 9, que es otra adquisición intracomunitaria realizada al mismo empresario y en el mismo periodo de liquidación.

Esta operación no deberá computarse a efectos de fijar el límite cuantitativo para determinar si debemos o no presentar el modelo 349 trimestral o mensualmente, ya que ni es una entrega intracomunitaria de bienes, ni una prestación de servicios intracomunitaria realizada.

6. Es una entrega intracomunitaria de bienes, sujeta y exenta, de acuerdo con el artículo 25 de la LIVA. El importe de la operación (junto con el resto de entregas intracomunitarias de bienes) deberá hacerse constar en el apartado correspondiente del modelo 303 trimestral.

La operación deberá reflejarse en el modelo 349 (clave de operación «E»), en registro independiente; y el importe de la misma sí deberá computarse a efectos de fijar el límite cuantitativo de operaciones intracomunitarias para concretar la obligación trimestral o mensual.

7. Recibe una prestación de servicios intracomunitaria (ambos empresarios se encuentran establecidos dentro de la Unión Europea). El destinatario es el empresario español, y de acuerdo con la regla de localización del artículo 69.uno.1.º, el lugar de realización es el territorio de aplicación del impuesto. Al no encontrarse establecido el empresario italiano, será de aplicación la regla de inversión del sujeto pasivo (art. 84.uno.1.º LIVA), de manera que lo es el empresario español, que deberá autorrepercutirse y deducirse al tipo general del impuesto, expidiendo la factura o documento justificativo («autofactura») que exige el artículo 165.uno de la LIVA.

La operación debe tener reflejo en el modelo 349 (clave de operación «I»), si bien no se computará a efectos de fijar el límite cuantitativo para concretar la obligación de presentar el modelo 349 trimestral o mensualmente, ya que ni es una entrega intracomunitaria de bienes ni una prestación de servicios intracomunitaria realizada.

8. Es una prestación de servicios intracomunitaria realizada por el empresario español a un destinatario empresario belga, por lo que por el juego de las reglas de localización (art. 69.uno.1.º LIVA) el lugar de realización de las operaciones es Bélgica, siendo deudor del impuesto en ese Estado miembro el empresario destinatario.

Se trata de una operación no sujeta al IVA español, por lo que el empresario español emitirá factura en la que no repercutirá IVA español ni tampoco belga.

No obstante, la operación sí debe reflejarse en el modelo 349 (clave de operación «S»), y el importe de la misma deberá considerarse a efectos de fijar el límite cuantitativo de operaciones intracomunitarias para concretar la obligación trimestral o mensual.

En este sentido se expresa también la DGT en Consulta V2477-09, de 5 de noviembre de 2009 (NFC036706), en relación con una operación de prestación de servicios efectuada por un empresario español a un empresario establecido en otro Estado miembro siendo el lugar de realización este último territorio, haciendo referencia expresa a la tributación vigente a partir del 1 de enero de 2010.

9. Es una operación análoga a la recogida en el punto 5 anterior. Estamos ante una adquisición intracomunitaria de bienes, sujeta y no exenta (arts. 13 y 15 LIVA), puesto que el lugar de llegada de los bienes es el territorio de aplicación del impuesto. Por ello, el empresario español deberá declarar esta operación en su modelo 303, como IVA devengado y como IVA soportado deducible, al tipo general del impuesto, en los apartados correspondientes a adquisiciones intracomunitarias de bienes, por lo que la operación resulta neutral fiscal y financieramente.

La operación sí deberá recogerse en el modelo 349 (clave de operación «A»); pero el registro será único junto con la operación número 5, que es otra adquisición intracomunitaria realizada al mismo empresario.

Al igual que en la operación del punto 5, esta operación no deberá computarse a efectos de fijar el límite cuantitativo para determinar si debemos o no presentar el modelo 349 trimestral o mensualmente, ya que ni es una entrega intracomunitaria de bienes, ni una prestación de servicios intracomunitaria realizada.

10. Se trata de un supuesto de rectificación de la base imponible (arts. 82 y 80.dos LIVA). Por ello debe procederse a su declaración en el modelo 303, tanto respecto del IVA devengado, como del IVA soportado deducible, al tipo general.

También debe tener reflejo en el modelo 349 (clave de operación «A»), si bien sólo deberá cumplimentarse un registro, en el que deberemos hacer constar tanto la base imponible rectificada (25.000 euros) como la base imponible declarada anteriormente (100.000 euros).

La operación no debe considerarse a efectos de fijar el límite cuantitativo de la obligación de presentación mensual o trimestral del modelo, ya que nos encontramos ante una rectificación de una adquisición intracomunitaria de bienes de un periodo anterior.

11. Es otra rectificación de una operación, en este caso, una prestación de servicios recibida, respecto de la que se suministró incorrectamente el NIF a efectos de IVA del prestador, y ahora debe corregirse.

La operación deberá reflejarse en el modelo 349 (clave de operación «I»), si bien deberemos cumplimentar dos registros. En uno daremos de baja el registro que en su día cumplimentamos en el modelo 349 del primer trimestre; en otro daremos de alta la operación ya con el NIF a efectos de IVA correcto.

El artículo 81 del RIVA, cuando determina el cálculo del importe del límite cuantitativo para presentar declaración mensual o trimestral, alude al «importe total acumulado de las entregas intracomunitarias de bienes que deban consignarse en la declaración recapitulativa y de las prestaciones intracomunitarias de servicios realizadas», y por ello sería deseable que se interpretara por los órganos administrativos el concepto anterior; si bien en este caso la operación no está realizada en este trimestre, sino en el anterior, y sólo corrige en la declaración del segundo trimestre un error en la determinación del NIF, por lo que debe considerarse que no se tendrá en cuenta para el cálculo del citado límite cuantitativo de este segundo trimestre.

12. Se trata de una operación triangular del artículo 26.tres de la LIVA, recogida en el artículo 42 de la Directiva 2006/112/CE, cuyo tratamiento es análogo en los distintos Estados miembros.

En Polonia tendrá lugar una entrega intracomunitaria de bienes, sujeta y exenta, y el proveedor en su modelo de declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias reflejará la venta efectuada al empresario español, que suministra el NIF a efectos de IVA otorgado por la Administración tributaria española.

En el territorio de aplicación del impuesto, donde se encuentra establecido el empresario español, no hay operación sujeta alguna, ya que no hay adquisición intracomunitaria de bienes, puesto que éstos no llegan a nuestro territorio.

Es en Alemania donde se produce la adquisición intracomunitaria de bienes, cuyo sujeto pasivo es el empresario español, que quedará exenta por un precepto análogo a nuestro artículo 26.º de la LIVA (art. 141 Directiva 2006/112/CE), puesto que es para realizar una entrega subsiguiente a esta adquisición intracomunitaria de bienes.

También tiene lugar una entrega interior en Alemania (subsiguiente a la adquisición intracomunitaria de bienes), cuyo proveedor es el empresario español y el destinatario el empresario alemán. Como el proveedor no se encuentra establecido en Alemania, deudor del impuesto será el destinatario (dada la aplicación de las reglas de inversión del sujeto pasivo, o del deudor del impuesto en términos de la directiva comunitaria, de acuerdo con el art. 197 Directiva 2006/112/CE). Para ello, es preciso que el empresario alemán esté identificado en ese Estado miembro con NIF a efectos de IVA y que se haya suministrado; que debemos entender cumplimentado en nuestro caso, ya que con el empresario alemán hemos realizado anteriormente otra operación.

La operación deberá reflejarse en el modelo 349 (clave de operación «T»), si bien en este caso no puede acumularse con la operación del punto 6, haciéndose constar en un registro independiente de éste.

Dada la dicción del artículo 81 del RIVA, la operación la deberemos computar a efectos de fijar el límite cuantitativo para determinar si debemos o no presentar el modelo 349 trimestral o mensualmente, ya que es una entrega de bienes que debe declararse en el modelo 349.

13. En este punto la empresa española realiza una adquisición de bienes en Portugal, que supone una operación interior en ese Estado, ya que los bienes no son transportados al territorio de otro Estado miembro. Por ello no puede declararse como AIB en España, ni tampoco reflejarse en el modelo 349, ya que la operación no se encuentra sujeta en el territorio de aplicación del impuesto.

En cuanto a la venta que realiza, se trata también de una operación interior en Portugal, tributando en este Estado miembro. En todo caso, y por las reglas análogas a nuestro artículo 84, se producirá en Portugal la inversión del sujeto pasivo, declarando esta operación el empresario comprador establecido en Braga.

Nuestro empresario español, en todo caso, podrá solicitar la devolución del IVA soportado en Portugal por la vía de la devolución a no establecidos, ya que se dan los requisitos para ello.

Deberá por tanto solicitar la devolución presentando el modelo 360 por vía informática a la AEAT, quien tramitará esta solicitud remitiéndola a la Administración tributaria portuguesa, de acuerdo con las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 30 bis del RIVA.

La operación de venta al empresario de Braga (Portugal), al ser una operación no sujeta a IVA en España (no es una entrega intracomunitaria de bienes o una adquisición intracomunitaria de bienes en el territorio de aplicación del impuesto), no debe declararse en el modelo 349.

En este sentido se ha pronunciado la DGT, entre otras, en la Consulta V2741-09, de 11 de diciembre de 2009 (NFC036913), respecto de una operación de entrega de bienes efectua-

da por un empresario establecido en el territorio de aplicación del impuesto en el territorio de otro Estado miembro, en donde se considera una operación interior.

14. Si la entrega por el revendedor se efectuó con aplicación del régimen especial de los bienes usados, dicha entrega tributará en el país de origen, esto es, en Italia, y la adquisición intracomunitaria en España no estará sujeta al IVA [art. 13.1.º b) LIVA], pudiendo la empresa española aplicar en la reventa de los bienes usados el régimen especial citado.

Por ello la operación no debe declararse en el modelo 349.

En este mismo sentido se pronuncia la DGT en Consulta V1481-09, de 19 de junio de 2009 (NFC033867).

15. La remisión de un medio de transporte nuevo desde las islas británicas a las Islas Baleares constituirá una adquisición intracomunitaria de bienes en el territorio de aplicación del impuesto sujeta al IVA.

Esta adquisición intracomunitaria deberá ser objeto de la declaración-liquidación no periódica a la que se refiere el artículo 71.7 del RIVA. En particular, el socio mayoritario es considerado empresario o profesional a los exclusivos efectos de estas operaciones, y deberá presentar el modelo 309 en los lugares y forma que se explicitan en la orden que regula este modelo (Orden HAC/3625/2003, de 23 de diciembre, modificada por la Orden EHA/769/2010, de 18 de marzo).

El plazo de presentación del modelo 309 será de 30 días desde la realización de la operación y en cualquier caso antes de la matriculación definitiva del medio de transporte. Como determina la Orden de 10 de octubre de 2001, para la matriculación del vehículo, se exigirá a los adquirentes de medios de transporte nuevos mencionados en el artículo 13, número 2.º de la LIVA la presentación del ejemplar para la matriculación de este modelo con la casilla de ingreso debidamente validada.

El socio no deberá presentar por esta operación el modelo 349, declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.

Finalmente, el IVA devengado por la referida adquisición no será deducible en ninguna cuantía.

En este mismo sentido se expresa la DGT en Consulta V1215-09, de 25 de mayo de 2009 (NFC033118).

16. De acuerdo con la regla de localización de las entregas de bienes del artículo 68.dos.2.º de la LIVA, el lugar de realización de la entrega efectuada por el empresario de Luxemburgo es el territorio de aplicación del impuesto, pues en éste queda inmovilizado y el coste de la instalación o montaje supera el 15 por 100 del total del importe de la operación.

Por ello, no tiene lugar en Luxemburgo una entrega intracomunitaria de bienes y en el territorio de aplicación del impuesto una adquisición intracomunitaria de bienes. La operación debe calificarse como entrega interior en el territorio de aplicación del impuesto.

De acuerdo con las reglas de inversión del sujeto pasivo del artículo 84.uno.2.º a) de la LIVA, sujeto pasivo de la operación será el empresario español, que deberá autorrepercutirse, expedir el documento que exige el artículo 165.uno para deducir, y proceder a la deducción de las cuotas soportadas, pudiendo efectuarse todo ello en la misma declaración-liquidación.

La operación no deberá reflejarse en el modelo 349.

En este sentido se pronuncia la DGT en Consulta V0481-09, de 13 de marzo de 2009 (NFC032371).

17. La operación viene definida en el artículo 9.3.º de la LIVA (transferencia por un sujeto pasivo de un bien corporal de su empresa con destino a otro Estado miembro, para afectarlo a las necesidades de aquélla en este último), a la que resultará de aplicación la exención contenida en el artículo 25.tres de la LIVA (las entregas de bienes comprendidas en el art. 9, número 3.º de esta ley a las que resultaría aplicable la exención del apartado uno si el destinatario fuese otro empresario o profesional).

Como entrega intracomunitaria de bienes que es, deberá declararse en el modelo 309 (clave de operación «E»), además de tenerse en cuenta el cálculo del límite cuantitativo de operaciones intracomunitarias para concretar la obligación trimestral o mensual.

18. El Ayuntamiento de Pau (Francia) es una persona jurídica que no actúa como empresario o profesional si bien, conforme a un precepto análogo a nuestro artículo 13.1.º de la LIVA puede ser considerado como sujeto pasivo de las adquisiciones intracomunitarias que realice en el territorio de aplicación del impuesto francés.

Ahora bien, no suministra un NIF a efectos de IVA atribuido por la Administración francesa, por lo que el empresario español no puede considerar esta entrega como intracomunitaria. Deberá declararla como operación interior (el lugar de realización de la entrega es el territorio de aplicación del impuesto) y repercutir el IVA español al tipo general, declarándose en el modelo 303 como IVA devengado.

Al tratarse de una operación interior, no debe figurar en el modelo 349.

Cuestión distinta es que el Ayuntamiento de Pau hubiera suministrado el NIF a efectos de IVA francés, pues en ese caso estaríamos ante una operación intracomunitaria (entrega de bienes exenta en España y adquisición sujeta en Francia), debiendo declararse en el modelo 349.

19. El empresario español presta un servicio de ingeniería informática, por lo que deberemos determinar el lugar de realización de la operación, considerando que son empresarios o profesionales las personas jurídicas que no actúen como tales, siempre que tengan asignado un número de identificación a efectos del IVA suministrado por el Estado miembro correspondiente (art. 5.cuatro.2.º LIVA y el precepto análogo de la norma portuguesa).

En nuestro caso la fundación portuguesa no suministra el NIF a efectos de IVA y, por tanto, no podemos considerarla como empresario o profesional. Por ello, aplicamos la regla de localización prevista en el artículo 69.uno.2.º de la LIVA. El lugar de realización es la sede del prestador, esto es, la sede de la empresa española y, por tanto, estaremos ante una ope-

ración interior sujeta al IVA español, debiendo repercutir al tipo general del impuesto y declararse en el modelo 303 dentro del IVA devengado.

La operación, por tanto, no se declarará en el modelo 349.

20. El profesional portugués es sujeto pasivo del impuesto en Portugal si bien no tiene que disponer de NIF a efectos de IVA para realizar operaciones intracomunitarias pues, a salvo de otra información, se encuentra acogido al régimen especial de operaciones intracomunitarias previsto en el artículo 14 de la LIVA (y el correspondiente de la norma interna portuguesa). Por ello, estaremos ante una operación interior en el territorio de aplicación del impuesto, y el empresario español deberá repercutir IVA español al tipo general, debiendo declararse la operación en el modelo 303 dentro del IVA devengado.

La operación no tendrá reflejo en el modelo 349.

21. De acuerdo con el artículo 16.2.º de la LIVA, la remisión de las mercancías, que se importaron exentas, desde Portugal a España, es una transferencia de bienes que determinará la realización de una operación asimilada a una adquisición intracomunitaria de bienes.

Existe una salida de bienes de Portugal con destino a España, que será una operación asimilada a una entrega de bienes efectuada a título oneroso (art. 9.3 de la LIVA y el correspondiente de la norma interna portuguesa). Por ello, la empresa española deberá solicitar y se le atribuirá por la Administración tributaria portuguesa un NIF a efectos de IVA portugués, pues en dicho Estado miembro realiza una entrega intracomunitaria de bienes. Se conoce en nuestro caso que la empresa española lo tiene asignado.

En el territorio de aplicación del impuesto realiza una adquisición intracomunitaria de bienes asimilada, que debe declarar en el modelo 303 como IVA devengado e IVA soportado deducible; y también en el modelo 349, debiendo consignarse a sí misma como «proveedor» y deberá hacer constar como NIF comunitario el que la empresa española está obligada a solicitar a la Administración tributaria portuguesa.

En este mismo sentido se expresan diversas consultas de la DGT, entre otras las siguientes: V0913-06, de 10 de mayo de 2006 (NFC022579), V0176-07, de 24 de enero de 2007 (NFC024206) y V2239-07, de 24 de octubre de 2007 (NFC027835).

No obstante, la operación no debe ser considerada a los efectos de concretar la obligación de presentar el modelo 349 mensual o trimestralmente, ya que ni es entrega de bienes ni prestación de servicios realizada.

22. El régimen de ventas a distancia está recogido en el artículo 68.tres y cuatro de la LIVA. En nuestro caso, el empresario español no ha optado por tributar en el Estado miembro de llegada de los bienes, y tampoco ha superado el límite establecido por el Estado francés para tributar obligatoriamente en ese territorio (el límite se encuentra en 100.000 euros). Por ello esta operación de venta tributará como entrega interior en el territorio de aplicación del impuesto, debiendo repercutirse el IVA español al tipo general, y declararse como IVA devengado en el modelo 303.

Las ventas a distancia, sujetas al régimen establecido en el citado precepto 68.tres y cuatro, son operaciones interiores, bien en el Estado miembro de residencia del proveedor, o en el Estado miembro de llegada de los bienes, y por ello no deben declararse en el modelo 349.

23. Si bien la venta se efectúa a un empresario francés y los bienes se transportan a Francia, el artículo 25 de la LIVA exige, para que la entrega se encuentre exenta, que el empresario o profesional adquirente esté identificado a efectos del IVA en otro Estado miembro distinto del Reino de España.

En nuestro caso, el empresario francés no ha suministrado el NIF a efectos de IVA atribuido por la Administración tributaria francesa, y el empresario español se ha asegurado de que no está dado de alta en el sistema VIES.

Estaremos, por tanto, ante una entrega interior por la que deberemos repercutir IVA al tipo general, declarándola como operación interior en el modelo 303, IVA devengado.

Al tratarse de una entrega interior, no deberá declararse en el modelo 349 y, desde luego, no se tendrá en cuenta para calcular el límite cuantitativo para concretar la obligación de presentar mensual o trimestralmente el anterior modelo.

Como resumen de todas las operaciones, podemos concretar:

A. No se incluirán en el modelo 349 las siguientes operaciones:

Operación	Naturaleza
1	Exportación (80.000 euros)
2	Importación (100.000 euros)
3	El lugar de realización de la operación está fuera de la Unión Europea (80.000 euros)
4	Operación interior, cuyo prestador radica fuera de la Unión Europea, con inversión del sujeto pasivo (20.000 euros)
13	Operaciones interiores (compra y venta) en Portugal (100.000 y 200.000 euros)
14	Entrega de bienes interior en Italia, sujeta al régimen especial de bienes usados (20.000 euros)
15	Adquisición intracomunitaria de bienes no realizada por el sujeto pasivo, sino por el socio, quien declarará la operación (400.000 euros)
16	Entrega interior en el territorio de aplicación del impuesto (200.000 euros)
18	Operación interior (40.000 euros)
19	Operación interior (10.000 euros)
20	Operación interior (4.000 euros)
22	Venta a distancia (2.000 euros)
23	Entrega interior de bienes (50.000 euros)

B. Se incluirán en el modelo 349 las siguientes operaciones:

Operación	Naturaleza
5	Adquisición intracomunitaria de bienes (150.000 euros)
6	Entrega intracomunitaria de bienes (20.000 euros)
7	Prestación de servicio intracomunitaria recibida (50.000 euros)
8	Prestación de servicio intracomunitaria realizada (10.000 euros)
9	Adquisición intracomunitaria de bienes que se declara conjuntamente con la operación número 5 (100.000 euros)
10	Rectificación de adquisición intracomunitaria de bienes del 1T (25.000 euros)
11	Rectificación de prestación de servicios intracomunitaria recibida del 1T (60.000 euros)
12	Operación triangular (30.000 euros)
17	Entrega intracomunitaria de bienes, transferencia de bienes intracomunitaria (50.000 euros)
21	Operación asimilada a adquisición intracomunitaria de bienes (100.000 euros)

C. A efectos de determinar el cálculo del límite para presentar el modelo 349 trimestral o mensualmente, se tendrán en cuenta las siguientes operaciones:

Operación	Naturaleza	Importe
6	Entrega intracomunitaria de bienes	20.000
8	Prestación de servicios intracomunitaria realizada	10.000
12	Entrega subsiguiente a una adquisición intracomunitaria de bienes realizada en Alemania	30.000
17	Entrega intracomunitaria de bienes, transferencia	50.000
		110.000 euros

Como consecuencia de haber superado el límite establecido de 100.000 euros, deberá presentar a partir del mes de julio el modelo 349 con una periodicidad mensual. Téngase en cuenta que el límite se ha superado en el mes de junio, y por ello podemos presentar el modelo 349 del segundo trimestre, englobando los meses de abril, mayo y junio.

**Agencia Tributaria**Teléfono: 901 33 55 33
www.agenciatributaria.es**Declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias**Art. 78 al 81 del Reglamento del I.V.A. aprobado por el R.D. 1624/1992,
de 29 de diciembre (B.O.E. del 31)**Modelo****349****D
e
c
l
a
r
a
n
t
e****Espacio reservado para la etiqueta identificativa del declarante**

Si no dispone de etiquetas, consigne los datos identificativos que se solicitan a continuación y adjunte a la declaración una fotocopia del documento acreditativo de su número de identificación fiscal (NIF)

Nº de identificación fiscal (NIF)

Apellidos y nombre (por este orden), denominación o razón social del declarante

NIF del representante legal

N.I.F.

Teléfono

Ejercicio 20X0 Período 2T

Declaración mensual con operaciones de los dos primeros meses del trimestre ☐**Modalidad de presentación:**Impreso 3 4 9 ☒Soporte ☐

Nº Identificativo: 3496898703803

**Fecha y firma**

Fecha:

Firma:

Fdo: D/Dª.

Cargo o empleo:

Espacio reservado para la Administración

Apellidos y nombre (por este orden) de la persona con quien relacionarse

Teléfono de contacto

Declaración complementaria o sustitutiva

Si la presentación de esta declaración tiene por objeto incluir operaciones que, debiendo haber sido relacionadas en otra declaración del mismo período presentada anteriormente, hubieran sido completamente omitidas en la misma, se marcará con "X" la casilla "Declaración complementaria".

Cuando la presentación de esta declaración tenga por objeto anular y sustituir por completo a otra declaración del mismo ejercicio presentada anteriormente, en la cual se hubieran consignado datos inexactos o erróneos, se indicará su carácter de declaración sustitutiva marcando con "X" la casilla correspondiente.

En ambos casos, se hará constar el número de 13 dígitos identificativo de la declaración del mismo ejercicio anteriormente presentada o el de la última de ellas, si se hubieran presentado varias.

Declaración complementaria ☐Declaración sustitutiva ☐

Número identificativo de la declaración anterior

Resumen de los datos incluidos en la declaraciónNúmero total de operadores intracomunitarios 01 7Importe de las operaciones intracomunitarias 02 540.000,00Número total de operadores intracomunitarios con rectificaciones 03 3Importe de las rectificaciones 04 85.000,00



Agencia Tributaria

Resumen operaciones con la Unión Europea

RELACIÓN DE OPERACIONES INTRACOMUNITARIAS

Modelo

349

Datos identificativos de esta hoja interior

N.I.F. del declarante

Ejercicio

Período

Hoja interior nº

2T

1 / 1

Nº Identificativo

3496898703803

Operador 1

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

DE

000000002

OPERACION 6

E

20.000,00

Operador 2

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

PT

000000001

OPERACIONES 5 Y 9

A

250.000,00

Operador 3

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

IT

00000000003

OPERACION 7

I

50.000,00

Operador 4

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

BE

0000000004

OPERACION 8

S

10.000,00

Operador 5

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

DE

000000002

OPERACION 12

T

60.000,00

Operador 6

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

FR

00000000013

OPERACION 17

E

50.000,00

Operador 7

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

PT

000000014

OPERACION 21

A

100.000,00

Operador 8

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

Operador 9

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

Operador 10

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

Operador 11

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

Operador 12

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

Operador 13

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

Operador 14

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

Operador 15

Código País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Base imponible

Total de esta hoja interior

Base imponible

Consigne en esta casilla la suma de todas las bases imponibles relacionadas en esta hoja

540.000,00

Ejemplar para la Administración.



Agencia Tributaria

Resumen operaciones con la Unión Europea

RECTIFICACIONES DE PERÍODOS ANTERIORES

Modelo

349

Datos identificativos de esta hoja interior

N.I.F. del declarante

Ejercicio

Período

Hoja interior nº

Nº Identificativo

3496898703803

Operador 1

Código

País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

A

Ejercicio

Período

Base imponible rectificada

Base imponible declarada anteriormente

20X0

1T

25.000,00

100.000,00

Operador 2

Código

País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

I

Ejercicio

Período

Base imponible rectificada

Base imponible declarada anteriormente

20X0

1T

0

60.000,00

Operador 3

Código

País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

I

Ejercicio

Período

Base imponible rectificada

Base imponible declarada anteriormente

20X0

1T

60.000,00

0,00

Operador 4

Código

País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Ejercicio

Período

Base imponible rectificada

Base imponible declarada anteriormente

Operador 5

Código

País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Ejercicio

Período

Base imponible rectificada

Base imponible declarada anteriormente

Operador 6

Código

País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Ejercicio

Período

Base imponible rectificada

Base imponible declarada anteriormente

Operador 7

Código

País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Ejercicio

Período

Base imponible rectificada

Base imponible declarada anteriormente

Operador 8

Código

País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Ejercicio

Período

Base imponible rectificada

Base imponible declarada anteriormente

Operador 9

Código

País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Ejercicio

Período

Base imponible rectificada

Base imponible declarada anteriormente

Operador 10

Código

País

NIF comunitario

Apellidos y nombre, denominación o razón social

Clave

Ejercicio

Período

Base imponible rectificada

Base imponible declarada anteriormente

Total de esta hoja interior

Consigne en esta casilla la suma de todas las bases impositivas rectificadas relacionadas en esta hoja

Base imponible rectificada

85.000,00

Ejemplar para la Administración.

CUESTIONES A DEBATE...

(Ponencia del Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria)

CUESTIONES CLAVE EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Extracto:

EN esta ocasión, el **Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria** que se imparte en el CEF ha elegido como tema para una de sus ponencias el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD).

El deslinde entre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y el ISD y los casos de aplicación de la normativa estatal, de la normativa autonómica tras la publicación en el BOE de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, así como de la normativa aplicable en los territorios forales fueron tratados en la primera parte de la ponencia.

El estudio de la tributación de casos concretos, además de cuestiones relacionadas con la liquidación del ISD, fueron los apartados que se trataron a continuación. Todos ellos de forma resumida se exponen a lo largo del presente artículo. Dicha conferencia tuvo lugar el día 22 de abril de 2010.

Palabras clave: Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, deslinde IRPF-ISD y normativa aplicable.

CUESTIONES A DEBATE...

(Ponencia del Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria)

KEY QUESTIONS ABOUT INHERITANCE AND GIFT TAX

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Abstract:

In this occasion, the CEF Course on Tax Update and Improvement has chosen as topic for one of its lectures the Inheritance and Gift Tax (IGT).

The first part of the session focused on the respective scopes of the Personal Income Tax (PIT) and the IGT, as well as the cases wherein the State regulations, those from the autonomous regions after the official publication of the Law 22/2009 of 18 December and those enacted by the territories with traditional charts (derechos forales) are to be respectively observed.

The study of the taxation in particular cases, together with several related tax calculation issues, were the points subsequently dealt with. All of them are summarized in this paper. The lecture took place on April 22, 2010.

Keywords: Inheritance and Gift Tax, PIT-IGT Demarcation and Applicable Law.

Sumario

1. Deslinde IRPF-ISD.
2. Normativa aplicable en el ISD.
3. Territorios forales y normativa aplicable.
4. ISD y Ley 22/2009.
5. Cuestiones relacionadas con la liquidación del ISD.

1. DESLINDE IRPF-ISD

El ISD es un impuesto de naturaleza directa que grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por las personas físicas. A diferencia del IRPF, en el cual la obtención de un incremento patrimonial requiere, al menos, un mínimo esfuerzo por parte del perceptor, en el ISD, el esfuerzo requerido es nulo.

En todo caso, lo que posee una persona física es fruto de «lo ganado y no gastado» y ello requiere la previa tributación por el IRPF o por el ISD. No se concibe que no haya pasado por el filtro de ninguno de dichos tributos. Será en los supuestos en los que no se produzca dicha igualdad cuando surjan las llamadas ganancias no justificadas de patrimonio en el IRPF.

Por ello, ante la obtención de rentas, debe ser objeto de estudio si la misma produce el hecho imponible del IRPF o del ISD. Mientras que en el Impuesto sobre Sociedades es indiferente que la ganancia corresponda a un componente lucrativo, en el caso de las personas físicas, el legislador ha querido deslindarlo, lo cual no siempre es fácil.

Lo que no debe olvidarse nunca es la **incompatibilidad entre ambos impuestos**.

«No estará sujeta a este impuesto la renta que se encuentre sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.»

Así lo manifiesta el artículo 6.4 de la Ley 35/2006 (Ley IRPF). Es decir, ante una renta sujeta al ISD, no cabría tributación en el IRPF, por ello, el IRPF puede definirse como un cajón de sastre del ISD. Ello conlleva que ante la obtención de una renta debamos acudir, en primer lugar, a los conceptos gravados en el ISD y, en su defecto, a la normativa del IRPF.

Tanto en el IRPF como en el ISD, a diferencia de las cautelas claras que existen en la tributación indirecta, el legislador confunde exención con no sujeción lo que le lleva a hacer continuas referencias de supuestos de no sujeción al ISD, en la normativa del IRPF. Estos casos son los que se muestran a continuación:

- No sujeción al ISD de las primas satisfechas a seguros privados que cubran exclusivamente el riesgo de dependencia severa o de gran dependencia por parte de determinados parientes del contribuyente (art. 51.5 Ley IRPF).

- No sujeción al ISD (como donación) de las aportaciones a planes de pensiones, a mutualidades de previsión social y a planes de previsión asegurados del cónyuge (art. 51.7 Ley IRPF).
- No sujeción al ISD (como donación) de las aportaciones a planes de pensiones, a mutualidades de previsión social y a planes de previsión asegurados a favor de personas con discapacidad (art. 53.3 Ley IRPF).
- En relación con patrimonios protegidos de las personas con discapacidad se manifiestan las letras b) y c) de la disposición adicional decimoctava de la Ley del IRPF.

Por tanto, **ante la existencia de una renta obtenida por una persona física, ¿cómo debe operarse para saber si la renta obtenida tributa por IRPF o ISD?**

1.º paso. Deberemos estudiar si la renta se encuadra dentro de alguno de los conceptos que dan origen al hecho imponible del ISD, siendo éstos:

- a) La adquisición bienes y derechos por **herencia**, legado o cualquier otro título sucesorio.
- b) La adquisición de bienes y derechos por **donación** o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, *inter vivos*.
- c) La percepción de cantidades por los beneficiarios de contratos de **seguros sobre la vida**, cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario, salvo los supuestos expresamente regulados en el artículo 17.2 a) de la Ley del IRPF.

2.º paso. En caso de no producirse el hecho imponible por el ISD, habría de acudir, o bien, a la normativa reguladora del IRPF, o bien, a la del IRNR, pues en el ISD no se ha hecho distinción de tributación entre residente o no residente, sino que la discriminación se efectúa en función de las distintas modalidades de tributación, siendo éstas: obligación real u obligación personal.

El hecho imponible del ISD: la herencia, la donación y determinados seguros de vida son los elementos constitutivos del hecho imponible del ISD más conocidos, si bien, no debe obviarse la existencia de otros muchos que, en principio, pudieran ser desconocidos para el contribuyente.

- **Títulos sucesorios.**

Además de la herencia y el legado, el Reglamento del ISD, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, enumera, concretamente en su artículo 11, una serie de títulos sucesorios, que constituyen el hecho imponible del ISD.

EJEMPLO 1:

¿Podría asignarse a los albaceas la mitad de los bienes que uno posee como retribución de los servicios profesionales prestados?

En esta acción existe un componente lucrativo que excede de la retribución de sus servicios. Por ello, y como reconoce la letra d) del artículo 11 del reglamento, el derecho a la percepción de las cantidades asignadas por los testadores a los albaceas por la realización de sus trabajos como tales, en cuanto excedan de lo establecido por los usos y costumbres o del 10 por 100 del valor comprobado del caudal hereditario, constituyen el hecho imponible del impuesto.

- **Negocios gratuitos.**

La donación es el título por excelencia, si bien no debe olvidarse la larga lista de títulos gratuitos que enumera el artículo 12 del Reglamento del ISD: condonación de deuda, renuncia de derechos a favor de persona determinada, asunción liberatoria de la deuda de otro sin contraprestación, desistimiento o allanamiento en juicio o arbitraje en favor de la otra parte, contrato de seguro sobre la vida para caso de sobrevivencia del asegurado, y contrato individual de seguro para caso de fallecimiento del asegurado que sea persona distinta del contratante, cuando en uno y otro caso el beneficiario sea persona distinta del contratante. En todos estos supuestos debe existir el ánimo de liberalidad.

- **Seguros de vida.**

Los seguros de vida pueden tributar en el IRPF (pueden calificarse como rendimientos del trabajo o como rendimientos del capital mobiliario) y en el ISD (como negocio gratuito o como seguro de vida). Ello complica la determinación de la tributación de las rentas procedentes de dichos seguros, ya que no sólo resulta necesario determinar el impuesto de tributación sino que, ante el desdoblamiento en la tributación de los seguros de vida en el ISD, en caso de que se origine el nacimiento del hecho imponible por el citado impuesto, debemos delimitar por qué concepto, y ello no es fácil, puesto que para ello se requieren, además, conocimientos previos de derecho de seguros y concretamente de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

A estos efectos, se asimilan los seguros de accidentes a los seguros de vida (art. 13 del Reglamento del ISD). Por el contrario, quedan fuera los seguros de responsabilidad civil al no dar origen al hecho imponible del ISD en ninguno de los conceptos gravados.

En un contrato de seguros aparecen tres figuras: contratante, beneficiario y asegurado.

Las distintas coincidencias que puedan surgir entre ellas van a determinar el origen de un hecho imponible diferente:

IRPF:**EJEMPLO 2:**

Seguro de vida contratado por Gabriel para, en el caso del fallecimiento de Juan (su hermano), recibir de la entidad aseguradora las primas satisfechas.

Cuando coinciden las figuras del contratante y beneficiario, los contratos de seguro de vida tributan en el IRPF, y en este supuesto concretamente se califica como rendimiento del capital mobiliario.

ISD:

- Como negocio gratuito: artículo 3.1 b) de la Ley del ISD.

EJEMPLO 3:

Seguro de vida contratado por el padre de Ana con una entidad aseguradora (con el permiso del yerno), para que en el supuesto en el que su yerno muera, Ana reciba el importe del seguro.

En este caso, tributa en el ISD, como negocio gratuito *inter vivos* y no como hecho imponible, seguro de vida del artículo 3.1 c) de la Ley del ISD.

- Como seguro de vida: artículo 3.1 c) de la Ley del ISD.

EJEMPLO 4:

Seguro de vida contratado por don Pedro con una entidad aseguradora, con la finalidad de que cuando él muera su hijo reciba el importe de las primas satisfechas.

En este caso, las figuras del contratante y asegurado coinciden en la misma persona y fallece, y el beneficiario es persona distinta del fallecido, por lo que encaja su tributación con el hecho imponible descrito en el artículo 3.1 c) de la Ley del ISD.

Seguros colectivos de vida:

Cada vez resulta más frecuente la decisión de la empresa de contratar seguros colectivos para sus trabajadores que cubran las contingencias futuras de invalidez, jubilación o fallecimiento. Las dudas en la tributación surgen en los supuestos de fallecimiento del trabajador.

EJEMPLO 5:

Supongamos que un trabajador de una empresa está casado en régimen de gananciales. Además, la empresa para la que trabaja contrata un seguro colectivo que cubre como posibles contingencias la invalidez, jubilación o fallecimiento de sus trabajadores. Las primas del seguro son pagadas por la empresa y el empleado va incluyendo las mismas como rendimientos del trabajo en su declaración de la renta. Como consecuencia del fallecimiento de su marido, la esposa resulta beneficiada del seguro colectivo de su marido fallecido. En la liquidación del seguro de vida en el ISD, ¿la base imponible a incluir ha de ser la totalidad de la prestación o únicamente la mitad de la cantidad percibida?

No existe un criterio único para dar respuesta a esta pregunta.

Por un lado, la DGT en Consultas N.º V2128/2008, de 11-11-2008 (NFC031385) y N.º V2436/2008 (NFC033448) y el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, en Sentencia de 25 de septiembre de 2008, recurso n.º 85/2006 (NFJ031805), resuelven, en base a criterios totalmente distintos, que la totalidad de la indemnización percibida se encuentra incluida en el hecho imponible del ISD.

La Consulta N.º V2128/2008, de 11-11-2008 (NFC031385) lo fundamenta en los siguientes términos:

«Las cantidades percibidas en concepto de prestación derivada de un seguro de vida por el cónyuge del asegurado en una póliza colectiva de seguro de vida contratada por la empresa del fallecido no cumplen los requisitos exigidos en el artículo 39.2 del RISD para que la base imponible del ISD sea sólo la mitad del importe percibido, pues ni el contratante es el cónyuge (es asegurado, pero no contratante), ni, a efectos fiscales, puede considerarse que las primas se hayan pagado con cargo a la sociedad de gananciales, pues constituyen una contraprestación en especie derivada del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria del perceptor y, en consecuencia, tienen la consideración de rendimientos del trabajo, y, según la normativa del IRPF, los rendimientos de trabajo se han de atribuir exclusivamente a quien haya generado el derecho a su percepción, en este caso, al trabajador fallecido.»

Por el contrario, el TSJ de Madrid da respuesta en términos jurídicos, desde un punto de vista civil. Según este Tribunal no puede considerarse que la indemnización percibida por un sujeto pasivo por la muerte de su cónyuge en virtud de una póliza de seguro colectivo concertada con la entidad aseguradora para la que el finado presta-

.../...

.../...

ba sus servicios como trabajador tenga carácter ganancial, al percibirse la misma con posterioridad al fallecimiento, momento en el que precisamente ya se había disuelto la sociedad de gananciales. En consecuencia, al no tener el seguro su causa en una relación laboral entre la entidad y el beneficiario perceptor de la indemnización, la totalidad de la indemnización percibida se encontrará incluida en el hecho imponible del ISD, lo que determinará su no sujeción al IRPF.

Por otro lado, el TSJ de Castilla y León (Sede en Valladolid), en Sentencia de 30 de mayo de 2006, recurso n.º 1229/2000 (NFJ024637) y el TSJ de Canarias, en Sentencia de 30 de octubre de 1998, recurso n.º 257/1996 (NFJ007335) son de la opinión de que sólo la mitad de la indemnización tributaría por ISD, y ello porque tomando como base el Código Civil son bienes gananciales los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. Así, ambos Tribunales entienden que el pago de la prima del seguro de vida se hacía con cargo a la sociedad de gananciales y, por tanto, la mitad del importe de la indemnización percibido por el sujeto pasivo, como beneficiario del seguro de vida concertado por su esposa, no es un incremento que percibe a título lucrativo ya que lo obtiene como consecuencia del abono de las primas del seguro con cargo a los bienes gananciales, no debiendo por tanto tributar en el ISD.

2. NORMATIVA APLICABLE EN EL ISD

El primero de los elementos que condiciona la normativa aplicable en el impuesto lo constituyen las modalidades de tributación existentes en el mismo: obligación personal o real de contribuir.

Recordar en este punto que a los contribuyentes que tengan su residencia habitual en España se les exigirá el impuesto por obligación personal, lo que implica la tributación de su patrimonio mundial. Al resto de los contribuyentes se les exigirá el impuesto, por obligación real, por la adquisición de bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza, que estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español, así como por la percepción de cantidades derivadas de contratos de seguros sobre la vida cuando el contrato haya sido realizado con entidades aseguradoras españolas o se haya celebrado en España con entidades extranjeras que operen en ella.

Téngase en cuenta que para la determinación de la residencia habitual se estará a lo establecido en las normas del IRPF.

En base a ello, en el cuadro siguiente se establece la normativa aplicable en función de cada uno de los conceptos que configuran el hecho imponible del impuesto.

Obligación personal o real de contribuir	Normativa aplicable		
Obligación personal de contribuir del artículo 6 de la Ley 29/1987 [contribuyente (causahabiente, donatario, beneficiario o favorecido) que tengan su residencia habitual en España según las normas del IRPF]	Adquisiciones mortis causa	Causante residente en España	Normativa autonómica
		Causante no residente en España	Normativa estatal
	Donaciones de inmuebles	Inmueble situado en España	Normativa autonómica
		Inmueble no situado en España	Normativa estatal
	Donaciones de los demás bienes y derechos	Normativa autonómica	
Obligación real de contribuir del artículo 7 de la Ley 29/1987 [contribuyente (causahabiente, donatario, beneficiario o favorecido) que no tenga su residencia habitual en España según las normas del IRPF]	Normativa estatal		

Observando el mismo puede concluirse que para la aplicación de la normativa autonómica resulta condición necesaria, pero no suficiente, que el heredero o destinatario sea residente en territorio español.

En caso de que resulte aplicable la normativa autonómica, debemos prestar atención al cuadro mostrado a continuación, con el objeto de determinar cuál es la normativa autonómica aplicable.

Contribuyente residente en España	
Hecho imponible del ISD	Normativa autonómica aplicable
Adquisiciones mortis causa	La normativa de la comunidad autónoma donde el causante hubiera permanecido un mayor número de días del periodo de los cinco años inmediatos anteriores, contados de fecha a fecha, que finalice el día anterior al de devengo.
Cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros sobre la vida que se acumulen al resto de los bienes y derechos que integren la porción hereditaria del beneficiario	Igual que las adquisiciones mortis causa
Donaciones de bienes inmuebles	La normativa de la comunidad autónoma en la que radiquen los bienes inmuebles
Donaciones de los demás bienes y derechos	La normativa de la comunidad autónoma donde el donatario hubiere permanecido un mayor número de días del periodo de los cinco años inmediatos anteriores, contados de fecha a fecha, que finalice el día anterior al de devengo.
Transmisión a título lucrativo de los valores a que se refiere al artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores	Igual que la donación de bienes inmuebles.

La entrada en vigor de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, ha supuesto una modificación en los criterios que regulan la normativa de la comunidad autónoma aplicable, y ello por el cambio introducido en el concepto de residencia fiscal.

Hasta el 31 de diciembre de 2009, la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, requería haber mantenido la residencia habitual durante los cinco años anteriores, computándose éstos de fecha a fecha, hasta el día anterior a la fecha de devengo del impuesto, para poder aplicarse la legislación de la comunidad autónoma de residencia. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.5 del citado texto legal, sería de aplicación la normativa estatal en los casos en los que no pudiera determinarse la normativa aplicable atendiendo al mencionado criterio.

Desde el 1 de enero de 2010, de la Ley 22/2009 se desprende que se aplicará la legislación de la comunidad autónoma en la que el contribuyente hubiera permanecido un mayor número de días del periodo de los cinco años inmediatos anteriores, contados de fecha a fecha, que finalicen el día anterior al devengo, sin que se pueda aplicar la normativa residual como regla residual, en ningún caso.

Resulta indiferente por tanto, a estos efectos, la comunidad autónoma en que residan los herederos, siempre que residan en España. Sólo importa la residencia del causante.

EJEMPLO 6:

Don Juan fallece en Tarragona el día 24 de abril de 2010, habiendo residido toda la vida en dicha localidad. Tiene dos herederos, uno residente en España y otro residente en Alemania.

Al heredero residente en Alemania le será de aplicación la normativa estatal por obligación real de contribuir.

Al heredero residente en España le será de aplicación la normativa autonómica de Cataluña, ya que el causante ha permanecido en dicha comunidad un mayor número de días del periodo de los cinco años anteriores contados de fecha a fecha, que finalicen el día anterior al de devengo (día del fallecimiento).

Desde el 24 de abril de 2005 hasta el 23 de abril de 2010 ha permanecido todos los días en la Comunidad Autónoma de Cataluña por lo que resulta imposible que durante este periodo haya habido otra comunidad en la que haya permanecido más días.

Evidentemente, en lo no regulado por la ley propia de Cataluña se aplicará la normativa del Estado (Ley 29/1987 y reglamento de desarrollo).

EJEMPLO 7:

Don Pedro fallece en Castellón, el día 30 de marzo de 2010, habiendo residido desde el 1 de enero de 2007 en Castellón y anteriormente siempre en Madrid. Tiene dos herederos que residen en España.

La normativa aplicable a la sucesión de don Pedro será la de la Comunidad Valenciana, ya que los sujetos pasivos son residentes en España y el causante ha permanecido un mayor número de días del periodo de los cinco años anteriores contados de fecha a fecha, que finalicen el día anterior al de devengo, en la Comunidad Valenciana.

Desde el 30 de marzo de 2005 hasta el 29 de marzo de 2010 ha permanecido más días en la Comunidad Valenciana (más de tres años) que en la Comunidad de Madrid.

Si bien, la nueva normativa deja algunas cuestiones sin resolver como por ejemplo las siguientes: ¿debería tenerse en cuenta el cómputo de los cinco años, en los supuestos en los que un no residente se convierte en residente? o ¿bastará con ser residente en España, según las normas del IRPF para poder aplicar la normativa autonómica, ya que anteriormente era no residente?

3. TERRITORIOS FORALES Y NORMATIVA APLICABLE

La Ley del Impuesto se aplica en todo el territorio estatal, excepto en el País Vasco y Navarra. Por ello, las distintas diputaciones forales del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra han aprobado su propia normativa en materia del ISD.

Se encuentra vigente la siguiente normativa reguladora:

- Concierto Económico con el País Vasco. Ley 12/2002, de 23 de mayo (art. 25).
 - Bizkaia. Decreto Foral Normativo 3/1993, de 22 de junio.
 - Gipuzkoa. Norma Foral 3/1990, de 11 de enero.
 - Álava. Norma Foral 25/1989, de 24 de abril.
- Convenio Económico con Navarra. Ley 28/1990, de 26 de diciembre (art. 31).
 - Decreto Foral Legislativo 250/2002, de 16 de diciembre.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2009, la determinación de la normativa aplicable era coincidente para el territorio común y el País Vasco, por lo que las normativas resultaban completamente compatibles. En Navarra el criterio es diferente.

Si bien, con la entrada en vigor de la citada normativa y la consiguiente modificación del concepto de residencia fiscal antes mencionada para las comunidades autónomas de régimen común, se ha originado un conflicto no resuelto a la hora de determinar la normativa aplicable, ante la existencia de distintos puntos de conexión para establecer la misma.

4. ISD Y LEY 22/2009

En el cuadro que se presenta a continuación se muestran los artículos en los que la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, hace referencia al ISD.

Artículos de la Ley 22/2009	Materia
Artículos 25.1 c) y 26.1 A b) Artículos 27, 28.1.1º b), 32, 48 y 53	Rendimiento que se cede Normativa aplicable, competencias normativas y atribución del rendimiento
Artículo 55.3 Artículo 61.3	Lugar de presentación y efectos liberatorios Cierre registral y otros
Artículos 54.1 b), 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62.1 b) y 63	Delegación de competencias, aplicación de los tributos, revisión y otros
Artículos 65 y 66	Órganos de coordinación de la gestión tributaria

5. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA LIQUIDACIÓN DEL ISD

Donación de bienes gananciales

Declarada la ilegalidad del artículo 38 del Real Decreto 1629/1991 (Rgto. ISD) que regula las donaciones de la sociedad de gananciales como una única donación, el Tribunal Supremo anula el referido precepto, ya que no sólo resulta contrario al principio de legalidad, sino que resulta contradictorio dentro de la sistemática del propio reglamento. La donación de bienes gananciales debe ser considerada como dos donaciones, lo que produce una bajada de la progresividad del impuesto.

Participación y adjudicación de herencia: excesos de adjudicación

En los supuestos en los que el reparto de la herencia no suponga un reparto equitativo, pues se le adjudica a un heredero o legatario más de lo que le corresponde según el título hereditario, ese

exceso va a originar hechos imponible de otros impuestos (ITP y AJD e IRPF). En los supuestos con excesos a título lucrativo surgiría el hecho imponible del ISD, donaciones.

Donación entre hermanos instrumentada por medio de una primera donación de uno de los hermanos a la madre y posterior donación de la madre al otro hermano con la finalidad de poderse beneficiar de los incentivos fiscales que ofrecen las comunidades autónomas

En este supuesto, la Inspección podría reconducir la operación, por aplicación del artículo 15 de la Ley General Tributaria, conflicto en la aplicación de la norma, hacia el hecho imponible verdaderamente pretendido, la donación entre hermanos.

GESTIÓN DEL RIESGO ÉTICO, SOCIAL Y AMBIENTAL DE LA EMPRESA. TRANSFORMANDO AMENAZAS EN OPORTUNIDADES

JUAN A. CASALS OVALLE

Responsable de Principios de Ecuador. BBVA

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón GONZÁLEZ GARCÍA, doña María Teresa DEL VAL NÚÑEZ, don José Antonio GONZALO ANGULO, doña Herenia GUTIÉRREZ PONCE, don Lorenzo LARA LARA y don Alejandro LARRIBA DÍAZ ZORITA.

Extracto:

ESTE trabajo recoge una propuesta de gestión del riesgo ético, social y ambiental de la empresa que desde una perspectiva práctica reconoce un nuevo paradigma en la relación entre la empresa y la sociedad. Desde la comprensión de esta nueva realidad, la gestión del riesgo ético, social y ambiental es un elemento cada vez más importante de la Administración de Empresas, capacitando a las organizaciones para tomar mejores decisiones y generar la confianza necesaria para operar en un entorno caracterizado por su complejidad e incertidumbre.

Palabras clave: gestión del riesgo, responsabilidad social corporativa, riesgo ético, social y ambiental y confianza.

MANAGEMENT OF THE ETHICAL, SOCIAL AND ENVIRONMENTAL RISK OF THE COMPANY. TURNING THREATS INTO OPPORTUNITIES

JUAN A. CASALS OVALLE

Responsable de Principios de Ecuador. BBVA

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón GONZÁLEZ GARCÍA, doña María Teresa DEL VAL NÚÑEZ, don José Antonio GONZALO ANGULO, doña Herenia GUTIÉRREZ PONCE, don Lorenzo LARA LARA y don Alejandro LARRIBA DÍAZ ZORITA.

Abstract:

THIS work gathers a proposal of management of the ethical, social and environmental risk of the company that, from a practical perspective, recognizes a new paradigm in the relation between the company and the society. From the comprehension of this new reality, the management of the ethical, social and environmental risk is an element increasingly important of the Business Administration, qualifying the organizations to make better decisions and to generate the necessary confidence to operate in an environment characterized by its complexity and uncertainty.

Keywords: risk management, corporate social responsibility, ethical, social and environmental risk and confidence.

Sumario

1. Introducción.
2. Riesgo ético, social y ambiental.
 - 2.1. Concepto de riesgo ético, social y ambiental.
 - 2.2. Naturaleza dual del riesgo.
 - 2.3. Perfil de riesgo de la empresa.
3. Gestión del riesgo ético, social y ambiental.
 - 3.1. Beneficios de la gestión del riesgo.
 - 3.2. Proceso de gestión del riesgo.
 - 3.3. Sistema de gestión del riesgo.
 - 3.4. Riesgo y gestión de la Responsabilidad Social Corporativa.
4. Retos futuros.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La empresa, en la consecución de su misión, se enfrenta a una amplia variedad de riesgos que implican amenazas y oportunidades capaces de erosionar o aumentar el valor de la organización. El escenario empresarial actual destaca por una creciente exposición de la empresa a los riesgos éticos, sociales y ambientales derivados de los cambios del entorno y del activismo de las partes interesadas que para depositar su confianza en la empresa exigen directivos íntegros y una gestión responsable de los impactos sociales y ambientales de sus operaciones.

A pesar de la actualidad del debate y de la urgencia de las demandas de las partes interesadas, diversos estudios destacan que el riesgo ético, social y ambiental es el gran olvidado en la gestión de la Ética y la Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Sólo el 40% de las empresas españolas considera los riesgos sociales y ambientales en su mapa de riesgos (PricewaterhouseCoopers, 2003) y apenas el 12% de las empresas ha mejorado la transparencia acerca del riesgo de sus productos y procesos como mecanismo de gestión del riesgo social y ambiental (McKINSEY, 2006).

La empresa siempre ha interactuado con la sociedad, pero nunca como ahora esa relación ha sido tan intensa, compleja y cambiante. El resultado es la aparición de nuevas incertidumbres que influyen en los resultados y la supervivencia de la empresa. Es crítico, por tanto, incorporar la gestión del riesgo ético, social y ambiental desde la misma concepción de los proyectos empresariales de manera que la organización desarrolle la habilidad de transformar las amenazas derivadas de los aspectos éticos, sociales y ambientales de su actividad en oportunidades de creación de valor para los accionistas y el conjunto de las partes interesadas.

La sociedad del riesgo

En muy poco tiempo, la percepción que tenemos de nuestro entorno ha cambiado por completo. Las viejas certezas han dejado paso a grandes incertidumbres que nos preocupan como individuos y como sociedad, generando una sensación compartida de riesgo global que incluye aspectos como el terrorismo, los problemas ambientales o los desequilibrios sociales. Los conceptos «sociedad del riesgo» y «megarriesgos» son habituales en el discurso de los agentes sociales y en la agenda de los líderes empresariales, cada vez más preocupados por este nuevo escenario de riesgo que rápidamente se ha trasladado al mundo de los negocios.

El gran cambio es que la sociedad en general, y los colectivos afectados por los impactos de las empresas en particular, han empezado a cuestionar los mecanismos sociales de toma de decisiones y de distribución de los costes y beneficios asociados a la actividad empresarial. Detrás de las protestas por la instalación de centrales nucleares hay algo más que el rechazo de un determinado peligro ambiental; se pone en tela de juicio el modelo de desarrollo y la actual distribución de los riesgos, y se llama la atención acerca de lo que debe ser una sociedad justa y la contribución social que la empresa debe jugar. La preocupación social por estos temas es de tal intensidad que los riesgos éticos, sociales y ambientales asociados al desarrollo económico se han convertido, en muy poco tiempo, en una cuestión central del debate público.

El riesgo es un factor social determinante y diferencia como pocos a unas sociedades de otras. Comprender el apetito o aversión al riesgo de una sociedad y la manera en la que evalúa los riesgos es comprender la naturaleza de la propia sociedad. Así, por ejemplo, la capacidad de interlocución de los ciudadanos para comunicar si un riesgo es aceptable o no constituye un fiel indicador del desarrollo de la participación democrática en una sociedad. Los sistemas sociales maduros desarrollan un conjunto sólido de representantes y medios de comunicación que garantizan la comunicación bidireccional entre la fuente de los riesgos y las personas afectadas.

Es fundamental, por tanto, que la empresa comprenda su influencia en el binomio riesgo-sociedad y conozca la relación con el riesgo de la sociedad en la que opera para mantener la licencia para operar otorgada por la sociedad.

La empresa en la sociedad del riesgo: el nuevo paradigma

Hasta ahora, el desarrollo social se explicaba, entre otras cosas, por la influencia de la empresa en la sociedad. El sentido de esta relación se ha invertido, y la empresa se enfrenta a un nuevo paradigma en el que la realidad social es la que transforma la naturaleza y la actividad de la empresa. Un entorno social incierto, cambiante, complejo, informado e influyente que espera que la empresa comparta sus mismos valores.

Para Adam SMITH el paradigma es la forma como las personas perciben el mundo, a pesar de que la relación de ellas con los paradigmas sea la misma que el pez tiene con el agua: sólo se da cuenta de la existencia del agua cuando lo sacan de ella. Los paradigmas son sistemas de creencias que nos explican cómo es el mundo y nos ayudan a predecir su comportamiento, por lo que sólo es posible ver el mundo de otra forma si modificamos nuestros paradigmas.

Esta nueva relación entre la empresa y la sociedad es fuente de riesgos derivados del desajuste entre las demandas de la sociedad y la conducta de la empresa. Aunque son muchas las razones de este desencuentro, todas tienen el mismo origen: la falta de visión de la empresa como sujeto moral y organización social, y el consiguiente déficit en la gestión de las relaciones con las partes interesadas. Sólo con el compromiso necesario y la comprensión profunda del papel de la empresa en la sociedad, la organización puede gestionar adecuadamente el riesgo e implantar una estrategia de creación de valor para todas las partes interesadas. El resultado es una empresa que genera confian-

za y se posiciona ante sus públicos como la primera opción para comprar, trabajar, invertir y compartir con ella el entorno social y ambiental.

La confianza

La confianza es el mecanismo básico que permite el funcionamiento de las sociedades modernas y la integración de la empresa en el sistema social. Confianza que no depende tanto de los conocimientos de las partes interesadas como de la experiencia en el buen funcionamiento de la empresa y en su capacidad de generar valor. Confianza y riesgo son dos nociones vinculadas. La confianza cobra sentido al aparecer el riesgo, que se origina cuando los miembros de la sociedad son conscientes de que las contingencias que les pueden afectar son obra del hombre. La empresa es una de las instituciones sociales más dinámicas, poderosas y con mayor capacidad de transformación, por lo que se espera de la empresa que mantenga un equilibrio entre el riesgo y la confianza depositada en ella. Si la organización permite a su entorno social participar en la elección y gestión de los riesgos que desea o no asumir, la empresa construye confianza y afronta las crisis en mejores condiciones.

En este escenario, la RSC emerge en el panorama empresarial como un nuevo modelo de gestión que, basado en la confianza, permite la consecución de un doble objetivo: reducir el riesgo y aumentar el valor de la empresa. De este modo, la empresa responsable actúa en el mercado y en su entorno desde una posición menos vulnerable, con mayor capacidad de adaptación al entorno y dotada de ventajas competitivas difícilmente imitables por los competidores.

2. RIESGO ÉTICO, SOCIAL Y AMBIENTAL

2.1. Concepto de riesgo ético, social y ambiental

El Diccionario de la Real Academia Española define riesgo como «contingencia o proximidad de un daño». En el ámbito empresarial, el riesgo proviene de cualquier suceso cuya ocurrencia genere impactos en la organización que puedan impedirle alcanzar sus objetivos.

Una definición ampliamente aceptada es la que define el riesgo como la combinación de la probabilidad de un suceso y de sus consecuencias (Guía ISO/CEI 73). Por tanto, el riesgo ético, social y ambiental es la combinación de la probabilidad de un comportamiento empresarial contrario a los valores éticos, sociales y ambientales y de sus consecuencias sobre el entorno social y ambiental.

Es preciso advertir sobre la distinta naturaleza de los valores éticos y los valores sociales. Frente a la naturaleza relativa de la RSC, que depende de los valores sociales aceptados en un tiempo y lugar determinados, la ética empresarial se basa en valores y principios absolutos e imperativos

que constituyen la garantía última ante el desarrollo de valores sociales inmorales (por ejemplo, la discriminación de la mujer).

El riesgo ético, social y ambiental puede agruparse en dos categorías: riesgo para el entorno social y ambiental, y riesgo para la organización derivado de daños sociales y ambientales. En el primer caso, se reconoce la capacidad de la empresa para provocar cambios en su entorno. En el segundo, el riesgo proviene de las consecuencias sobre la empresa por incumplir la legislación o los estándares éticos, sociales y ambientales.

Es importante comprender la estrecha relación del riesgo ético, social y ambiental con otros riesgos. A menudo las fronteras son difusas, y una aproximación global al riesgo facilita la comprensión de las interrelaciones y de las múltiples consecuencias de un mismo suceso. Así, por ejemplo, la ocurrencia del suceso «rotura de depósito de combustible» puede provocar impactos negativos en el medio ambiente, pero también puede afectar a la salud y la motivación de los empleados, a la reputación de la empresa y a su desempeño financiero por los gastos de descontaminación, multas, parada de las instalaciones o menores ventas que incluso pueden comprometer la viabilidad de la empresa.

Por otra parte, el riesgo ético, social y ambiental no siempre es fácilmente identificable y predecible. A menudo se trata de riesgos emergentes, con pocos registros históricos o incluso totalmente desconocidos y sin precedentes. Son riesgos que frecuentemente se manifiestan a largo plazo y que en sus primeros estadios suelen caracterizarse por una combinación de baja probabilidad y graves consecuencias.

Aspectos éticos y de responsabilidad social del riesgo

La gestión del riesgo implica la elección de objetivos y medios, la reflexión acerca de las razones y responsabilidades asociadas a la gestión del riesgo, y el análisis de las acciones y omisiones que generan riesgo. Todos estos son elementos relativos a la ética, a la toma de decisiones sobre lo correcto o incorrecto y a la práctica virtuosa de la gestión de la empresa. Práctica que, como toda acción humana, implica riesgo, que puede reducirse pero que no desaparece de la vida de los individuos, hecha de acciones de las que no tenemos (ni tendremos) certeza de su bondad o eficacia.

El riesgo ético, social y ambiental debe gestionarse sobre la base de la virtud ética de la prudencia y desde el firme compromiso de satisfacer de manera equilibrada y sostenible las demandas de las partes interesadas. El objetivo ya no es maximizar el beneficio (sea como sea), sino que la misión de la empresa incorpora un sistema de objetivos de creación de valor satisfactorio, más que óptimo, para todos los grupos de interés. Las decisiones y acciones encaminadas a la consecución de la misión de la empresa deben fundamentarse en sólidos valores morales y en una decidida voluntad de cumplir los estándares éticos.

SHRADER-FRECHETTE analiza los aspectos éticos del riesgo y señala que «tres son las clases principales de temas éticos asociados con el riesgo: 1) quién define el riesgo y cómo debería definir-

se; 2) quién evalúa el riesgo y de acuerdo con qué reglas, y 3) cuáles son las condiciones bajo las que es éticamente aceptable imponer riesgos a la sociedad» (SHRADER-FRECHETTE, 1999).

Por su parte, FISCHHOFF alerta sobre la tentación utilitarista de considerar socialmente aceptables aquellos riesgos cuyos beneficios superan a los costes para la sociedad en su conjunto. Este planteamiento es éticamente inaceptable porque no distingue entre ganadores y perdedores. Para FISCHHOFF, la única solución admisible es aquella en la que el compromiso riesgo-beneficio es aceptable para cada uno de los miembros de la sociedad (FISCHHOFF, 1994).

En cuanto a los aspectos de responsabilidad social del riesgo, es preciso destacar dos elementos que influyen en su gestión: el entorno y los valores sociales.

Además de la definición de los objetivos de gestión del riesgo a la que nos hemos referido antes, la empresa debe también definir el entorno (de riesgo), identificar las partes interesadas que lo componen y las relaciones que vinculan a los grupos de interés con la empresa.

Por su parte, los valores sociales influyen, por lo menos, de dos maneras en la gestión del riesgo. Por un lado, los valores sociales y su cambio en el tiempo generan nuevas incertidumbres. Como acertadamente las ha calificado GIDDENS, «incertidumbres fabricadas», generadas por la acción del hombre y por los valores que la orientan.

Por otro lado, los valores sociales condicionan la interpretación, percepción y gestión de los escenarios de riesgo. La administración de empresas es una ciencia social y, por tanto, no está libre de la influencia de los valores sociales. La neutralidad valorativa no cabe en las ciencias sociales, en las que la interpretación de la sociedad es parte de su propia transformación. La consideración de factores sociales, económicos, culturales y políticos hace imposible el consenso en materia de gestión del riesgo. En cada sociedad en particular, las motivaciones sobre las que se emiten los juicios, la distribución no equitativa entre las partes interesadas de los costes y beneficios del riesgo o la incorporación de los valores en la toma de decisiones repercuten en todo el proceso de gestión del riesgo, incluso, como veremos más adelante, en sus fases consideradas hasta hace poco como más «científicas» y objetivas.

2.2. Naturaleza dual del riesgo

Las aproximaciones al riesgo más completas y maduras rompen la concepción tradicional del riesgo y reconocen su naturaleza dual: una negativa y otra positiva, que implican amenazas y oportunidades para la empresa y sus partes interesadas. Efectivamente, el futuro de la empresa se juega en un campo repleto de sucesos que pueden originar nuevas oportunidades para que la empresa consiga sus objetivos.

Desde este enfoque más amplio y matizado, la gestión del riesgo ético, social y ambiental es una fuente muy importante de oportunidades para la empresa y para los colectivos con los que se

relaciona. Por esta razón, la gestión del riesgo ha pasado de tener como objetivo la reducción del riesgo a pretender la optimización del riesgo mediante la minimización de las consecuencias negativas y la maximización de las positivas y sus respectivas probabilidades.

2.3. Perfil de riesgo de la empresa

El riesgo es inherente a la empresa, sistema en el que existe una gran cantidad y diversidad de sucesos iniciadores de escenarios de riesgo. El análisis del perfil de riesgo de la empresa se centraba hasta ahora en la exposición a los riesgos que afectan a los activos tangibles de la organización (fuego, etc.). Sin embargo, las nuevas condiciones del entorno han variado el perfil de riesgo de la empresa, incorporando riesgos que afectan a activos intangibles y que tienen su origen en la conducta y los impactos sociales y ambientales de la organización. El actual perfil de riesgo de la empresa es mucho más amplio y lo integran una gran variedad de riesgos que incluye los desequilibrios sociales, el respeto de los derechos humanos, la contribución de la empresa al cambio climático o la erosión de la marca. Riesgos a menudo interrelacionados entre sí y que forman un sistema complejo y dinámico de riesgo global que implica, al mismo tiempo, amenazas y oportunidades para la consecución de los objetivos de la empresa.

Incorporar los riesgos éticos, sociales y ambientales al perfil de riesgo de la empresa permite una aproximación global y coordinada a la gestión del riesgo de la organización y el desarrollo de modelos integrados de gestión del riesgo. En cuanto la empresa considera los riesgos éticos, sociales y ambientales reconoce la propiedad de esos riesgos, primer paso que prepara a la empresa para establecer su compromiso de gestión y para dotar a la organización de los recursos necesarios.

3. GESTIÓN DEL RIESGO ÉTICO, SOCIAL Y AMBIENTAL

La gestión del riesgo ético, social y ambiental es parte fundamental de la gestión de la empresa. La gestión del riesgo incluye la cultura, procesos y estructuras dirigidas a materializar las potenciales oportunidades que surgen de la gestión de los efectos adversos. El objetivo de la gestión del riesgo es contribuir a la creación de valor para todas las partes interesadas de la empresa, aumentando así la probabilidad de supervivencia de la empresa en el largo plazo. Se trata, por tanto, de buscar compromisos entre intereses a menudo contrarios y mantener un equilibrio entre las expectativas de las partes interesadas y el desempeño de la empresa en el marco de un sistema de relaciones dinámico e inestable.

La gestión del riesgo es un proceso continuo y en permanente desarrollo que impregna la estrategia de la empresa, implica a todos sus miembros y se extiende, mediante la fijación de objetivos tácticos, a todos los niveles y actividades de la organización. Por su carácter estratégico, la alta dirección es responsable de impulsar la gestión del riesgo, mediante su integración en la cultura de la empresa, la asignación de las responsabilidades oportunas y el reconocimiento del desempeño en relación con el riesgo de los miembros de la organización.

Gestión «situada» del riesgo

En los últimos años se ha producido un movimiento gradual en la política y regulación de los aspectos éticos, sociales y ambientales por el que se ha pasado de incidir en el peligro a regular en base al riesgo. Esta tendencia se debe al reconocimiento de que para muchos aspectos éticos, sociales y ambientales un nivel cero de riesgo no es posible o simplemente es innecesario para el bienestar social y la protección de la naturaleza y que, por otro lado, un cierto nivel de riesgo se considera aceptable tras considerar los posibles beneficios.

Este giro establece un marco de referencia para la comparación y priorización de los riesgos, y la determinación de los niveles de riesgo socialmente aceptables, y por tanto aceptables también para la empresa en la medida en que desee responder a las expectativas de las partes interesadas y mantener la licencia para operar.

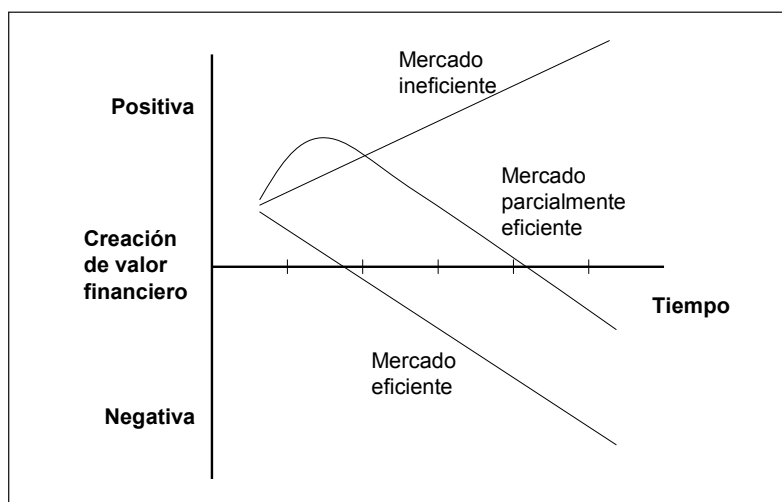
En este sentido, el legislador cumple la función de interpretar las demandas sociales y convertirlas en obligaciones para las empresas. Sin embargo, es interesante destacar la tendencia a la «desintermediación» de las demandas sociales, que cada vez más se articulan por medio del mercado. El mercado de bienes y servicios (consumo responsable) y el mercado de capitales (inversiones socialmente responsables), que se convierten en mecanismos de asignación de recursos hacia las empresas más eficientes y con mejor perfil de riesgo ético, social y ambiental. La sociedad es cada vez más consciente de su poder y de su capacidad de influencia en la empresa y opta por el mercado como el mejor incentivo para estimular el cambio en la gestión de las empresas y como el mecanismo más eficiente de asignación de recursos. Los ciudadanos, ante la eficacia parcial de las iniciativas legales, votan con el bolsillo, premiando y castigando a la empresa en función de sus resultados en la gestión de los aspectos éticos, sociales y ambientales de sus actividades.

Aparece aquí la cuestión de la autorregulación, de especial actualidad por los clamorosos fallos del mercado que se han producido. La dimensión de la actual crisis y la intensidad de los impactos sociales de la misma es tal que los gobiernos, organismos multilaterales y la totalidad de los agentes económicos y sociales están cuestionando el statu quo y proponiendo alternativas a un modelo inviable a largo plazo. En este sentido, muchas voces están poniendo énfasis en el fortalecimiento de los mecanismos de control y supervisión y en los instrumentos legales cuya finalidad es la regulación de las actividades del sector financiero. Frente al peligro de la tentación de regular en exceso la actividad económica, se opone la visión a favor de optimizar la regulación. En lugar de más regulación, mejor regulación que, junto al objetivo de fijar y hacer cumplir unas reglas del juego, permita el funcionamiento eficiente de los mercados y la innovación responsable frente a la sofisticación que abusa de las asimetrías del mercado.

Por mucha confianza que se deposite en el poder de la fuerza coercitiva de la ley y de los organismos supervisores, la evidencia empírica no deja lugar a dudas: la existencia de una ley y de los mecanismos más refinados para cumplirla no garantizan su cumplimiento. La ley es necesaria, pero insuficiente. Es preciso complementarla con la autorregulación y con la construcción de un sistema de incentivos que hagan preferibles las buenas a las malas prácticas. Hacer trampas no puede salir a cuenta, y ésta ha sido la gran fuerza que ha generado la situación en la que nos

encontramos. Algunos han aprovechado la falta o ineficiencia de los mecanismos de recompensa/castigo del mercado y han actuado conforme al cálculo según el cual el riesgo y los beneficios asociados a las malas prácticas compensa los potenciales efectos negativos que se puedan producir, si es que llegan a producirse.

El reto es construir entre todos mercados más eficientes, y que la empresa asuma que este escenario plantea a los gestores la necesidad de ampliar la visión del riesgo más allá de la propia organización, y extender el alcance de la gestión del riesgo a las amenazas y oportunidades que su actividad implica para todas las partes interesadas con las que interactúa. Los gestores empresariales deben desarrollar estrategias para este entorno, estrategias acordes a los riesgos considerados como aceptables por la sociedad.



FUENTE: Adaptado de «Rewarding virtue: effective board action on Corporate Responsibility» (2006, BITC/FTSE Group/Insight Investment).

Un grupo de interés es el colectivo, que tiene un interés legítimo en un proyecto empresarial, en una apuesta con riesgos económicos, pero también éticos, sociales y ambientales. La gestión de la relación con las partes interesadas es vital, hasta el punto de que el desempeño de los clientes y de los proveedores está íntimamente ligado al desempeño de la propia organización, por lo que es crítico asegurar la fortaleza de la gestión de los riesgos de todos los eslabones de la cadena de valor. Entender la manera en la que las partes interesadas están afectadas por el riesgo permite a la empresa anticiparse e involucrarlas en la búsqueda de soluciones para reducir el riesgo.

La interrelación de los riesgos aconseja aproximarse a la gestión del riesgo de una manera holística y coordinada, compartiendo el propietario del riesgo las soluciones con todas las partes interesadas. Esta perspectiva cuestiona las antiguas posiciones de confrontación entre la empresa y algunos colectivos de la sociedad civil para dar origen a alianzas y espacios de cooperación y

beneficio mutuo. Los enfoques de suma cero han sido superados por estrategias «ganar-ganar» en las que la colaboración entre la empresa y sus públicos para reducir los riesgos éticos, sociales y ambientales ha demostrado ser el modo más efectivo para compartir los riesgos y para hallar soluciones de valor económico, social y ambiental para todos los interlocutores.

Todo lo anterior configura una nueva dimensión que *sitúa* la gestión del riesgo en un entorno que condiciona las decisiones y acciones de la empresa y en la que, para satisfacer sus demandas, es preciso aplicar una serie de principios de gestión.

a) Globalidad.

La gestión del riesgo ético, social y ambiental debe abarcar todo el conjunto de las actividades de la empresa y debe integrar las expectativas de todas de las partes interesadas que reciben el impacto social y ambiental derivado de los procesos y productos de la organización.

b) Proporcionalidad.

Las expectativas que mantienen las partes interesadas sobre la gestión de los riesgos tienen una relación directa con la severidad del impacto social y ambiental de la actividad de la empresa. Así, la gestión del riesgo debe ser proporcional y dedicar esfuerzos prioritarios a los riesgos críticos y a las actividades de la empresa relacionadas con sectores controvertidos o especialmente sensibles para las partes interesadas.

c) Transparencia y participación.

Gestionar los riesgos con transparencia sitúa a la empresa en un marco de confianza con las partes interesadas, que pueden aceptar posibles efectos negativos ante la perspectiva de ganancias superiores, pero que nunca aceptan la opacidad o el engaño en la gestión de las actividades de la empresa. Los gestores de la empresa deben implicar a las partes interesadas y facilitar su participación compartiendo con ellas la información disponible y estableciendo canales de comunicación para atender sus expectativas.

d) Mejora continua.

La gestión del riesgo ético, social y ambiental es un proceso de mejora continua, una senda hacia la excelencia por la que se avanza mediante una optimización recurrente del Sistema de Gestión del riesgo ético, social y ambiental que ofrezca mejoras progresivas en el desempeño de la empresa en relación con el riesgo.

e) Orientación al negocio y a la creación de valor.

Las actividades empresariales no son simplemente arriesgadas o seguras, sino que son rentables y ofrecen un adecuado retorno económico, social y ambiental en función del riesgo asumido. Las decisiones de gestión del riesgo ético, social y ambiental deben orientarse a la generación de negocio y deben analizarse en términos de rentabilidad y creación de valor para todas las partes interesadas.

f) Proactividad.

El enfoque reactivo es propio de la empresa que gestiona el riesgo sólo a efectos de cumplimiento y respuesta ante las crisis. El enfoque táctico prepara a la organización, pero sólo la aproximación estratégica permite a la empresa anticiparse, estimular la comunicación temprana con las partes interesadas, tomar medidas de valor social y ambiental y transformar las amenazas en oportunidades.

g) Independencia.

La toma de decisiones basada en el principio de independencia evita la acumulación de responsabilidades y los problemas de agencia derivados de los conflictos de interés, al separar las funciones de los miembros de la organización que originan los riesgos y los miembros que deciden si esos riesgos son aceptables y bajo qué condiciones la empresa está dispuesta a asumirlos.

h) Precaución.

La gestión del riesgo implica la toma de decisiones en las que el principio de precaución juega un papel fundamental para completar la insuficiencia y la indeterminación que tenemos y tendremos siempre en el ámbito del conocimiento del entorno social y ambiental.

El principio de precaución es fundamental en la tradición europea del tratamiento de los problemas ambientales y sociales. Así, en la conferencia de Bergen de 1990 se acordó que las medidas ambientales deben anticipar, prevenir y atacar las causas de la degradación ambiental, y que en caso de amenazas de daños ambientales irreversibles, la falta de certidumbre científica no debe ser un motivo para posponer la implantación de las medidas necesarias para prevenir el deterioro del medio ambiente.

También las Naciones Unidas asumen el principio de precaución. La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo afirma que «con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el enfoque de precaución», y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas establece en su séptimo principio que «las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente».

El principio de precaución es base fundamental de las soluciones ampliamente aceptadas para la gestión del riesgo. No es tanto un principio de aplicación inmediata como parte del sistema compartido e institucionalizado para reducir las consecuencias negativas de la actividad empresarial en los sistemas social y ambiental, sistemas de los que nuestro conocimiento sobre su salud y resiliencia es bastante limitado.

3.1. Beneficios de la gestión del riesgo

La gestión del riesgo ético, social y ambiental contribuye de forma esencial a la consecución de los objetivos generales de la empresa y, por tanto, a mejorar la probabilidad de supervivencia y

éxito financiero a largo plazo de la organización. Más específicamente, algunos de los beneficios de la gestión del riesgo ético, social y ambiental son los siguientes:

1. Creación de valor procedente de la mejora de los activos financieros y de los activos intangibles. En el primer caso, la gestión del riesgo ético, social y ambiental refuerza la conexión directa entre el riesgo y el desempeño financiero de la empresa. Es tradicional la participación de la evaluación de riesgos en la planificación financiera; sin embargo, todavía es muy reciente y parcial la expresión en términos financieros de los impactos sociales y ambientales de la empresa.

En cuanto al valor intangible, la capacidad de gestión del riesgo ético, social y ambiental es un activo intangible de la empresa, por lo que una gestión adecuada del riesgo es fuente de creación de valor. Los intangibles son cada vez un componente más relevante en el valor de la empresa. La evidencia empírica demuestra esta tendencia que se manifiesta en la progresiva divergencia entre la capitalización y el valor en libros de las empresas, las diferencias de Price Earning Ratio (PER) entre las compañías o las primas pagadas por empresas adquiridas a precios muy superiores a los del valor de sus activos tangibles. Intangibles como la reputación, la confianza y la marca se fortalecen como consecuencia de la gestión proactiva del riesgo ético, social y ambiental.

En este sentido, son esclarecedores los datos que arroja una encuesta de CSR Europe (2003), en la que el 79% de los gestores de fondos de inversión y analistas financieros afirma que la gestión del riesgo social y ambiental tiene a largo plazo un impacto positivo sobre el valor de mercado de las empresas. Valor que refleja los beneficios que obtiene una empresa pero, por encima de todo, las expectativas sobre la capacidad de generar beneficios futuros. Como se ha visto en muchas ocasiones, las conductas irresponsables dañan la capacidad de una empresa para generar beneficios, pues afectan a su reputación, al desempeño del negocio e incluso ponen en peligro el mantenimiento de la licencia para operar otorgada por las partes interesadas.

En este sentido, es una feliz coincidencia que hacer bien las cosas sea también más rentable para la empresa. Sin embargo, y ésta es una tesis fuerte, la rentabilidad no puede justificar la RSC. Éste es un problema metaeconómico y un fin último. Aun así, el argumento tiene interés para los escépticos. Efectivamente, en un mercado cambiante, la creciente demanda de comportamientos responsables supone una oportunidad de negocio para aquellas empresas que entiendan e incorporen estas demandas en sus operaciones comerciales.

2. Mejora del perfil global de riesgo de la empresa y de la planificación estratégica de la organización como resultado de una mejor comprensión de los riesgos y una reducción de la exposición de la organización derivada de la gestión de la cartera de riesgos con origen en los impactos potenciales de carácter social y ambiental de los productos y actividades de la empresa.
3. Mejora de la gestión general de la empresa. La gestión del riesgo ético, social y ambiental contribuye al proceso de toma de decisiones, ampliando la información disponible y presentando datos más completos de una realidad multidimensional, y no sólo del ámbito económico, sino también del social y ambiental. Dirigir una empresa es un proceso continuo

de toma de decisiones. Para ello es fundamental contar con un enfoque estructurado y sistemático para la toma de decisiones informadas que abarque los aspectos éticos, sociales y ambientales y permita a la empresa desarrollar su inteligencia, su capacidad de distinguir y de revelar lo invisible, capacitándola para elegir las mejores decisiones.

4. Capacidad de innovación. La gestión del riesgo ético, social y ambiental es una palanca que impulsa la capacidad de innovación de la empresa que, en su adaptación permanente al entorno, cambia continuamente minimizando las amenazas y maximizando las oportunidades que se le presentan al implantar soluciones nuevas que responden a demandas nuevas de las partes interesadas.
5. Gestión de las crisis. Casi todas las empresas pasan una crisis, y su futuro pasa a depender de la capacidad de afrontarla con éxito. Algunas organizaciones se debilitan o incluso desaparecen por crisis de origen ético, social o ambiental, mientras que otras se fortalecen al gestionar adecuadamente las crisis, situaciones que producen la aparición de incertidumbres que limitan la eficacia de los elementos protectores de la empresa y que favorecen su cambio. La gestión del riesgo aplicada a las condiciones normales y excepcionales de operación facilita la identificación temprana de las potenciales perturbaciones que pueden afectar al equilibrio del sistema-empresa, posibilitando la gestión exitosa de las crisis.
6. Control y eficiencia de las operaciones. La implantación de un sistema de gestión del riesgo implica crear una estructura y procesos que faciliten que las operaciones se mantengan bajo control y sus resultados (incluidos los impactos sociales y ambientales) sean los previstos. Del mismo modo, la mejora progresiva de la gestión social y ambiental y el mejor uso de los recursos apoyan los avances en la eficiencia operativa de la organización.
7. Asignación más eficiente del capital y de los recursos. La visión integrada de las amenazas y oportunidades del negocio mejora la planificación y la identificación de prioridades, lo que permite comparar el riesgo de las distintas alternativas de inversión y dedicar los recursos a las actividades más eficientes desde el punto de vista de la relación entre el riesgo y su rendimiento económico, ético, social y ambiental.
8. Acceso al capital económico e intelectual. Cada vez es mayor la importancia de las consideraciones éticas, sociales y ambientales en las decisiones de inversión, por lo que las empresas que gestionan adecuadamente estos riesgos tienen mejor acceso, y en mejores condiciones, al capital que les permite financiar sus proyectos. Asimismo, la empresa necesita atraer y desarrollar el talento, fuente de todas las ventajas competitivas y que tiende a formar parte de organizaciones con las que comparte valores y objetivos.
9. Cumplimiento legal y de estándares éticos y de RSC. Asegurar el cumplimiento de los requisitos legales de carácter social y ambiental es uno de los motivos para que la empresa gestione todos sus riesgos. La profusión de la legislación, su permanente revisión y el paso de una legislación basada en el peligro a otra basada en el riesgo exige a la empresa la implantación de mecanismos de evaluación periódica del cumplimiento legal. Sin embargo, las obligaciones legales son un mínimo a partir del cual se logran desempeños éticos, sociales y ambientales más exigentes que se materializan en forma de recomendaciones y estándares voluntarios que recogen las demandas de las partes interesadas y las mejores prácticas de gestión.

10. Seguridad e impactos del producto. La gestión del riesgo reduce la magnitud y frecuencia de los impactos sociales y ambientales negativos del producto, no sólo en el consumo sino a lo largo de todo el ciclo de vida del producto, «de la cuna a la tumba», considerando, por ejemplo, la eficiencia energética en el diseño del producto, las condiciones laborales de los proveedores o los residuos generados por el uso del producto.
11. Planificación financiera. La traducción a términos financieros de los riesgos éticos, sociales y ambientales de la empresa permite evaluar el coste de las diferentes opciones de reducción del riesgo y, por tanto, decidir hasta qué punto la empresa puede comprometer sus recursos financieros en la optimización de los riesgos.
12. Conocimiento de la empresa y comprensión del entorno social y ambiental. La gestión del riesgo implica la recopilación y tratamiento de información económica, social y ambiental expresada en «diferentes lenguajes» que es preciso conciliar y relacionar para poder interpretar una realidad cada vez más compleja e interrelacionada. A su vez, permite avanzar en la senda de la máxima socrática del conocerse a sí mismo, requisito esencial para que la empresa sea capaz de dar respuesta a los riesgos éticos, sociales y ambientales que se van a materializar a lo largo de su vida.
13. Comunicación. La gestión del riesgo ético, social y ambiental establece un marco que fomenta la identificación y comunicación temprana de los riesgos, así como la interlocución con las partes interesadas como la mejor forma para implantar las medidas de tratamiento del riesgo que crean valor y atienden a las necesidades de las partes interesadas.

Dificultades de la gestión del riesgo

Como se ha visto, son múltiples los beneficios potenciales de la gestión del riesgo ético, social y ambiental, pero aprovechar estas ventajas implica el reto de enfrentarse a las dificultades que presenta su gestión. Algunos obstáculos que la empresa debe vencer están relacionados con la complejidad del riesgo ético, social y ambiental, las limitaciones metodológicas, la asociación del riesgo con pérdida y el optimismo con el que los gestores evalúan su capacidad para reducir el riesgo.

Los sistemas sociales y ambientales están compuestos por numerosos elementos que interactúan entre sí y con elementos de otros sistemas, creando relaciones de gran complejidad e introduciendo un alto grado de incertidumbre en las consecuencias derivadas de cambios en los elementos y relaciones de los sistemas. A esto se une la extensa red de partes interesadas y, en ocasiones, la falta de vínculos claros entre las causas y los efectos sociales y ambientales.

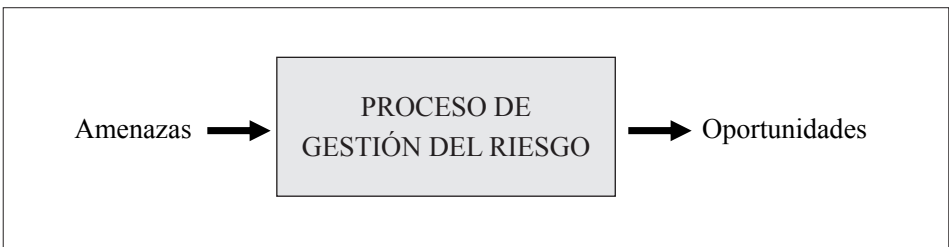
En este entorno, las decisiones empresariales a menudo se toman sobre la base de asunciones acerca de potenciales impactos que pueden aparecer a muy largo plazo o a una escala global, como por ejemplo los efectos sobre las generaciones futuras de las operaciones de la empresa. Esta dificultad para hacer proyecciones de los impactos sociales y ambientales implica que a menudo las decisiones empresariales se tomen con un gran componente de incertidumbre científica sobre sus potenciales consecuencias.

A la corta historia de los modelos de gestión del riesgo ético, social y ambiental hay que añadir los problemas científicos que todavía están por resolver. La sobreconfianza en la ciencia puede llevar a decisiones equivocadas, tomadas sobre la base de un conocimiento insuficiente de los problemas éticos, sociales y ambientales. Por otra parte, cuando el conocimiento científico es adecuado, suele serlo sobre una parte del problema, lo que dificulta el análisis necesariamente global de los riesgos.

En este escenario de incertidumbre la empresa debe aplicar el principio de precaución. Pero de nuevo surge la duda. ¿En qué medida la empresa debe ser precavida? ¿«Cuánta» precaución es suficiente? El desarrollo científico y del *management* todavía no da respuesta a estas preguntas. Un ejemplo ilustrativo y de actualidad son los riesgos asociados al cambio climático. Riesgos globales y con múltiples impactos (económicos, sociales y ambientales), sin precedentes conocidos y escaso consenso científico, con consecuencias en el largo plazo para una variedad de partes interesadas (incluso toda la humanidad) y con una creciente presión social sobre la empresa. Pero aunque haya incertidumbres científicas y las consecuencias sean hipótesis o resulte difícil conocer la contribución de la empresa al cambio climático, por precaución y ante la magnitud de las consecuencias de no hacer nada, la empresa responsable tomará medidas para reducir su aportación al calentamiento global.

3.2. Proceso de gestión del riesgo

La gestión del riesgo ético, social y ambiental es el conjunto de actividades (diseño, organización, coordinación y ejecución) de dirección y control de una empresa relacionadas con el riesgo ético, social y ambiental. Estas actividades se articulan en un proceso de gestión iterativo basado en el principio de mejora continua que, en un nivel óptimo, transforma las amenazas sociales y ambientales en oportunidades para la empresa y el conjunto de sus partes interesadas.

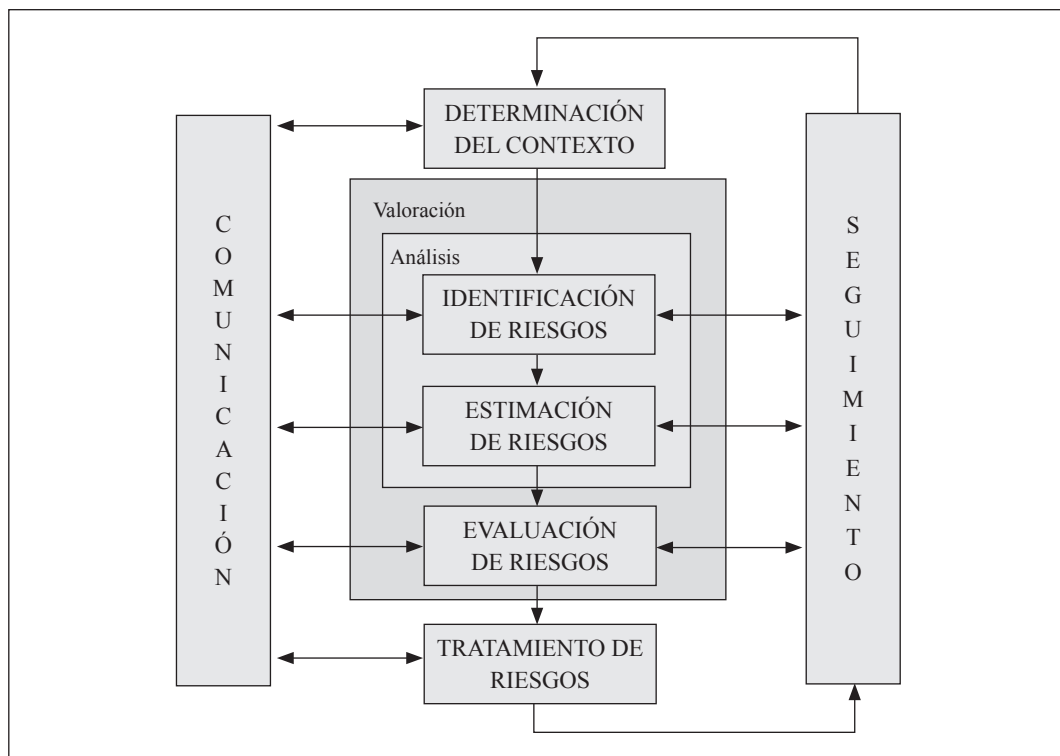


Las actividades de gestión del riesgo ético, social y ambiental se ordenan en una serie de etapas secuenciales de determinación del contexto, identificación, estimación, evaluación y tratamiento de riesgos. La eficacia del proceso exige un seguimiento que permita la realimentación del proceso y la identificación de áreas de mejora, y una comunicación fluida y abierta con las partes interesadas.

La falta de transparencia es una de las principales debilidades de gestión de la empresa y el principal fallo del mercado. Una de las reglas del juego fundamentales que debe respetarse y promoverse es la transparencia, condición necesaria para que los mercados funcionen de forma eficiente,

pues es el principal elemento para la construcción y fortalecimiento de la confianza entre la empresa y las partes interesadas. Sin ella, los costes de transacción hacen inviables muchos acuerdos, reduciendo así el potencial de desarrollo de la economía y del bienestar de la sociedad.

La empresa debe mantener registros de las acciones llevadas a cabo en cada una de las fases del proceso, de manera que se documente la implantación del proceso y se disponga de evidencias que soporten la auditoría del proceso.



3.2.1. Determinación del contexto

En esta fase, la empresa establece el marco general, entorno, objetivos estratégicos y principios orientadores de la gestión del riesgo ético, social y ambiental. Es una etapa esencial cuyo resultado debe ser consecuencia de una reflexión profunda acerca de los impactos sociales y ambientales de la empresa y de su responsabilidad ante las partes interesadas.

El entorno incluye el contexto externo y el contexto interno. Por un lado, la empresa identifica las partes interesadas y sus objetivos, así como las relaciones que la organización mantiene con ellas, incluyendo las debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades derivadas de esos vínculos. Por otra parte, el contexto interno incluye los valores, objetivos y estrategia de la empresa. Una definición deficiente del contexto interno puede llevar al establecimiento de objetivos de gestión del riesgo, incompatibles con los objetivos generales de la empresa.

En este momento la organización establece su compromiso en relación con la gestión del riesgo y da respuesta a las cuestiones básicas: ¿qué es la gestión del riesgo ético, social y ambiental? ¿Por qué gestionar estos riesgos? ¿Qué esperar de esta gestión?

La definición del contexto ayuda a la empresa a identificar su situación actual y a construir una visión de la posición que aspira a tener, lo que permite centrarse en las áreas de mejora prioritarias. Adicionalmente, el contexto definido debe:

- Facilitar la coordinación entre las diferentes actividades de gestión del riesgo.
- Ser simple, comprensible y motivador de la identificación del riesgo.
- Estar alineado con la misión, estrategia y cultura de la empresa.
- Establecer las responsabilidades de la gestión del riesgo.
- Facilitar la definición de objetivos de gestión del riesgo.
- Establecer una base para el diálogo con las partes interesadas.
- Hacer referencia al cumplimiento de los requisitos legales y voluntarios.
- Ser sensible a los cambios del entorno y compatible con los valores sociales.
- Contribuir a la mejora del gobierno corporativo con relación al riesgo.

El contexto de la gestión del riesgo ético, social y ambiental incluye el establecimiento de la estructura del análisis a desarrollar y la definición del criterio de aceptación y rechazo de riesgos éticos, sociales y ambientales que determine el apetito de riesgo de la empresa.

Los criterios de aceptación y rechazo de riesgo ético, social y ambiental suelen hacer referencia a principios éticos, costes y beneficios asociados, requisitos legales, valores sociales, preocupaciones de las partes interesadas, mejores prácticas del sector, capacidad de control por la empresa y otros elementos de la estrategia de sostenibilidad de la organización.

La empresa debe asegurarse de que su apetito de riesgo está claramente definido y de que es conocido por todos los miembros de la organización y las partes interesadas, contribuyendo así a la definición de un marco fértil que facilite la toma de decisiones encaminadas a aprovechar las oportunidades derivadas del riesgo.

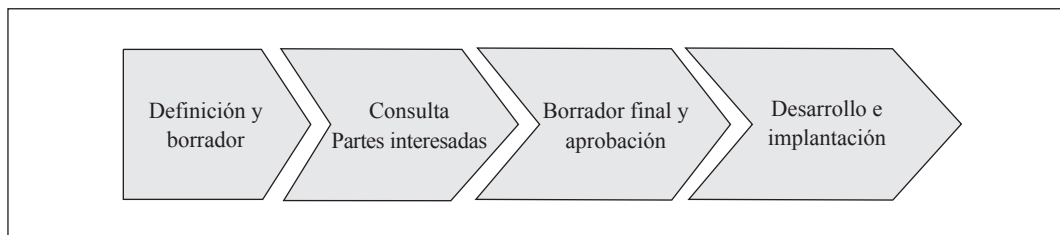
Una alternativa para establecer el contexto del sistema de gestión es la política de riesgo ético, social y ambiental, documento en el que la empresa establece la dirección general y el conjunto de intenciones y principios que orientan su gestión del riesgo ético, social y ambiental. El proceso de elaboración y desarrollo de la política incluye:

- a) Definición de la política y redacción un borrador inicial. La identificación de los aspectos relacionados con el riesgo ético, social y ambiental, la determinación del ámbito de influen-

cia, el establecimiento del alcance de la política y los parámetros de responsabilidad son las tareas que comprenden esta fase.

- b) Consulta con las partes interesadas. La interacción con las partes interesadas facilita la integración de sus preocupaciones sociales y ambientales en la política de la empresa y asienta las bases de una relación con el entorno basada en la confianza y en los riesgos compartidos.
- c) Redacción y aprobación de la versión final. La aprobación de la política por parte de la alta dirección supone un compromiso más profundo y es el primer paso para crear una cultura de prevención y gestión del riesgo.
- d) Implementación de la política. El valor se crea en la implantación de la política, para lo que serán necesarios, como se verá más adelante, elementos tales como la comunicación, formación, sistemas de gestión, control y reporte.

Elaboración y desarrollo de la política de riesgo ético, social y ambiental



3.2.2. Valoración de riesgos

La valoración de riesgos es el proceso general de análisis y evaluación de riesgos. A su vez, el análisis se compone de la identificación y estimación de riesgos.

Identificación de riesgos

La fase de identificación de riesgos tiene como propósito identificar los riesgos a los que la empresa está expuesta y cuya incertidumbre está asociada a sucesos con potenciales consecuencias sociales y ambientales. La identificación incluye la descripción completa de los riesgos éticos, sociales y ambientales, para lo que es preciso hacer referencia a lo que puede ocurrir, por qué y cómo puede suceder.

La identificación de los riesgos exige la construcción de una visión de la empresa que integra los aspectos éticos, sociales y ambientales, así como el conocimiento profundo de la organización y del entorno en el que opera.

Metodologías para la identificación temprana de riesgos éticos, sociales y ambientales son, entre otras, el mapa de partes interesadas, el análisis de los aspectos éticos, sociales y ambientales,

la identificación de requisitos legales y voluntarios de RSC, *benchmark* de la competencia, análisis de escenarios, tormenta de ideas, taller de riesgos, investigación de incidentes, entrevistas, inspecciones, auditorías éticas, sociales y ambientales, o estudios HAZOP (Hazard & Operability Studies). Por su sencillez y eficiencia, una metodología muy habitual es el uso de listas de verificación en forma de cuestionario sobre los procesos, cumplimiento legal, sistemas de gestión, etc., de las que se obtienen respuestas valoradas cualitativa o cuantitativamente.

Sea cual sea la metodología utilizada, y puesto que la empresa y el entorno cambian permanentemente, la identificación debe ser sistemática y periódica para asegurar que se han identificado todas las actividades relevantes de la empresa y todos los riesgos éticos, sociales y ambientales que esas actividades implican.

Estimación

La estimación de los riesgos es el proceso de determinación de la probabilidad y de las consecuencias de los riesgos. El resultado de la estimación ofrece el perfil de riesgo ético, social y ambiental de la organización y la exposición global de la empresa, medida por la envolvente de todos los riesgos.

Algunas de las técnicas utilizadas para la estimación de riesgos son: estudios de mercado, prospección, modelos de dependencia, modelos de opción real, inferencia estadística, medidas de tendencia central y dispersión, postulación de escenarios, Análisis de Modos de Fallo, Efectos y Costes (AMFEC), árbol de sucesos o índices Dow/Mond. Estos últimos proporcionan información sobre la posición relativa de los riesgos por medio de un mecanismo de bonificaciones y penalizaciones. La elección de la técnica a utilizar responde a las necesidades de cada empresa. Una buena práctica es empezar con las técnicas más sencillas para ir aplicando de forma progresiva las más complejas. En todo caso, la metodología utilizada debe validar el principio de que cuanto más aproximada sea menor debe ser el riesgo estimado.

La estimación puede ser cualitativa o cuantitativa en términos de probabilidad de ocurrencia del suceso y de sus posibles consecuencias, y puede abarcar costes, beneficios (oportunidades) y demandas o expectativas de las partes interesadas.

Para una estimación cuantitativa del riesgo suele utilizarse la definición matemática de riesgo = probabilidad $\times$ consecuencias, lo que permite estimar los riesgos con el objetivo de jerarquizarlos y obtener así una categorización de los riesgos en función de su valor estimado.

Probabilidad	Valor
Rara	1
Improbable	2
Moderada	3
Probable	4
Casi segura	5

Consecuencias	Valor
No relevantes	1
Leves	2
Moderadas	3
Graves	4
Críticas	5

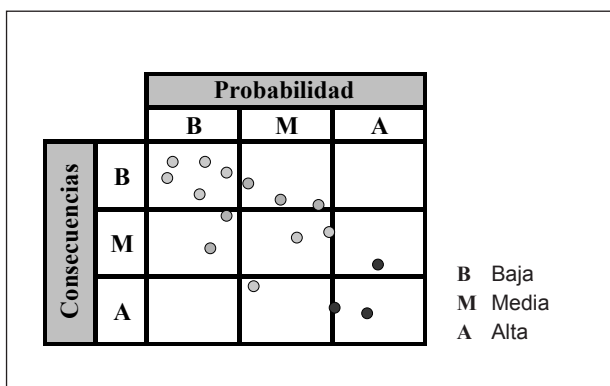
Escenario	Probabilidad	Consecuencias	Riesgo
E_1	2	3	6
E_2	3	1	3
E_3	1	5	5
E_4	5	2	10
...			
E_n			

Para dotar de objetividad la asignación del valor es aconsejable establecer un criterio determinado para asignar una probabilidad u otra a un suceso y evitar así la toma de decisiones y la influencia de las percepciones personales en los resultados de la estimación. Por ejemplo, si la probabilidad es menor a 0,01 puede considerarse rara, y si es mayor a 0,80 puede considerarse casi segura.

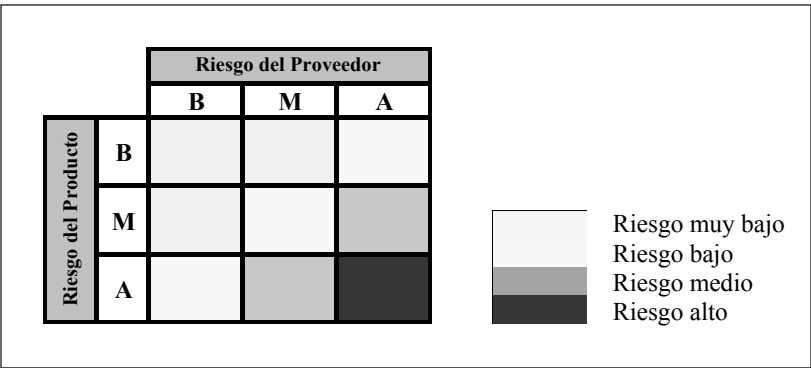
Análogamente, conviene establecer un criterio para estimar las consecuencias que pueden medirse de muchas maneras (número de personas afectadas, cantidad de contaminantes emitidos, superficie o volumen afectado...). Una solución práctica es expresar las consecuencias en unidades económicas, método que facilita la comparación entre diferentes consecuencias e incorpora el coste total de las consecuencias a fin de obtener una verdadera responsabilidad financiera, permitiendo así tomar decisiones adecuadas en relación con el alcance de las medidas de optimización de riesgos al asegurar que el coste de éstas está en consonancia con las responsabilidades económicas en las que es posible incurrir. Expresar en términos financieros el impacto de un suceso iniciador de escenarios de riesgo también facilita la transferencia de riesgos a las compañías aseguradoras.

Por otro lado, la expresión financiera de los riesgos éticos, sociales y ambientales pone de manifiesto los vínculos directos entre el resultado financiero de la empresa y su desempeño ético, social y ambiental, facilitando una visión global de los impactos de la organización al traducir al lenguaje de la gestión económica los aspectos éticos, sociales y ambientales de la empresa.

La combinación de la probabilidad y de las consecuencias de los diferentes sucesos permite construir el mapa de riesgo de la empresa, en el que se representa gráficamente la exposición global de la organización al riesgo ético, social y ambiental.



Se produce una aplicación interesante de la estimación del riesgo ético, social y ambiental respecto al riesgo que la empresa asume en su relación con los proveedores. Así, por ejemplo, un mapa del riesgo ético, social y ambiental podría ser el siguiente, donde se asigna una categoría de riesgo a los proveedores por su desempeño ético, social o ambiental y se asigna una categoría de riesgo a los productos comprados en función de su impacto social o ambiental.



3.2.3. Evaluación

Una vez estimados todos los riesgos se evalúan, comparándolos con el criterio de aceptación o rechazo de riesgos establecido por la empresa. La evaluación implica, por tanto, la jerarquización de los riesgos y una decisión por parte de la organización acerca de la prioridad y aceptación de un determinado riesgo.

Igual que la empresa, la sociedad también decide qué riesgos está dispuesta a asumir y qué riesgos rechaza. Si la empresa explicita los criterios de tolerancia al riesgo, facilita el diálogo y, en su caso, la negociación con sus partes interesadas. La convergencia de los criterios de aceptación de riesgos de la organización y de la sociedad reduce los costes de transacción que la empresa y las partes interesadas soportan en la negociación de los riesgos éticos, sociales y ambientales.

La evaluación del riesgo incluye una valoración de lo que el riesgo significa para los interesados y que en gran medida depende de cómo perciben el riesgo. En la percepción del riesgo influyen las creencias, actitudes, juicios y sentimientos de las personas, así como un conjunto amplio de valores sociales que todos adoptamos respecto a los riesgos y sus beneficios. La percepción del riesgo es determinante para establecer si un riesgo se estima aceptable y si las medidas de tratamiento se consideran las adecuadas.

Se trata, por tanto, de responder a dos cuestiones: ¿qué nivel de riesgo es aceptable? ¿Para quién debe ser aceptable? La gestión del riesgo lleva a elegir las acciones que permitan conseguir el nivel de seguridad deseado. La determinación por la empresa del nivel aceptable de riesgo debe basarse en el nivel de riesgo ética y socialmente aceptable, que se plasma tanto en los requisitos legales como en los

estándares de mejores prácticas éticas, sociales y ambientales del sector. En definitiva, un riesgo debería ser aceptable para la empresa si y sólo si es aceptable también para sus partes interesadas.

La toma de decisiones para establecer si un riesgo es aceptable puede realizarse de diferentes maneras. En unas ocasiones, la complejidad de los riesgos requiere la participación de expertos. En otras, los precedentes y los datos históricos orientan la toma de decisiones. Una tercera posibilidad es tomar la decisión más eficiente con base en esquemas teóricos que modelizan las posibles alternativas.

En definitiva, la evaluación del riesgo debe incluir no sólo la perspectiva de la empresa, sino también la de las partes interesadas. Por ejemplo, es radicalmente diferente la percepción del riesgo que tiene su origen en un peligro impuesto por la empresa o acordado con sus partes interesadas. Contrastar la evaluación interna con la percepción de las partes interesadas permite identificar las áreas de discrepancia y coincidencia, lo que mejora la eficacia de las acciones de tratamiento del riesgo.

Si la empresa no tiene en cuenta la opinión de su entorno puede aceptar riesgos que las partes interesadas no consideran aceptables, lo que genera un rechazo inmediato de las decisiones de la empresa y una pérdida de la confianza depositada en la organización.

La combinación de la diferente percepción del riesgo y la disposición de las partes interesadas a cooperar con la empresa presenta situaciones diferentes que requieren una estrategia adecuada a cada una de ellas.

Percepción del riesgo	Positiva	Vigilar	Involucrar
	Negativa	Empatizar	Cooperar
		Potencial de cooperación	
		Bajo	Alto

Los escenarios de percepción positiva del riesgo son a priori los mejores para la empresa, pero no están exentos de una estrategia que debe ser definida e implementada con decisión para evitar su transformación en una situación desfavorable. Así, si la empresa interactúa con una parte interesada con un alto potencial de cooperación, la involucrará en la gestión del riesgo. Si el potencial de cooperación es bajo, la empresa debe vigilar la situación y anticiparse a un cambio en la percepción del riesgo.

En las situaciones en las que la percepción del riesgo sea negativa, la empresa tiene que hacer un especial esfuerzo de gestión. Cuando el potencial de cooperación de las partes interesadas es alto, la empresa debe desarrollar una estrategia de cooperación para desarrollar esa capacidad. El éxito de la cooperación dependerá de la sinceridad y de la confianza mutua. Si las partes interesadas no perciben una reciprocidad en su cooperación retirarán la confianza en la habilidad de la empresa para gestionar los riesgos.

La situación más comprometida para la empresa es aquella en la que la percepción negativa se combina con un potencial de cooperación bajo de las partes interesadas o, incluso, con una posi-

ción contraria y beligerante que puede incluir boicots y otras acciones contra la empresa. Evitar esos extremos exige que la organización haga un esfuerzo de empatía y proactividad con las partes interesadas que ayude a acordar soluciones de equilibrio y beneficio mutuo para que los afectados por la actividad de la empresa reciban un valor acorde a su exposición al riesgo.

La subjetividad de la evaluación del riesgo ha llevado durante un tiempo a separarla de la estimación «científica» del riesgo. Las aproximaciones modernas de la gestión del riesgo han superado esta visión y en la actualidad se acepta ampliamente que los valores y juicios de las partes interesadas afectan tanto a la estimación como a la evaluación del riesgo. La realidad es que el conjunto de creencias y actitudes de las personas, los valores sociales e incluso los sentimientos compartidos hacia los peligros y sus beneficios afectan a todas las fases de la gestión del riesgo. Asumiendo los parámetros sociales en los que la empresa gestiona el riesgo ético, social y ambiental, lo crítico en la evaluación es establecer unos criterios de decisión claramente definidos y ampliamente conocidos.

Evaluación: tomando decisiones

Como se ha dicho más arriba, la evaluación de los riesgos implica la toma de decisiones por parte de la empresa. Decisiones que no son ética ni socialmente neutrales y que plantean a las organizaciones el reto de la integración en sus procesos de toma de decisiones de los principios éticos y de las demandas y expectativas sociales y, por tanto, del desarrollo de sus actividades en un marco de operaciones orientado por la prudencia y la confianza necesaria en entornos de incertidumbre. A través de estas decisiones, las empresas (sus directivos, empleados y accionistas) condicionan la actividad empresarial y, por tanto, los cambios que esta actividad genera en la sociedad. En sus manos está promover la Ética y la Responsabilidad Social Corporativa en la medida en la que eligen la finalidad de sus inversiones, los impactos sociales de las mismas y las reglas de juego de las relaciones con sus partes interesadas.

Lejos de ser una función mecánica de intermediación, los directivos e inversores ejercen una función de higienización de los proyectos de inversión, eligiendo unas alternativas frente a otras y canalizando los recursos financieros, naturales y humanos hacia las inversiones económicamente más eficientes, socialmente más justas y ambientalmente más sostenibles. Como decía ORTEGA Y GASSET, la responsabilidad viene dada por el mero hecho de elegir. En la empresa, responsabilidad acerca de las consecuencias de sus actos y responsabilidad ante sus partes interesadas.

Efectivamente, los sucesos que siguen a los actos de decisión como consecuencia de ellos son generadores de nuevas realidades. En sí mismo, el acto de decisión implica una forma de interacción y de compromiso con el entorno. La decisión pura, acto libre, autónomo y consciente, el concepto racionalista de decisión, es útil como hipótesis cero (POPPER), como referencia a las condiciones de racionalidad perfecta e información completa, pero no responde a las necesidades de la empresa. Las decisiones de la empresa son respuestas a situaciones decisionales del entorno, seleccionadas entre múltiples alternativas. La empresa es más que nunca la empresa y sus circunstancias. Una decisión no es nunca un acto aislado, como tampoco lo es la empresa.

Lo que diferencia los problemas de decisión de cualquier problema teórico o práctico de las ciencias de la naturaleza. En el dominio de la física, el problema es totalmente externo al sujeto que

intenta resolverlo. En una situación de decisión, la mitad del problema que hay que resolver se encuentra en el sujeto decisor. Interna al sujeto es la función que quiere optimizar, es decir, las finalidades perseguidas, las preferencias (que no son moralmente neutrales) que le llevan a resolver una situación decisional poniendo los medios para hacer pasar el complejo empresa-entorno de un estado actual a una situación más deseable. Tan interna y subjetiva es dicha función que no se puede generalizar a otros sujetos, y a veces ni siquiera al mismo sujeto en otros momentos de su vida.

Es esencial, por tanto, contar con directivos que compartan con la empresa una función objetivo en la que se maximice el valor creado para todas las partes interesadas, integrando así la misión y la estrategia de la empresa en las expectativas y demandas de las partes interesadas. Por otro lado, es el reconocimiento de una estructura de propietarios más amplia. Esto último tiene implicaciones importantes. Las principales son la multiplicación de los conflictos de agencia y mayor poder de control de las partes interesadas. Efectivamente, ahora el agente debe responder no sólo a los intereses de los accionistas sino también a los de otros principales (en terminología de la Teoría de la Agencia), que son las partes interesadas de la empresa.

Una forma de humanismo nuevo es necesaria para responder a las solicitudes del mundo moderno, pues la racionalidad mecánica es moralmente muda. La gestión racional, por encima de la eficiencia en el uso de los recursos, implica una mayor transparencia de finalidades globales, lo que lleva a una partición más equitativa del poder y de la responsabilidad, el mayor problema social de la empresa. En este sentido, es ilustrativa la aportación de Max WEBER, que apuntó la doble realidad de la empresa al distinguir entre racionalidad de los medios y racionalidad de los fines, esta última asociada a los valores sociales y a los principios éticos de la empresa.

3.2.4. *Tratamiento del riesgo*

El tratamiento del riesgo es el proceso de selección y aplicación de medidas para modificar el riesgo y llevarlo a un nivel aceptable para la empresa y las partes interesadas. El tratamiento incluye la identificación, evaluación y selección de las opciones de tratamiento, la preparación e implementación de los planes de tratamiento y el análisis y evaluación del riesgo residual.

Las opciones que la organización puede elegir respecto al tratamiento del riesgo son:

- Mitigar el riesgo reduciendo la probabilidad y limitando las consecuencias negativas de un suceso. La efectividad de la mitigación es función del grado en que el riesgo se reduce mediante las medidas propuestas.
- Eludir el riesgo decidiendo que la empresa no se implique o salga de una determinada situación de riesgo.
- Retener o asumir el riesgo aceptando las pérdidas o beneficios consecuencia de un riesgo. La retención de riesgos puede ser voluntaria, fruto de una decisión consciente o, como ocurre en muchas ocasiones, involuntaria. A menudo, la empresa retiene riesgos éticos, sociales

y ambientales porque no identifica los peligros que los originan o porque no realiza la valoración de los riesgos.

- Transferir el riesgo compartiendo con otra parte las pérdidas o beneficios consecuencia de un riesgo, siendo el mecanismo más habitual el seguro. Al transferir riesgos la empresa debe tener en cuenta las limitaciones legales a la transferencia de riesgos y que la transferencia de un riesgo puede dar origen a nuevos riesgos o a modificaciones en un riesgo ya existente. Por otro lado, es muy importante señalar que algunas pérdidas no pueden asegurarse, como por ejemplo, el deterioro de la reputación de la empresa.

Estas medidas no son excluyentes entre sí y a menudo se aplican de forma complementaria para el tratamiento de un mismo riesgo.

Cuando existen varias alternativas de tratamiento del riesgo que son factibles, la empresa debe seleccionar las mejores. Las decisiones de tratamiento del riesgo se basan en aspectos mucho más amplios que en los resultados de los análisis del riesgo. Además de la eficiencia económica, factores como los objetivos, poder y percepción del riesgo por parte de los clientes, trabajadores, organizaciones ambientalistas y otras partes interesadas influyen en la elección de las medidas de reducción del riesgo. Considerar los distintos factores económicos, sociales, políticos y culturales conduce inevitablemente a la toma de diferentes decisiones, dependiendo de los valores que imperen en cada sociedad. En consecuencia, es muy difícil alcanzar un consenso internacional en términos de reducción del riesgo, por lo que la empresa debe incorporar en su proceso de toma de decisiones los valores y percepciones de las partes interesadas para elegir las medidas de reducción del riesgo que garanticen una distribución equitativa de los costes y beneficios del riesgo.

Tras la selección de las opciones de tratamiento se documentan en un plan de tratamiento que recoge las responsabilidades, calendario, recursos, indicadores de medición y objetivos.

Una vez implantado el plan de tratamiento, es preciso hacer un seguimiento de los resultados obtenidos. Si tras el tratamiento todavía existe riesgo, la empresa debe decidir entre aceptarlo o aplicar un tratamiento adicional hasta que el riesgo alcance un nivel cuya aceptación sea compartida por la empresa y sus partes interesadas.

3.3. Sistema de gestión del riesgo

Aprovechar las oportunidades que proporciona la gestión del riesgo ético, social y ambiental sólo es posible mediante la aplicación de un sistema de gestión del riesgo formalmente definido y adaptado a las necesidades de cada empresa. Un sistema basado en la idea de gestión del riesgo como proceso compuesto por una serie de actividades que contribuyen a la mejora continua del desempeño económico, ético, social y ambiental de la empresa. Un proceso flexible que puede ser aplicado por cualquier organización independientemente de su actividad o dimensión y cuya eficacia depende de su adecuación a la naturaleza de la empresa y a las características de su entorno.

Gestión del riesgo como oportunidad vs. gestión del riesgo como amenaza	
Orientada a la creación de valor	Basada en el peligro
Optimización del riesgo	Reducción del riesgo
Estratégica y a largo plazo	Táctica y a corto plazo
Proactiva	Reactiva
Holística y coordinada	Fragmentada y desconectada
Transparente e innovadora	Opaca y <i>business as usual</i>
Diferencial: más que cumplimiento	Cumplimiento legal
Global e integral	Local y periférica
Comprometida y continua	Oportunista y puntual
Riesgo como portfolio	Riesgo como peligros individuales
Foco en los riesgos críticos	Sin jerarquía de riesgos
El riesgo es responsabilidad de todos	El riesgo no es mi responsabilidad
Consciencia de propiedad del riesgo	Riesgo sin propietarios

Para gestionar con eficacia el riesgo ético, social y ambiental la empresa debe utilizar herramientas innovadoras que ofrezcan soluciones a situaciones complejas y en muchas ocasiones sin precedentes. Un conjunto de mecanismos que configuran un sistema de gestión del riesgo basado en dos elementos cruciales: un sólido compromiso de la empresa para gestionar el riesgo y una eficaz comunicación con las partes interesadas para identificar los riesgos y las alternativas para optimizarlos.

3.3.1. Compromiso

El compromiso de la alta dirección de la empresa es fundamental para crear una cultura de gestión del riesgo y para sensibilizar a todos los miembros de la organización acerca de la importancia de la gestión del riesgo ético, social y ambiental.

Compromiso de la gestión del riesgo: Iberia y REE
Política de Responsabilidad Social Corporativa de Iberia (fragmento) Iberia trabaja con el fin de crear valor sostenible articulado sobre los tres ejes que constituyen la base de su desarrollo: el económico, el social y el ambiental. La consecución de este objetivo se realiza en primer lugar, trasladando a la gestión diaria de la empresa las inquietudes y el compromiso social y solidario que comparten todos los estamentos y empleados de la empresa, y adecuando continuamente los sistemas de gestión de procesos para adaptarlos a los cada vez más exigentes requerimientos normativos, a través de la evaluación de impactos de nuestras actividades sobre la sociedad y el entorno. Política de Responsabilidad Corporativa de Red Eléctrica de España (fragmento) • Promover las mejores prácticas de Gobierno Corporativo en la gestión, asegurando el cumplimiento de la legislación, la transparencia, la ética en los negocios y la adecuada gestión de los riesgos. • Mantener un compromiso firme y de carácter preventivo en la conservación del ambiente y en el uso racional de los recursos.

3.3.2. Planificación

La fase de planificación incluye el diagnóstico de la situación inicial, la fijación de objetivos de gestión del riesgo y el establecimiento de los programas a implantar para alcanzar esos objetivos.

La negociación y el acuerdo con las partes interesadas de los objetivos de gestión del riesgo frente a la fijación unilateral de objetivos ofrece dos ventajas muy importantes: mayor protección ante las crisis, ya que la empresa se alinea con las demandas de las partes interesadas que responden mejor ante situaciones de riesgo previamente acordadas y, por otro lado, mayor compromiso y colaboración de las partes interesadas en la consecución de los objetivos.

Los objetivos deben abarcar el corto y el largo plazo, y deben ser específicos, realistas y, siempre que sea posible, medibles.

El programa debe incluir cómo se van a conseguir los objetivos y metas de la organización, los recursos necesarios, las personas responsables de implantar el programa y el horizonte temporal de la programación.

3.3.3. Implantación

El éxito en la implantación del sistema de gestión del riesgo ético, social y ambiental se construye sobre la base de los siguientes elementos esenciales que permitan alcanzar los objetivos planificados:

- Estructura organizativa.
- Recursos.
- Proceso de valoración del riesgo.
- Cultura empresarial.
- Formación.
- Documentación.
- Comunicación.

Estructura organizativa

Las personas involucradas en la gestión del riesgo deben tener claramente definidas sus funciones y responsabilidades. Todos los miembros de la organización son responsables de la gestión del riesgo ético, social y ambiental; sin embargo, los diferentes niveles y órganos de la empresa deben asumir tareas que se correspondan con su capacidad de decisión y autoridad.

El consejo de administración tiene la responsabilidad de establecer el compromiso y la estrategia de riesgos de la empresa, crear las condiciones y dotar de los recursos necesarios para una gestión eficaz del riesgo, y establecer los controles internos y externos acerca del cumplimiento de los compromisos de la empresa, así como de los requisitos de la legislación y de los estándares éticos, sociales y ambientales. En la práctica, esta labor la puede realizar el conjunto del consejo de administración, un consejero en particular o una comisión delegada de riesgos o de RSC. Un reciente informe (Ernst & Young, 2006) revela que sólo el 18% de los consejos de administración tiene un comité de riesgos. En definitiva, el consejo de administración debe conocer la naturaleza y alcance de los riesgos, las amenazas y oportunidades asociadas a los riesgos y las consecuencias y responsabilidades (comerciales, civiles e incluso penales) de las decisiones del consejo sobre el perfil de riesgo de la empresa.

La responsabilidad de la alta dirección es elevar el riesgo al protagonismo que se merece en la empresa, compartiendo con todos los miembros de la organización la visión de una empresa sensible al entorno y capaz de aprovechar las oportunidades de la gestión del riesgo ético, social y ambiental.

Las unidades de negocio son responsables de la gestión táctica de los riesgos. La dirección de las unidades de negocio debe concienciar a sus equipos de la importancia de la gestión de los riesgos y establecer objetivos de gestión del riesgo en cada actividad.

La auditoría interna participa en la revisión del sistema de gestión del riesgo para verificar que se ajusta a lo establecido en las directrices de la gestión ética, social y ambiental y que se implanta de una manera adecuada. Por otro lado, la auditoría interna facilita información a la alta dirección para la toma de decisiones para la revisión y mejora del sistema de gestión.

La función de gestión de riesgos participa en la formulación y coordinación de la política y de la estrategia de gestión del riesgo. Una de sus tareas principales es la de crear una cultura de prevención, identificando las necesidades de formación y diseñando las acciones de sensibilización y capacitación. Por otro lado, esta función es responsable del diseño y revisión de los procesos de gestión de riesgos, incluyendo planes de contingencia y de continuidad de negocio. Adicionalmente, es crítica la aportación de la función de riesgos a los flujos de comunicación internos (desde y hacia las áreas funcionales y la dirección) y externos (dando respuesta a las demandas de información de las partes interesadas). Específicamente, la función de riesgos es responsable de:

- Identificar, evaluar y monitorear la cartera de riesgos de la empresa, especialmente aquellos que pueden hacer peligrar la rentabilidad y viabilidad de la organización a corto y largo plazo.
- Trabajar junto al consejo de administración y la alta dirección, analizando todos los negocios de la empresa para anticipar, desde una perspectiva amplia, todos los riesgos que amenazan a la organización.
- Apalancar los riesgos para optimizar el retorno del riesgo, teniendo en cuenta las expectativas de las partes interesadas y el apetito de riesgo de la empresa en relación con la estrategia y los objetivos de la organización.

Esta última función está conectada con lo que podríamos llamar «apalancamiento social». La idea es que igual que los socios de la empresa pueden optimizar la rentabilidad financiera de su inversión utilizando un *mix* eficiente de recursos financieros propios y ajenos, también pueden maximizar el valor creado para todas las partes interesadas (no sólo accionistas) alineando las actividades de la empresa con los valores de la sociedad en la que opera. Al igual que cuando en la estructura de capital hay más deuda (apalancamiento financiero) se traduce en mayor poder de control externo (bancos, agencias de *rating*...), lo mismo ocurre cuando el *equity* de los accionistas se diluye en la estructura de capital al reconocer el capital social de las partes interesadas y, por tanto, los derechos y expectativas asociadas a tal propiedad (creación de valor, información, control, influencia en la dirección...).

Recursos

La implantación del sistema de gestión del riesgo ético, social y ambiental requiere de una dotación de recursos acorde a las necesidades de la empresa. Es crítico que la alta dirección asegure el acceso a los medios necesarios en todos los niveles y funciones de la empresa. Los recursos precisos para el establecimiento, implantación, mantenimiento y mejora del sistema de gestión del riesgo incluyen recursos humanos con capacidades específicas y recursos financieros y materiales tales como infraestructuras y tecnología.

Es fundamental que la empresa pueda atraer, desarrollar y retener el talento para gestionar el riesgo ético, social y ambiental. La empresa debe identificar a los empleados o candidatos que no sean capaces o no deseen cumplir los compromisos de la organización; debe apoyar a los empleados que pierdan negocio por cumplir las políticas de la empresa, y debe ofrecer a los empleados mecanismos confidenciales de denuncia de conductas irresponsables. En definitiva, se trata de ofrecer a los empleados un proyecto empresarial alineado con sus valores y crear incentivos para el cumplimiento estricto de los compromisos de la empresa, ligando la promoción, compensación y evaluación al desempeño ético, social y ambiental de los empleados como la mejor forma para contar con un equipo humano capaz y comprometido con la gestión del riesgo.

Proceso de valoración del riesgo

Como se ha comentado más arriba, la empresa debe dotarse de un proceso de valoración del riesgo por el que se analicen y evalúen los riesgos para posteriormente aplicar el tratamiento oportuno. La valoración del riesgo es el *know-how*, que a su vez necesita de los demás elementos del sistema (estructura organizativa, recursos...), que actúan como soporte para que la valoración opere con eficacia y mejore de forma permanente.

Cultura empresarial

La integración de la gestión del riesgo en la cultura de la empresa es el mejor medio para vencer las resistencias de los empleados, para sensibilizarlos acerca de la importancia del riesgo, para cumplir los objetivos y para alcanzar las mejores prácticas de gestión del riesgo.

Los valores que configuran la cultura empresarial orientan las decisiones y acciones de los miembros de la organización en los escenarios de riesgo. Lo mismo ocurre con el entorno social. Cada sociedad tiene una cultura de riesgos, por lo que conocer sus valores permite a la empresa avanzar la reacción de las partes interesadas ante los diferentes riesgos derivados de su actividad.

Formación

La formación es un factor esencial para el desarrollo del talento de la empresa. Es crítico para el éxito en la implantación del sistema de gestión del riesgo ético, social y ambiental, por un lado, que los miembros de la empresa adquieran los conocimientos necesarios para desarrollar sus funciones y, por otro lado, que compartan los valores y principios que guían la toma de decisiones de gestión del riesgo.

Es preciso que la empresa identifique las necesidades de formación, que se planifiquen e implanten las acciones formativas y que se evalúe la eficacia de las mismas. Una formación eficaz logra que los empleados sean conscientes de la importancia de la gestión del riesgo ético, social y ambiental, conozcan los riesgos asociados a sus funciones y comprendan las consecuencias de incumplir los compromisos de la empresa y de alejarse de las expectativas de las partes interesadas.

Documentación

Documentar el sistema de gestión del riesgo ético, social y ambiental facilita la difusión de la información entre los empleados y las partes interesadas, promueve una implantación eficaz y genera evidencias para la auditoría del sistema de gestión. Los documentos del sistema suelen ser la política de riesgo ético, social y ambiental, el manual del sistema de gestión del riesgo ético, social y ambiental, el procedimiento de valoración del riesgo y los registros que evidencian el cumplimiento de los requisitos del sistema de gestión.

En cuanto al diseño de la documentación, es preciso advertir que es preferible optar por una estructura documental ligera e integrada con los documentos de los sistemas de gestión de la empresa (RC, calidad, medio ambiente...) para facilitar su implantación y conseguir que la documentación sea un elemento impulsor del sistema y no un obstáculo en su desarrollo.

Comunicación

La mejor manera para la empresa de abordar la gestión del riesgo ético, social y ambiental es a través de las relaciones con sus grupos de interés y los beneficios que éstas pueden proporcionar. El riesgo ético, social y ambiental debe estar alineado con la orientación estratégica de la empresa, y las inversiones en la gestión del riesgo ético, social y ambiental pueden incrementar el valor que la empresa crea para los accionistas y todas las partes interesadas con las que interactúa.

La comunicación se dirige tanto hacia el interior de la empresa como hacia su entorno, cubriendo las condiciones normales de operación y las situaciones de crisis, todo ello en el marco de un

sistema integrado de comunicación que proporcione la base de conocimiento de las amenazas y oportunidades, vulnerabilidades y riesgos, de vigilancia y alerta, de capacidad de respuesta y de procesos de gestión, fundamental para la toma de decisiones y priorización de las actividades de gestión de riesgos.

La comunicación interna debe permitir que el consejo de administración, las unidades de negocio y todos los empleados de la empresa tengan acceso a la información y puedan emitir las comunicaciones oportunas que garanticen una gestión eficiente del riesgo ético, social y ambiental.

El consejo de administración, por un lado, divulga la política de gestión de riesgos y, por otro, recibe información acerca de la eficacia del sistema de gestión del riesgo ético, social y ambiental, incluidos los riesgos más importantes de la empresa, las consecuencias sobre el valor de la compañía en caso de ocurrencia de los sucesos iniciadores del riesgo y los mecanismos de gestión y comunicación de las crisis.

La comunicación hacia y desde las unidades de negocio permite que éstas sean conscientes de los riesgos que les afectan y de los impactos de su actividad en otras unidades y viceversa. Asimismo, los mecanismos de comunicación dotan a las unidades de negocio de indicadores de desempeño que permiten medir la consecución de objetivos, identificar las desviaciones respecto a las previsiones y tomar las medidas correctoras precisas.

Por último, la comunicación interna permite que todos los empleados de la organización comprendan su responsabilidad en la gestión del riesgo ético, social y ambiental, que aporten soluciones de mejora, que compartan una misma cultura de gestión de riesgos y que comuniquen rápidamente los nuevos riesgos identificados y la posible ineficacia de las medidas de control del riesgo.

La comunicación externa cubre las demandas de información de las partes externas interesadas. La empresa debe comunicar su compromiso y política de riesgo ético, social y ambiental, los sistemas de gestión implantados, los resultados obtenidos y los mecanismos de revisión y mejora de la gestión del riesgo ético, social y ambiental. La comunicación debe ir más allá de la mera información unidireccional para ser una invitación sincera de gestión común de la protección de los intereses de los interlocutores.

Una reciente investigación realizada en el Reino Unido (AccountAbility, 2006) destaca que la mayoría de los directivos cree que los informes sociales fallan en abarcar los riesgos más importantes de las empresas, por lo que todavía hay un gran margen de mejora en la comunicación de los riesgos. En este sentido, la nueva versión del Global Reporting Initiative establece, tanto en los principios para la elaboración de los informes como en el contenido de los mismos, la necesidad de informar sobre los riesgos. Así, para determinar la materialidad de la información deben considerarse, entre otros, los riesgos que afecten a la sostenibilidad. Asimismo, el principio de contexto de sostenibilidad establece que «la memoria describe la relación existente entre los asuntos de sostenibilidad y la estrategia organizativa, los riesgos y las oportunidades». En cuanto a los contenidos del informe, en todos ellos (estrategia y perfil, enfoque de la dirección e indicadores de desempeño) debe informarse sobre los riesgos.

3.3.4. Seguimiento

La implantación del sistema de gestión del riesgo produce unos resultados que la empresa debe controlar y comparar con los compromisos adquiridos y los objetivos planificados. Se trata, por un lado, de realizar un seguimiento de la cartera de riesgos de la empresa, comprobando si las medidas de reducción del riesgo han sido efectivas y, por tanto, si el riesgo residual ha alcanzado el nivel previsto. Por otro lado, la empresa realiza un diagnóstico periódico de la salud del sistema de gestión del riesgo que se expresa en un cuadro de indicadores que arroja información cualitativa y cuantitativa sobre la bondad de la implantación del sistema.

Con este doble objetivo, la empresa somete al sistema de gestión del riesgo ético, social y ambiental a una auditoría que revele las desviaciones, permita el análisis de sus causas y facilite la implantación de medidas correctivas que impidan que las causas se repitan (en caso de desviaciones negativas) o que se potencien (si son desviaciones positivas).

3.3.5. Mejora

Una gestión de riesgos eficaz requiere revisar los elementos del sistema de gestión del riesgo ético, social y ambiental para identificar las oportunidades de mejora. La revisión debe realizarse de una forma periódica y sistemática, de manera que se asegure la adecuación continua del sistema de gestión del riesgo a las condiciones de la empresa y del entorno social y ambiental.

Es prioritario verificar que la política y los procedimientos se implantan. En concreto, la revisión debe comprobar si las acciones implantadas dan el resultado previsto, si los procedimientos son apropiados, si funcionan los controles de las actividades de la empresa y si la información recogida es adecuada para llevar a cabo la revisión.

Buscando la mejora del sistema de gestión del riesgo, la dirección revisa cualquier elemento del mismo con la información necesaria para tomar las decisiones oportunas. Esta información incluye las comunicaciones con las partes interesadas, el nivel de cumplimiento de la política y de los objetivos de gestión del riesgo, los cambios en las condiciones del entorno y los hallazgos de las auditorías de riesgos.

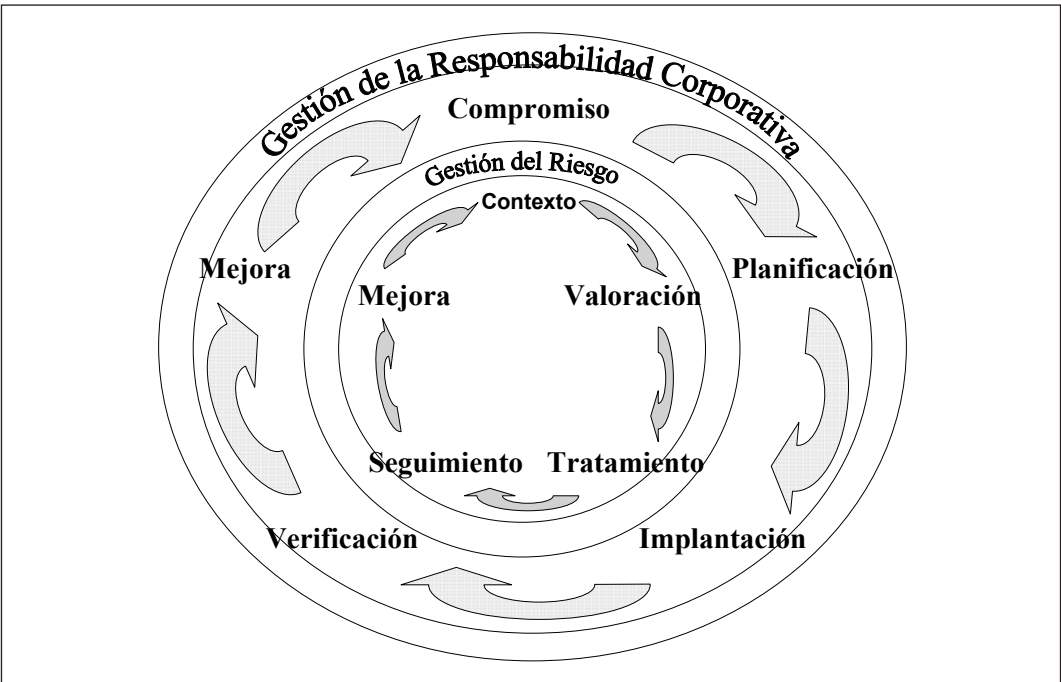
3.4. Riesgo y gestión de la Responsabilidad Social Corporativa

La gestión del riesgo ético, social y ambiental está soportada por un sistema de gestión compuesto por los elementos de la gestión de la empresa relacionados con el riesgo, y que a su vez se integra en la gestión global de la RSC de la empresa.

Así, por ejemplo, la determinación del contexto de riesgo ético, social y ambiental, en el que la empresa establece su apetito de riesgo, los objetivos estratégicos y los principios orientadores de su gestión, forma parte del compromiso de la empresa, primer paso de la gestión de la RSC.

Por otro lado, la planificación se nutre, entre otros, de los resultados de la identificación de riesgos, lo que permite una identificación completa de los aspectos éticos, sociales y ambientales de la empresa. Asimismo, la estimación de los riesgos complementa la evaluación de la significancia de los aspectos éticos, sociales y ambientales y, por tanto, el establecimiento de las prioridades de gestión de la RSC.

El tratamiento de los riesgos se alinea con la implantación de los programas de RSC, con objetivos, recursos y plazos coordinados. Elementos como la documentación, formación o la comunicación deben apoyar tanto la gestión del riesgo como la gestión de la RSC, generando sinergias y apalancando los recursos invertidos en la búsqueda de resultados más eficientes.



Por último, el seguimiento, la medición y el control de los resultados permiten en ambos casos tomar las decisiones que impulsan la mejora de los sistemas de gestión, asegurando en todo momento un avance simultáneo y alineado que proporcione beneficios recíprocos para la mejora de la eficacia de la gestión del riesgo y de la RSC.

4. RETOS FUTUROS

En resumen, la empresa desarrolla su actividad en un nuevo entorno con una variedad de partes interesadas y nuevas reglas del juego que son una gran fuente de oportunidades para la empresa. Aprovecharlas implica enfrentarse a retos que, abordados con decisión, sitúan a la empresa en una posición de ventaja competitiva y aumentan su probabilidad de supervivencia a largo plazo.

Concebir el riesgo como fuente de oportunidades

La idea de riesgo asociada al peligro lleva aparejada una gestión basada en las amenazas, en la que los gestores de la empresa sólo ven los costes necesarios para asegurar el cumplimiento de los requisitos legales. Es un enfoque normativo y de mínimos que se contrapone a la gestión que considera al riesgo también como una fuente de oportunidades y de ventajas competitivas derivadas de una mejor comprensión de la empresa y de su entorno, que impulsa la innovación necesaria para dar respuesta a las demandas y expectativas cambiantes de las partes interesadas.

Ampliar el alcance de la gestión del riesgo

Poco a poco, la empresa empieza a gestionar riesgos que van más allá de la cobertura de la exposición al deterioro económico de los activos tangibles. El riesgo ético, social y ambiental forma parte de la gestión de los intangibles de la empresa y responde a un perfil de riesgo más complejo y diverso al que hasta ahora se identificaba por parte de la empresa. No considerar el riesgo ético, social y ambiental implica asumir riesgos que sin la gestión adecuada pueden tener un impacto negativo en la organización y en su entorno, hasta el punto de comprometer la supervivencia de la empresa.

Construir una auténtica cultura de gestión del riesgo

La interiorización de la gestión del riesgo sólo es posible en la empresa que ha creado una sólida cultura de gestión del riesgo compartida por todos los miembros de la organización que conocen el apetito de riesgo de la empresa y aplican de forma cotidiana a sus decisiones y actividades los principios orientadores de la gestión del riesgo. Cultura que ha sido diseñada por la alta dirección, a la que dota de credibilidad con el ejemplo y que se traslada a todos los niveles de la organización a través del establecimiento de objetivos operativos de gestión del riesgo.

Implicar a las partes interesadas en la gestión del riesgo

Compartir con las partes interesadas la información y la responsabilidad asociada a los riesgos éticos, sociales y ambientales redundará en una mejor gestión del riesgo y en un mutuo beneficio. Involucrar a las partes interesadas en la gestión del riesgo, especialmente empleados, proveedores y clientes como principales componentes de la cadena de valor, permite generar sinergias y apalancar los esfuerzos en la búsqueda de soluciones deseables para la empresa y para sus interlocutores.

Reconocer el impacto económico del riesgo ético, social y ambiental

Un sistema eficiente de gestión del riesgo favorece la toma de decisiones informadas, fortaleciendo la relación entre los resultados financieros de la empresa y la gestión de los riesgos éticos, sociales y ambientales. En el largo plazo, la convergencia de los objetivos económicos, éticos, sociales y ambientales se traduce en una mejor protección de los activos ante las crisis y la presión del entorno, y en una mayor creación de valor para los accionistas y el conjunto de las partes interesadas de la empresa.

Bibliografía

- AccountAbility [2006]: *The Materiality Report. Aligning Strategy, Performance and Reporting*, Londres.
- AENOR [2000]: *UNE 150008 EX Análisis y evaluación del riesgo medioambiental*, Madrid.
- AIRMIC, ALARM, IRM [2002]: *Estándares de Gerencia de Riesgo*, Federation of European Risk Management Associations, Bruselas.
- AS/NZS [2004]: *Australian/New Zealand Risk Management Guideline AS/NZS 4360:2004*.
- Asociación Española de Gerencia de Riesgos y Seguros: www.agers.es
- Asociación Española de Normalización y Certificación: www.aenor.es
- Association of Insurance and Risk Managers: www.airmic.com
- BALL, D.J. y FLOYD, P.J. [1998]: *Societal Risks*. HSE Books.
- BECK, U. [1998]: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona.
- BITC/FTSE Group/Insight Investment [2006]: *Rewarding virtue: effective board action on Corporate Responsibility*.
- Consortium for Risk Evaluation with Stakeholder Participation: www.cresp.org
- CSR Europe [2003]: *Investing in Responsible Business*, Bruselas.
- Decision Analysis Society: <http://faculty.fuqua.duke.edu/daweb/>
- Ernst & Young [2006]: *Audit Committee Perspectives*, Londres.
- FAIRMAN, R., MEAD, C.D. y WILLIAMS, W.P. [1999]: *Environmental Risk Assessment-Approaches, Experiences and Information Sources*, European Environment Agency, Copenhagen.
- FISCHHOFF, B. [1994]: *Acceptable risk: A conceptual proposal*. Risk: Health, Safety & Environment.
- Forética: www.foretica.es
- Fundación BBVA [2006]: *Conciencia y conducta medioambiental en España*, Bilbao.
- GIDDENS, A. [2000]: *The Consequences of Modernity*. Stanford University Press, Stanford.
- Global Reporting Initiative [2006]: *Guía para la elaboración de Memorias de Sostenibilidad*, Ámsterdam.
- HARVARD CENTER OF RISK ANALYSIS (HCRA): www.hcra.harvard.edu
— www.hcra.harvard.edu
- International Risk Governance Council: www.irgc.org
- ISO Guía ISO/CEI 73. *Gestión de riesgos –Terminología– Líneas directrices para el uso en las normas*.
- JOHNSTON, A. [2004]: *Running the risk*. World Business Council for Sustainable Development. Ginebra.
- King's Center for Risk Management: www.kcrm.kcl.ac.uk
- MCKINSEY [2006]: *The McKinsey Global Survey of Business Executives: Business and Society*, Chicago.
- National Forum for Risk Management in the Public Sector: www.alarm-uk.com
- OCDE [2006]: *OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones*. París.
- Pacto Mundial de las Naciones Unidas: www.pactomundial.org

- Pacto Mundial [2002]: *A business guide to conflict impact assessment and risk management*, Nueva York.
- PricewaterhouseCoopers [2003]: *Responsabilidad Social Corporativa: Tendencias empresariales en España*, Madrid.
- Principios de Ecuador: www.equator-principles.com
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente: www.pnuma.org
- RICHARDSON, B. y GERZON, P. [2005]: *Emergent Risks*, The Institute of Risk Management, Londres.
- Risk Analysis Center: www.risk-analysis-center.com
- Risk Assessment and Policy Association: www.piercelaw.edu/risk/Rapa.HTM
- Risk Management and Decision Processes Center: <http://grace.wharton.upenn.edu/risk/>
- Risk World: www.riskworld.com
- SHRADER-FRECHETTE, K. [1999]: *Risk* en E. CRAIG y L. FLORIDI, L. (comps.) [1999]: «Routledge Encyclopedia of Philosophy», Londres.
- SustainAbility [2001]: *Governance, Risk and Corporate Social Responsibility*, Londres.
- [2004]: *The Changing Landscape of Liability*, Londres.
- The Institute of Risk Management: www.theirm.org
- The Society for Risk Analysis-Europe: www.sraeurope.org
- World Economic Forum [2007]: *Global Risks 2007. A Global Risk Network Report*, Ginebra.

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN EN EMPRESAS CON RIESGO DE INSOLVENCIA EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

MARÍA MERCEDES CARRO ARANA

*Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales. Profesora Titular
de Escuela Universitaria de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Cantabria*

FRANCISCO SOUSA FERNÁNDEZ

*Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales. Profesor
Asociado de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Cantabria*

Extracto:

Con este trabajo nos planteamos como objetivo esencial analizar los problemas derivados de los acuerdos de refinanciación preconcursales en las empresas viables con problemas de insolvencia, en concreto, los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, en la Ley Concursal. Además, también queremos poner de relieve otros aspectos relativos a los acuerdos de refinanciación durante el concurso de acreedores, en particular, ante la negociación del convenio, que, en nuestra opinión, debiera haber contemplado también dicho real decreto, para que así al aplicar la Ley Concursal se pueda contribuir a alcanzar con éxito la reestructuración de las empresas y, con ello, la satisfacción de acreedores en los supuestos de concurso de empresas viables en un contexto de crisis.

Palabras clave: refinanciación, empresas viables, procedimientos concursales, Real Decreto-Ley 3/2009 y reforma insuficiente de la Ley Concursal.

REFINANCING AGREEMENTS FOR COMPANIES AT RISK OF INSOLVENCY UNDER BANKRUPTCY PROCEDURES

MARÍA MERCEDES CARRO ARANA

*Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales. Profesora Titular
de Escuela Universitaria de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Cantabria*

FRANCISCO SOUSA FERNÁNDEZ

*Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales. Profesor
Asociado de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Cantabria*

Abstract:

OUR main aim in this paper is to analyse the problems arising from the refinancing agreements with creditors in viable companies with insolvency problems, in particular, the changes introduced by the Royal Decree-Law 3/2009 of 27 March, on Bankruptcy Law. Furthermore, we want to emphasize other aspects of the refinancing agreements during the meeting of creditors, in particular, negotiation of the agreement, which in our opinion, should have also been contemplated in the royal decree, so that implementation of the Bankruptcy Law may help to achieve a successful restructuring of companies and thereby satisfy creditors in cases of compositions of viable companies in a context of crisis.

Keywords: refinancing, viable companies, bankruptcy procedures, Royal Decree-Law 3/2009 and insufficient reform of the bankruptcy law.

Sumario

1. Introducción.
2. El estado de la situación concursal.
3. Reintegración y refinanciación en la Ley Concursal.
4. Reintegración y refinanciación en la Ley Concursal tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009.
5. Una reforma insuficiente de la Ley Concursal.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando una empresa se encuentra en situación de insolvencia inminente, en el sentido que contempla la Ley Concursal de no poder atender en un futuro inmediato las obligaciones de pago corrientes, pero a la vez está convencida de la viabilidad del negocio, lo habitual es que se intenten negociar acuerdos de refinanciación con las entidades financieras, bien para alargar el plazo de vencimiento de los créditos existentes, o para ampliar u obtener nuevos créditos que permitan la rehabilitación empresarial sin la necesidad de acudir a un procedimiento concursal.

Por su parte, las entidades financieras, ante una situación de incertidumbre y en particular provocada por la crisis económica que estamos atravesando, se muestran reticentes y cautelosas a otorgar cualquier tipo de financiación, y en caso de concederla intentan reforzar las garantías para el cobro de los fondos prestados, máxime ante empresas que puedan entrar en concurso y la falta de protección con que son tratadas estas operaciones en la Ley Concursal.

En este sentido, interesa resaltar que reciben la denominación de operaciones de refinanciación preconcursales aquellas que se producen en una situación temporal anterior a la declaración del concurso de acreedores, y se denominan de refinanciación porque atienden a modificaciones de la financiación preexistente a la declaración concursal.

Dicha refinanciación puede consistir normalmente en la posibilidad de alargar el plazo de pago de los créditos vigentes, a la ampliación del nominal de los mismos, a la obtención de nuevos créditos, a la agrupación de créditos existentes en otros nuevos por mayor importe, junto con las correspondientes modificaciones de las garantías que los avalan en cada caso.

El problema que se plantea ante este tipo de operaciones de refinanciación estriba en que si la empresa es declarada en concurso, existe la posibilidad de que las mismas puedan ser rescindidas o anuladas mediante las denominadas acciones de reintegración previstas en los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal, consistentes en restituir o dejar como estaban los activos y pasivos correspondientes, con los efectos que se puedan derivar para las partes implicadas.

La consecuencia práctica de dicha regulación legal hace que las entidades de crédito no quieran correr el riesgo de no poder recuperar la financiación concedida, y que además se puedan derivar responsabilidades para ellas.

Así, por una parte, existe el riesgo de no cobrar de la empresa financiada porque su situación de insolvencia se vea agravada y no pueda pagar sus deudas. De otra, podemos estar ante el riesgo de que finalmente la empresa deba solicitar el concurso de acreedores y que estos créditos que en principio son contra la masa, puedan ser calificados de créditos concursales subordinados, lo que podría llevar a mermar su cobro por la sujeción a un convenio de quita y espera, que es lo más habitual en los supuestos

de continuidad de los procedimientos concursales, pudiendo alcanzar un 50 por 100 de reducción en los cobros y de cinco años de espera, e incluso superar dichos límites si el juez lo autoriza.

No obstante, estos créditos subordinados, que son los últimos en cobrar en el concurso de acreedores ya que antes deben satisfacerse el resto de los créditos, si finalmente la empresa quiebra lo más frecuente es que no cobren nunca, al menos en su integridad.

Además, aunque sea menos habitual, puede darse el caso de que en estas operaciones se apreciara mala fe, o que el concurso sea calificado de culpable y las entidades financiadoras puedan resultar responsables y condenadas a devolver los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor, y a indemnizar por los daños y perjuicios causados.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta que la problemática que estamos describiendo afecta ya a un número significativo de empresas. Así, de acuerdo con la información estadística del Instituto Nacional de Estadística (INE), los procedimientos concursales habidos en el 2008 ascienden a 2.902, lo que representa el triple que el año 2007, y para el año 2009 se prevén más de 5.000.

Estas cifras dan idea de lo que puede suponer el impacto de los concursos en la economía, no sólo en los niveles de productividad sino también en el número de parados que pueden generar, máxime cuando los que acaban en liquidación superan el 90 por 100 de los tramitados.

Como ya indicamos, en el contexto de crisis generalizada que estamos viviendo, las entidades financieras se muestran más cautelosas y reticentes, exigiendo mayores garantías para realizar operaciones de crédito, en particular, si se está ante una posible insolvencia del prestatario. Paralelamente, para las empresas con problemas de insolvencia pero viables, uno de los aspectos decisivos para conseguir su reestructuración y reflotamiento pasa por la obtención de crédito de las entidades financieras.

En definitiva, existe una disfunción entre las necesidades financieras de las empresas con problemas de insolvencia y los criterios restrictivos que rigen en las entidades financieras para otorgar crédito, en particular, ante las múltiples trabas que se pueden presentar para el cobro a las empresas incursas en procedimientos concursales.

Ante esta situación, el Gobierno ha ido adoptando diferentes medidas que puedan paliar las graves dificultades financieras de muchas empresas. En este sentido, cabe destacar la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, que, entre otras normas, modifica la Ley Concursal.

Con esta reforma se han modificado diferentes aspectos de dicha ley, entre los que cabe destacar lo relacionado con las operaciones de reintegración, en concreto, desafectando determinadas operaciones de refinanciación, que analizaremos en nuestro trabajo.

Consideramos que estas modificaciones no son suficientes ya que se hace necesaria una reforma en más profundidad de la Ley Concursal en el contexto de grave crisis económica en el que nos encontramos, pero al menos, las mismas contemplan ciertas medidas que contribuirán a paliar algunos de los problemas de insolvencia que en estos momentos afectan a gran número de empresas.

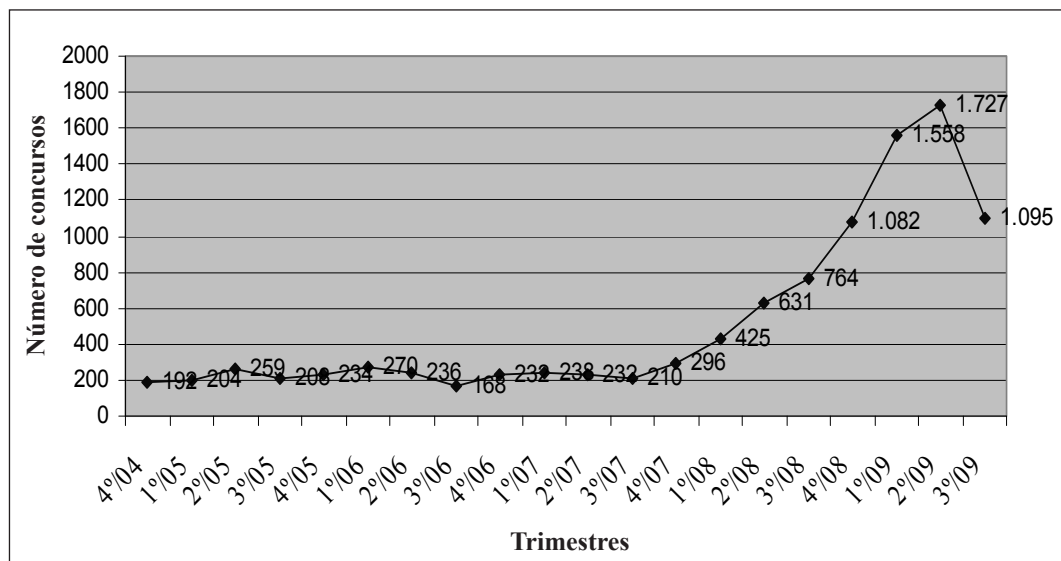
Por todo ello, nos planteamos como objetivo esencial de nuestro trabajo analizar los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, en la Ley Concursal, en concreto, los relacionados con los acuerdos de refinanciación preconcursales en las empresas viables con riesgo de insolvencia.

Asimismo, queremos poner de relieve otros aspectos relativos a los acuerdos de refinanciación durante el concurso de acreedores y, en particular, ante la negociación del convenio, que en nuestra opinión, debiera haber contemplado también dicho real decreto para que de este modo al aplicar la Ley Concursal se puedan alcanzar con éxito la reestructuración y los objetivos previstos en los supuestos de concursos de empresas viables.

2. EL ESTADO DE LA SITUACIÓN CONCURSAL

Desde que entró en vigor la Ley Concursal en 2004 se ha producido un incremento sustancial de los concursos, tal como recogemos en el **gráfico 1**, fundamentalmente como consecuencia de la crisis que venimos sufriendo desde finales de 2007.

GRÁFICO 1. *Evolución de los concursos por trimestres desde la entrada en vigor de la Ley Concursal.*



FUENTE: *Elaboración propia, a partir de la información suministrada por el INE.*

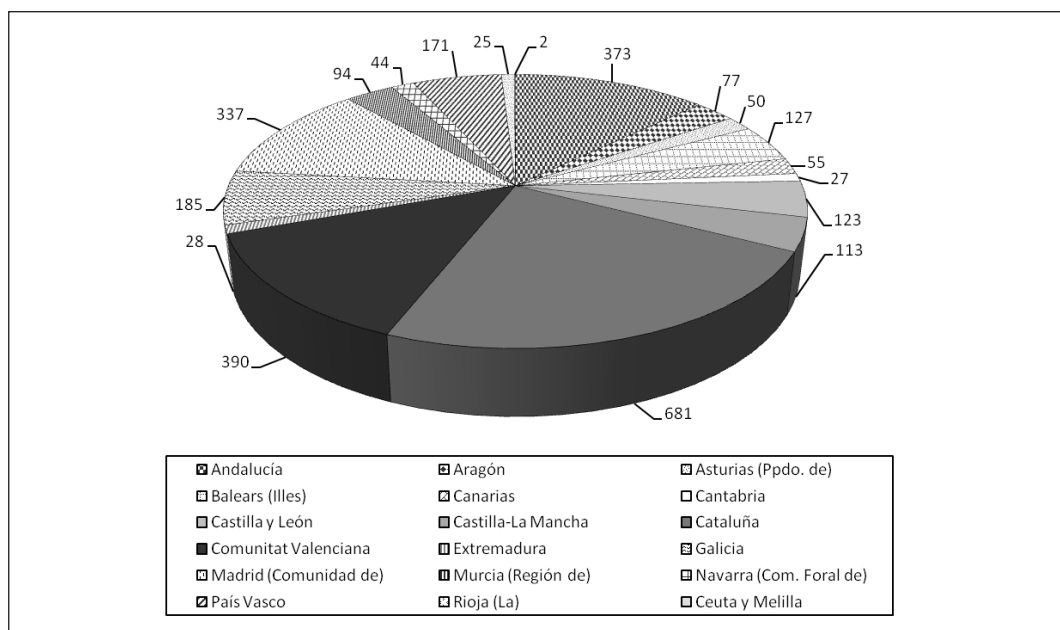
De este modo, tal como queda recogido en el **gráfico 1**, podemos observar que los procedimientos concursales habidos en el 2008 ascienden a 2.902, lo que representa más o menos el triple de los

registrados para el año 2007 y anteriores. Asimismo, se esperan para finales del año 2009 más de 5.000 concursos, lo que representaría el quíntuplo de los computados para el año 2007 y casi el doble de los habidos en el 2008. No obstante, en el tercer trimestre de 2009 se produce un descenso de los concursos en ese incremento exponencial que se había iniciado a partir de 2008, si bien el número de deudores concursados de este trimestre aumenta respecto al mismo periodo del año anterior.

En todo caso, hemos de tener en cuenta que la problemática que estamos analizando afecta ya a un número significativo de empresas que tienen un fuerte impacto en la creación de riqueza y el crecimiento económico y, como consecuencia, en la cifra de paro, razones poderosas que deben impulsar a tomar medidas para paliar este estado.

Por otra parte, según queda recogido en el **gráfico 2**, esta situación se presenta de forma generalizada en todas las comunidades autónomas, aunque sean Cataluña, la Comunidad Valenciana, Andalucía y la Comunidad de Madrid las que concentran mayor número de concursos.

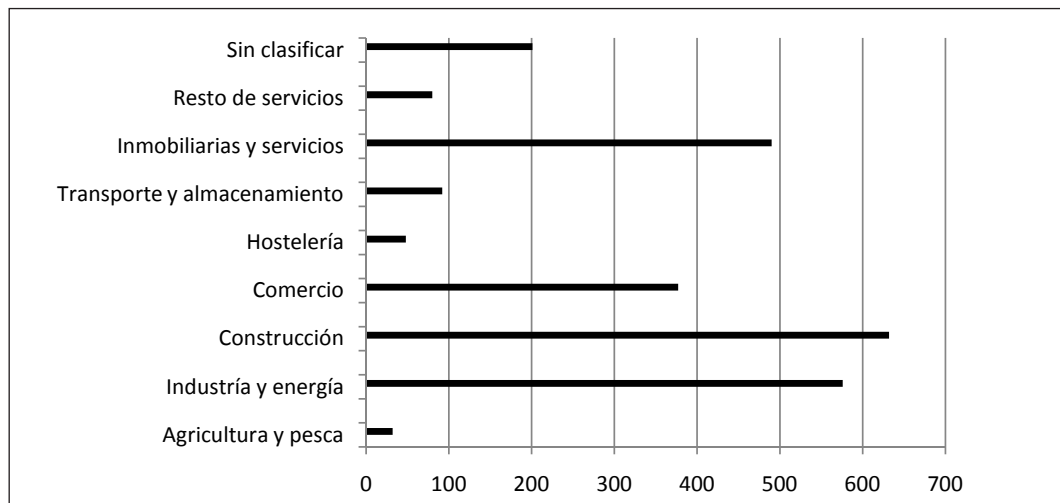
GRÁFICO 2. *Concursos por autonomías durante 2008.*



FUENTE: *Elaboración propia, a partir de la información suministrada por el INE.*

En el **gráfico 3**, se observa que los sectores más dañados por la crisis corresponden al sector de la construcción y de la promoción inmobiliaria, seguidos de industria, energía y comercio. Esta tendencia se ha mantenido también a lo largo de los tres trimestres transcurridos durante el ejercicio 2009. En el último trimestre, el 31,9% de las empresas concursadas tuvo como actividad principal la construcción y promoción inmobiliaria, el 25,9% la industria y energía y el 17,4% el comercio.

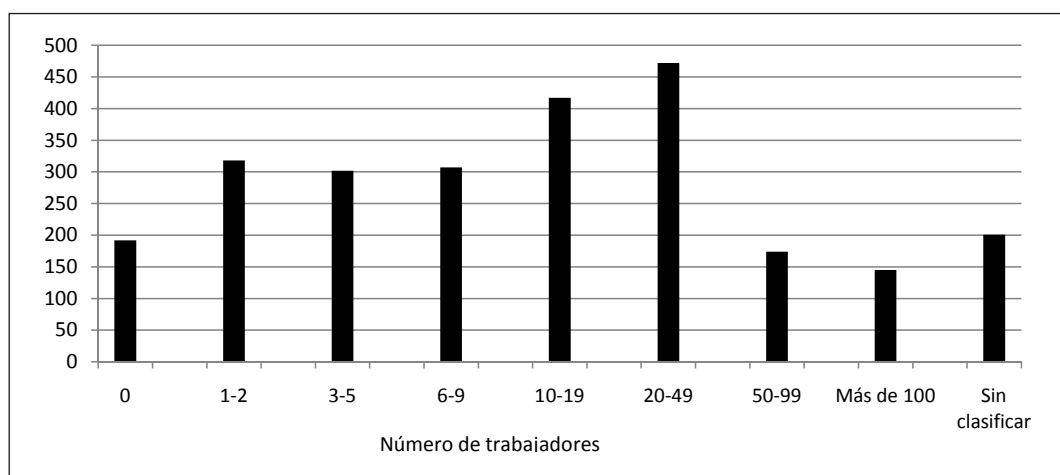
GRÁFICO 3. *Distribución de los concursos por sectores de actividad económica durante 2008.*



FUENTE: *Elaboración propia, a partir de la información suministrada por el INE.*

Si consideramos la distribución de los concursos atendiendo al tamaño de las empresas según el número de trabajadores, podemos observar en el **gráfico 4** que para el año 2008 la mayor concentración de los mismos se da en las empresas de menos de 50 trabajadores, situación que también se ha venido manteniendo a lo largo del ejercicio 2009.

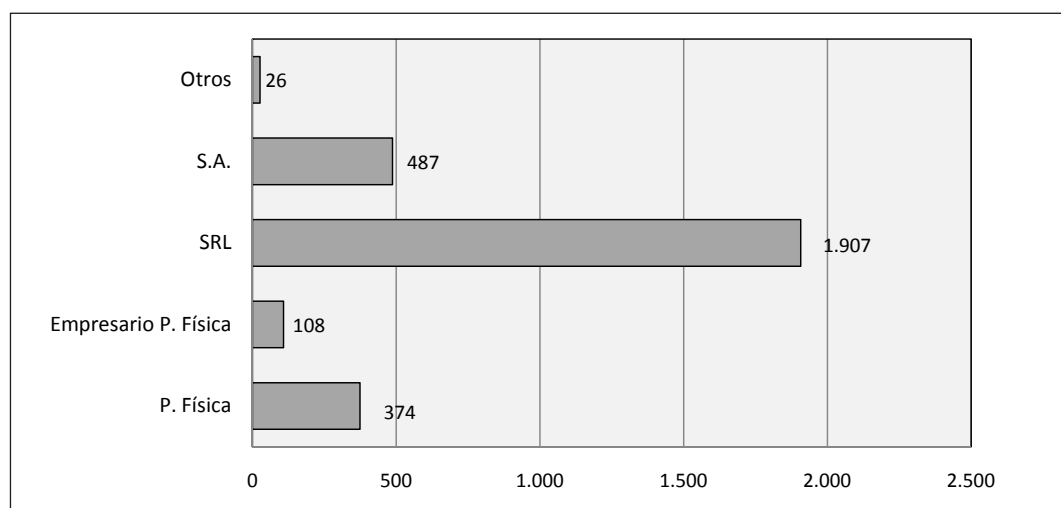
GRÁFICO 4. *Tamaño de la empresa según el número de trabajadores durante 2008.*



FUENTE: *Elaboración propia a partir de la información suministrada por el INE.*

Asimismo, en el **gráfico 5** quedan clasificados los concursos atendiendo a la naturaleza del concursado, donde cabe destacar que sólo 374 concursos corresponden a personas físicas sin actividad económica y, entre los que la ejercen, la gran mayoría revisten la forma jurídica de sociedades de responsabilidad limitada.

GRÁFICO 5. *Distribución de concursados personas físicas y jurídicas durante 2008.*

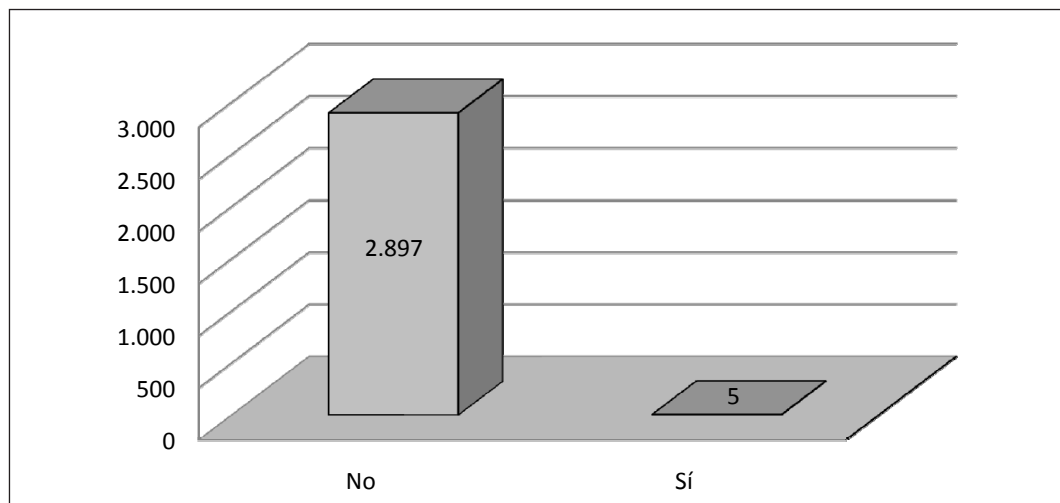


FUENTE: *Elaboración propia a partir de la información suministrada por el INE.*

Por otra parte, cabe señalar que la Ley Concursal de 2003 se presentó como novedosa y preventiva de la quiebra, entre otras cuestiones, por el hecho de regular la posibilidad de presentar una propuesta anticipada de convenio que permita a las empresas acordar un convenio desde la solicitud, para conseguir lo más rápidamente posible su rehabilitación; evitando así la ruina y el demérito que conlleva la mayoría de las veces el largo tiempo en que se desarrollan los procedimientos concursales (véase CARRO, 2004).

Estas pérdidas de valor de la empresa y de sus bienes son un hecho constatado por todos, incluso cuando se llega a un convenio durante la fase común y máxime si éste se acuerda posteriormente. No obstante, tal como se refleja en la **gráfica 6**, resulta llamativo observar que solamente en cinco concursos de los 2.902 habidos en el 2008 se presentó propuesta anticipada de convenio, lo que representa un 0,17% del total durante dicho ejercicio, situación que ha sido calificada desde el punto de vista práctico como uno de los grandes fracasos de la Ley Concursal (véanse PRENDES CARRIL *et al.*, 2009, págs. 1.043).

Este porcentaje mejora algo durante el año 2009 al situarse en el 0,25%, aunque sigue siendo decepcionante, ya que por ejemplo en el tercer trimestre de 2009 de los 4.376 concursos registrados solamente 11 solicitaron propuesta anticipada de convenio.

GRÁFICO 6. *Relación de concursos con propuesta anticipada de convenio durante 2008.*

FUENTE: *Elaboración propia a partir de la información suministrada por el INE.*

De acuerdo con lo anterior, nos hemos planteado en este trabajo analizar cuáles son las variables más significativas para que la empresa pueda reestructurarse y salir hacia delante. Aunque la reestructuración de las empresas implica la combinación de medidas operativas y financieras, como se expone en ABÍNZANO y NAVAS (2009), PADILLA y REQUEJO (2000), HOSHI *et al.* (1990), JOHN *et al.* (1992) y FLUCK y LYNCH (1999) entre otros, nuestro trabajo se limita a los aspectos de índole financiera por considerarlos del suficiente interés y actualidad.

De este modo, determinados sectores abogan por la refinanciación como sistema alternativo a la solución concursal, y parece evidente que sin una adecuada financiación la empresa en crisis difícilmente podrá reestructurarse. A diferencia de otras legislaciones de nuestro entorno, como puede ser el caso de la italiana, la Ley Concursal no sólo no recoge una normativa adecuadamente protectora de las operaciones de refinanciación ni antes ni durante el concurso, sino que ejerce un efecto disuasorio para que las entidades financieras se muestren favorables a financiar a las empresas con riesgo de insolvencia, considerándose ésta una cuestión clave en todo momento y máxime ante una crisis como la actual.

En el **cuadro 1** se recogen algunos de los acuerdos de refinanciación más conocidos durante los ejercicios 2008 y 2009, que arrojan cantidades significativas que denotan la importancia de estos acuerdos y por ello la necesidad de una adecuada regulación.

Asimismo, se muestran los acuerdos de grandes empresas que son los que han trascendido a los medios de comunicación, si bien estos acuerdos también son propios de la pequeña y media-

na empresa, que en la mayoría de los casos es la única posibilidad de supervivencia que tienen, habida cuenta que es además en este tipo de empresas donde se encuentran concentrados la mayoría de los concursos registrados y no debemos olvidar que son estas empresas las que generan el mayor número de puestos de trabajo y el mayor aporte productivo de nuestro país.

CUADRO 1. Acuerdos de refinanciación de grandes empresas.

Fecha de la firma de la refinanciación	Empresa	Importe refinanciado (millones de euros)	Número de acreedores que suscriben el acuerdo
27-02-2008	Hábitat	1.586	39
07-05-2008	Martinsa-Fadesa	4.000	45
30-05-2008	Detinsa	600	30
20-06-2008	Afirma	667	22
04-07-2008	Acciona	1.704	8
18-07-2008	Grupo Prisa	1.950	39
15-02-2008	Inmobiliaria Colonial	7.000	4
20-10-2008	Reyal Urbis	3.005	51
07-10-2008	Inmobiliaria Fbex	600	34
17-09-2009	Halcón Cerámicas	25	+ de 2/3 del pasivo
30-09-2009	Realia	921	+ de 2/3 del pasivo

FUENTE: Actualización del cuadro elaborado por ABÍNZANO y NAVAS (2009, pág. 17).

Por otra parte, algunos de los acuerdos de refinanciación que se muestran en el **cuadro 1** fueron impugnados en virtud de los contenidos de los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal, relativos a acciones de reintegración, como ocurrió en el caso de Martinsa-Fadesa.

En otros casos la financiación fue insuficiente habiéndose solicitado posteriormente nuevos acuerdos de refinanciación, como ha sucedido en Inmobiliaria Colonial. Más reciente es el acuerdo de refinanciación de Halcón Cerámicas y de Realia que cumplen con los requisitos establecidos en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, por haberse producido tras la entrada en vigor de aquél. En todo caso, la refinanciación preconcursal no está libre de críticas y su regulación resulta compleja, dado que puede suponer una lucha de intereses contrapuestos para las partes involucradas en un procedimiento concursal.

Por todo ello, sería preciso que se abordara con adecuado rigor una regulación de los mecanismos preventivos del concurso, de los que la refinanciación que nos ocupa en nuestro trabajo es clave en todos los procesos.

En este sentido, cabe destacar el conjunto de medidas adoptadas por el gobierno para favorecer la buena marcha de las empresas, con especial referencia al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, que entre otras normas modifica numerosos aspectos sustanciales la Ley Concursal, y ha venido a paliar algunos de los problemas de financiación que sufren las empresas en crisis.

3. REINTEGRACIÓN Y REFINANCIACIÓN EN LA LEY CONCURSAL

La Ley Concursal en su artículo 71 prevé la posibilidad de rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso de acreedores, aunque no hubiese existido intención fraudulenta (véanse, entre otros, ALCOCER GARAU, 2004, págs. 767-787; ESCRIBANO GAMIR, 2005, págs. 4.009-4.044 y 2007, pág. 7 y ss.).

Esto significa que pueden ser anuladas operaciones realizadas por el deudor en los dos años que preceden a la fecha de declaración del concurso, entre las que cabe destacar los acuerdos de refinanciación que hemos referido en la Introducción, tales como la ampliación de créditos, la obtención de nuevos créditos, la ampliación del plazo de vencimiento o de las garantías otorgadas por la empresa para la obtención de los mismos.

Estas operaciones financieras podrían considerarse actos perjudiciales si produjesen una merma para la masa activa, como sería el caso de tener que atender el pago de las mismas produciendo un perjuicio en la generalidad de los acreedores; todo ello, incluso sin que hubiera existido intención fraudulenta, y máxime cuando ésta exista (véanse, AZOFRA y PÉREZ RIVARÉS, 2009; PINEL LÓPEZ, 2008; PULGAR EZQUERRA, 2009, y PRENDES CARRIL, 2009, entre otros).

En este sentido, la Ley Concursal contempla tres supuestos de perjuicio patrimonial. El primero, sin admitir prueba en contrario, se refiere a los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

El segundo hace referencia, salvo prueba en contrario, a las disposiciones a título oneroso realizadas a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, así como a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

El tercero se corresponde con los actos no comprendidos en los dos supuestos anteriores, en cuyo caso el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien pretenda ejercitar la acción rescisoria.

Por todo ello, ciñéndonos al objetivo esencial de nuestro trabajo, se cuestiona si hay perjuicio patrimonial para la masa activa como consecuencia de determinadas operaciones de refi-

nanciación realizadas en los dos años anteriores a la declaración del concurso, en los siguientes casos:

- Ampliación de los créditos existentes, por obtención de otros nuevos o por alargar el plazo de vencimiento, con el fin de evitar entrar en concurso y, en consecuencia, puede que retrasando de modo artificial la insolvencia.
- Extensión de garantías hipotecarias o pignoraticias por nuevos créditos o por unificación de contratos respecto de créditos originalmente no garantizados o garantizados en menor cuantía.

Con respecto a dichos posibles perjuicios para la masa activa en las operaciones de refinanciación negociadas con entidades financieras, resulta reveladora la Sentencia de 12 de mayo de 2007 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid al establecer que «si bien es una finalidad calificable inicialmente de legítima, no puede ocultarse que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario de más que probable insolvencia del deudor, a sabiendas de que el aseguramiento en el cobro de una cantidad irá en detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías».

Dicha resolución añade que la actuación de la entidad financiera que participa en este tipo de refinanciación puede ser calificada de mala fe, puesto que siendo conocedora de la delicada situación del deudor, propicia garantizarse la recuperación de su crédito en perjuicio del resto de acreedores.

Un caso parecido fue el que se planteó con la conocida inmobiliaria en concurso Martinsa-Fadesa, anteriormente expuesto, en un acuerdo de refinanciación firmado con un importante grupo de bancos, en el que la Administración Concursal solicitó la anulación de parte del acuerdo por considerarlo perjudicial para la masa activa.

La resolución señalada anteriormente, así como otras que hayan podido dictarse en un sentido análogo, ponen de manifiesto la vulnerabilidad de las operaciones de refinanciación, incluso cuando no ha habido mala fe, sino un esfuerzo por contribuir a solventar los problemas derivados de la falta de la financiación de empresas viables; lo que tal como hemos referido, supone una clara asunción de riesgos por parte de las entidades financieras.

De este modo, se está demostrando que la Ley Concursal, en su redacción previa a la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2009, no contribuye a paliar los efectos de la crisis financiera por la que están atravesando las empresas, ya que produce un efecto disuasorio en las entidades de crédito privadas y públicas para que den su apoyo a empresas que se encuentran en situación de posible insolvencia, sobre todo si ésta se muestra de forma inminente y cae en el plazo de los dos años.

No estamos sino ante una contradicción, dado que en la exposición de motivos de la propia Ley Concursal el concurso se concibe como una vía resolutoria de los problemas de insolvencia,

invitándose incluso a las empresas con falta de medios de pago en un futuro próximo –insolvencia inminente–, a la solicitud del procedimiento concursal, como instrumento jurídico solutorio que mediante un convenio de quita y/o espera permita a la empresa viable llegar a un acuerdo con sus acreedores para pagar las deudas y acabar con la situación de insolvencia.

Esta finalidad preventiva de la Ley Concursal contrasta con la posibilidad de que puedan rescindirse aquellas operaciones de refinanciación que tuvieron por objeto evitar el concurso, y no sólo declarar la ineficacia del acto de dichas operaciones, sino también hacer responsables a las entidades financieras de los daños y perjuicios causados a la masa activa, obligando a éstas en dicho supuesto, a resarcir a la masa activa de los mismos.

Así, tal como tendremos oportunidad de analizar más adelante, el Real Decreto-Ley 3/2009 ha delimitado de manera más adecuada el concepto de acuerdo de refinanciación, el perjuicio y las presunciones y excepciones, regulando de este modo de forma más satisfactoria para las entidades financieras los efectos de dichas acciones rescisorias.

Por otra parte, es cierto que las fuentes de financiación de las empresas insolventes que les permitan atender las deudas pueden provenir de ampliaciones de capital y otras aportaciones de los socios, de la generación de recursos de la propia empresa y del acceso al crédito, sin perjuicio de otras alternativas a la resolución de problemas financieros como son las fusiones, absorciones u otras fórmulas de concentración y escisión empresarial como señalan ABÍNZANO y NAVAS (2009, pág. 16), por otra parte poco frecuentes en las empresas medianas y pequeñas.

Pero hemos de tener en cuenta que los dueños o propietarios diligentes y responsables de empresas en concurso muestran, en muchos casos, patrimonios individuales embargados incluso en declaración de concurso de la persona física además de la empresa persona jurídica de la que son propietarios. La generación de recursos, obviamente, debe contribuir al pago de las deudas atrasadas además de las nuevas que se van generando en la actividad, pero normalmente resulta insuficiente para atender las obligaciones de pago a sus vencimientos.

Tal como hemos referido, el problema de la refinanciación que queremos subsanar se plantea en empresas que podemos calificar de rentables y, por tanto, viables o merecedoras de mantener su continuidad. Pero en la situación actual, los concursos se han producido en cadena con un efecto dominó. Hay clientes que no pueden pagar porque a su vez se encuentran en una situación financiera crítica, incluyendo las entidades públicas como los ayuntamientos y otros organismos dependientes de las comunidades autónomas o de la Administración Central del Estado.

Cuando otras vías financieras se agotan o son insuficientes, una de las alternativas principales que pueden contribuir a la reestructuración y financiación de las empresas son, sin lugar a dudas, las entidades de crédito tanto privadas como públicas, pero también es preciso tener en cuenta que en estos momentos muchas de ellas si no se encuentran al borde del colapso, están atravesando por una situación dificultosa para suministrar liquidez a las empresas.

Aun teniendo en cuenta estas limitaciones, las entidades de crédito desempeñan un papel relevante para el sostenimiento de las empresas viables, en particular, en países como España, en el que como resulta conocido las empresas en su inmensa mayoría acuden para su financiación a la banca y no al mercado de capitales.

No cabe duda de que cuando la empresa es viable su continuidad beneficia a todos, no sólo por el mantenimiento de los puestos de trabajo, sino también por su contribución a la creación de riqueza. Además, ha quedado comprobado en la práctica que se logran los mayores índices de cobro de los acreedores, objetivo prioritario de la Ley Concursal, precisamente cuando se está ante empresas que se mantienen y no cuando se liquidan.

Por todo ello, la mayor parte de la doctrina ha venido poniendo de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una reforma de la Ley Concursal en diferentes aspectos, entre los que resulta de la mayor trascendencia una nueva regulación de la refinanciación de las empresas en crisis y de las acciones de reintegración y sus efectos, para que de este modo las entidades financieras cuenten con incentivos para colaborar con las empresas en situación de insolvencia.

Sin embargo, tal como tendremos la oportunidad de poner de manifiesto, dicha reforma ha contribuido a solventar sólo parcialmente esta situación.

4. REINTEGRACIÓN Y REFINANCIACIÓN EN LA LEY CONCURSAL TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL REAL DECRETO-LEY 3/2009

El reciente Real Decreto-Ley 3/2009 se aprobó con la finalidad esencial de solventar algunos de los problemas que hemos descrito con anterioridad. Así, en su exposición de motivos, se señala en primer lugar que «las modificaciones contenidas en el presente decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia».

Esta norma tiene como finalidad esencial tanto evitar la necesidad de que las empresas tengan que entrar en concurso como los efectos nocivos que para las entidades de crédito se puedan derivar de la interpretación literal de la Ley Concursal, en concreto, de determinadas acciones de reintegración y sus efectos, si bien como afirma AZOFRA VEGAS (2009), vale la pena destacar que dicho régimen privilegiado de protección se aplica sólo a acuerdos de refinanciación y no a otros de reestructuración o capitalización de deuda (*debt-to-asset*, *debt-to-equity*) habituales para deudores en situación de tensión financiera.

En todo caso, dicha norma ha introducido una mejora sustancial regulando el concepto, el contenido y los requisitos relativos a los acuerdos de refinanciación preconcursales. Sin embargo, se ha limitado a regular los mismos, sin contemplar la protección de las entidades de crédito en los acuerdos de refinanciación, que puede ser necesaria para las mismas durante la tramitación de los concursos, en particular, en la negociación del convenio.

En concreto, el artículo 8 de dicho real decreto-ley ha modificado diferentes aspectos de la Ley Concursal, que interesa destacar. En primer lugar, cabe señalar que se ha introducido el concepto de «Acuerdos de refinanciación», anteriormente sin definir, a través de la inclusión de una nueva disposición adicional cuarta en dicha ley, al establecer que «tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo».

Asimismo, se establece que en caso de concurso los acuerdos de refinanciación, y los negocios, actos y pagos realizados, así como las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley Concursal, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
- b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas para los acuerdos de refinanciación, y la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.
- c) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido, incluido el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Del mismo modo, el Real Decreto-Ley 3/2009 hace que los acuerdos de refinanciación pactados en los dos años anteriores al concurso no sean anulables si la empresa entra en concurso, siempre que se hubiera cumplido cuando se alcanzaron dichos acuerdos con el contenido de la referida definición de «Acuerdos de refinanciación» y los anteriores requisitos a), b) y c).

Finalmente, en dicha disposición adicional cuarta se establece que, declarado el concurso, sólo la Administración Concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos de refinanciación.

5. UNA REFORMA INSUFICIENTE DE LA LEY CONCURSAL

No cabe duda de que esta nueva regulación contribuirá positivamente a dar mayor seguridad jurídica a las entidades financieras que realicen acuerdos de refinanciación en los términos estable-

cidos en la nueva regulación. No obstante, la reforma concursal ha dejado varios extremos sin precisar, que pueden dar lugar a discrepancias con los consiguientes problemas que pueden sobrevenir derivados de su interpretación:

- No se establece la cuantía para que pueda ser considerada una operación de refinanciación como no rescindible. Se hace mención a una ampliación «significativa», por lo que resulta evidente la indefinición. Consideramos que debiera especificarse la misma dada la trascendencia de estas operaciones en la Ley Concursal. En este sentido, algunos borradores de reforma concretaban la cuantía en ampliaciones con un mínimo del 20 por 100 sobre los créditos existentes.
- Por otra parte, tampoco se indican los límites de la prórroga que puede ser admitida en los créditos contraídos, por lo que del mismo modo entendemos que debieran quedar especificados los mismos ante la importancia de estas operaciones y las responsabilidades que puedan derivarse.
- Con respecto a la modificación de las obligaciones y atendiendo a la prórroga del plazo de vencimiento, no se especifica si se refieren a deudas vencidas o no vencidas. En este sentido, algunas propuestas de reforma señalaban prorrogar las garantías un mínimo de tres años para las garantías vencidas.
- Asimismo, no se hace referencia a la necesaria regla de proporcionalidad entre la ampliación de las garantías y la ampliación de los créditos.
- Se establece que el acuerdo de refinanciación tiene que permitir la viabilidad en el corto y medio plazo, y en la legislación mercantil, en concreto, en el Plan General de Contabilidad 2007, no queda definido el medio plazo, por lo que resulta también un término impreciso que debiera haberse especificado.
- Por otra parte, no se regula el protocolo o procedimiento del acuerdo de refinanciación. La reforma se limita a decir que deberá documentarse en escritura pública. Se debieran haber especificado los contenidos mínimos de dicho documento.
- En lo que se refiere al plan de viabilidad entendemos que debe ser acorde con el establecido en la Ley Concursal para la presentación de determinadas propuestas de convenio, pero tampoco se especifican los contenidos mínimos que debieran incluirse en el mismo.
- Con relación al experto independiente designado por el registrador mercantil no se especifican los requisitos concretos que deben concurrir en el mismo para ser competente en el desempeño de esta función. Además, como señalan AZOFRA y PÉREZ RIVARÉS (2009), hubiera sido deseable establecer un régimen de limitación legal de responsabilidad del experto independiente (responsabilidad que, a su entender, únicamente debería ser exigible en casos de dolo o culpa gravísima), para evitar el riesgo de que los expertos nombrados sean reacios a emitir un informe positivo por razones de responsabilidad o emitan un informe cuya vaguedad o ambigüedad no garantice a las partes el acogimiento al régimen privilegiado de dicha disposición adicional cuarta. A falta de prevención legal, creemos

que en la práctica se acabará imponiendo tal limitación de responsabilidad de modo casuístico por vía contractual.

- La reforma, aunque se refiere a la reestructuración de las empresas que se encuentren en crisis financiera, pero puedan ser viables, realmente no regula acuerdos de reestructuración sino únicamente los acuerdos de refinanciación. Se trata, por tanto, de una regulación parcial del problema de las empresas en crisis.
- Otra omisión importante recae sobre la publicidad que debe darse a los acuerdos de refinanciación. Parece lógico pensar que puesto que dichos acuerdos deben ser suscritos sólo por una parte del pasivo, en concreto, por los tres quintos del pasivo del deudor, para que se consideren acuerdos de refinanciación; entendemos que deberían ser conocidos por los restantes acreedores mediante publicidad adecuada y suficiente.
- En relación con la necesidad de suscripción del acuerdo por tres quintos del pasivo del deudor, dado que no excluye a acreedores especialmente relacionados con el deudor y, en general, a los que se denominan créditos subordinados, en distintos foros de opinión como se señala en REFORD (2009), puede dar lugar a malas prácticas de generación previa de pasivo para alcanzar el porcentaje exigido.
- Por otra parte, en esta nueva regulación se ha perdido la oportunidad de definir lo que son los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en las condiciones normales a que se refiere el artículo 71. 5.1.º de la Ley Concursal, donde se hace referencia a que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los mismos.

Además de las cuestiones señaladas, deben tenerse en cuenta algunos problemas generales colaterales a los acuerdos de refinanciación como son los siguientes y que no han sido previstos en dicho real decreto-ley.

El riesgo de que durante el acuerdo de refinanciación determinados acreedores aprovechen el conocimiento de la situación de insolvencia por la que atraviesa la empresa para solicitar la declaración del concurso necesario.

Asimismo, existe el riesgo de que ante estos acuerdos de refinanciación acreedores ventajistas puedan llevar a cabo ejecuciones singulares. Llama la atención que la regulación de esos acuerdos no lleve aparejada la paralización de las ejecuciones singulares que los acreedores pudieran ejercitar, lo que indudablemente podría hacer fracasar los mismos, tal como ha señalado ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2009) en el Primer Congreso Español de Derecho de Insolvencia.

Aun teniendo en cuenta este conjunto de limitaciones, como ya hemos señalado, no cabe duda de que esta reforma supone un avance sobre la situación de la regulación inicial de la Ley Concursal, introduciendo mayores garantías para incentivar acuerdos de refinanciación. Sin embargo, los problemas de financiación de las empresas concursadas no se reducen a los acuerdos de refinanciación preconcursales sino también a los acuerdos que puedan necesitarse durante el concurso.

Debe tenerse en cuenta que durante el concurso y, en particular, ante la gestión y negociación de los convenios, es habitual la búsqueda de refinanciación en las entidades de crédito que permita respaldar un convenio. Parece lógico pensar que en situación concursal ninguna entidad financiera esté dispuesta a conceder crédito sin unas garantías mínimas de cobro, máxime cuando la aprobación de un convenio, por sólido que pueda parecer, no garantiza el reflotamiento de una empresa, y en situación de liquidación, la experiencia demuestra que los créditos que no gozan de privilegios en el orden de prelación de sus cobros y en particular garantías reales, difícilmente consiguen satisfacer el importe de los mismos.

Sin embargo, con la finalidad de proteger o premiar a las entidades financieras para que puedan contribuir al reflotamiento de la empresa, no se ha contemplado ningún tipo de regulación de medidas que puedan contribuir a incentivar, o al menos a no disuadir de su apoyo a las empresas en concurso que puedan resultar viables. En cierto grado estas consideraciones constituyen medidas complementarias a los acuerdos de refinanciación preconcursales que permitirían ayudar a la rehabilitación de las empresas concursadas con posibilidades de continuidad.

Así, en nuestra opinión debiera de introducirse en el artículo 100 de la Ley Concursal, relativo al contenido de la propuesta de convenio, que los acuerdos de refinanciación formales que cumplan los requisitos del Real Decreto-Ley 3/2009, y se pacten con el concursado para financiar un plan de viabilidad u otros planes necesarios para atender las necesidades corrientes y del concurso de empresas viables, si finalmente la recuperación fracasa o la empresa entra en liquidación, los correspondientes créditos debieran gozar de privilegio especial en el cobro, ya que de otro modo difícilmente habrá entidades dispuestas a financiar empresas en concurso de acreedores, por muy viables que puedan resultar.

6. CONCLUSIONES

Las operaciones de refinanciación, antes de llegar a una situación concursal o una vez declarado el concurso, son fundamentales para contribuir a solucionar los problemas de las empresas con dificultades financieras pero que son viables, precisamente en estos momentos en los que ante la grave crisis económica que atravesamos, la cifra de empresas concursadas crece exponencialmente, acabando la inmensa mayoría de ellas en liquidación, con la consiguiente destrucción de riqueza y puestos de trabajo.

Por ello, el Gobierno debe fomentar y proteger estas operaciones de refinanciación de las empresas viables antes del concurso y también durante la tramitación del mismo, que supongan la correspondiente reforma en la Ley Concursal.

En este sentido, la reciente aprobación del Real Decreto-Ley 3/2009 aunque ha venido a subsanar algunos de los problemas derivados de las operaciones de reintegración de la masa activa contempladas en la Ley Concursal, en concreto, los denominados acuerdos de refinanciación preconcursales; se muestra insuficiente.

Esta insuficiencia se pone de manifiesto, por un lado, en la falta de rigor terminológico y precisión de sus trascendentes contenidos y, de otro, en la ausencia de una regulación que pueda evitar la declaración del concurso necesario durante el periodo de duración de los acuerdos de refinanciación, así como la falta de regulación para paralizar las ejecuciones individuales de los acreedores, que podrían hacer fracasar el acuerdo. En consecuencia, consideramos necesario que la reforma complete la nueva regulación con aquellos extremos imprecisos y la prohibición de que los acreedores insten el concurso e inicien ejecuciones individuales mientras se negocia el mismo.

Por otra parte, dicho real decreto-ley únicamente contempla los acuerdos de refinanciación preconcursales, pero debieran también haberse regulado los acuerdos de refinanciación durante el concurso y, en particular, ante las negociaciones para llevar a cabo una propuesta de convenio en empresas viables. Esta regulación debiera contener garantías para proteger los créditos de las entidades financiadoras, de tal modo que si finalmente la concursada entra en un proceso de liquidación, estos créditos gocen de privilegio especial y de las garantías suficientes para efectuar su cobro, ya que de otro modo difícilmente habrá entidades dispuestas a financiar empresas en concurso de acreedores por muy viables que puedan parecer.

En definitiva, consideramos insuficiente la reciente reforma de la Ley Concursal para afrontar con eficacia las crisis empresariales, en particular, en lo que corresponde a los acuerdos de refinanciación que resultan de la mayor importancia. Podemos concluir diciendo que la reforma se ha limitado a modificar aquellas cuestiones que el Gobierno ha considerado más urgentes, obviando otras complementarias a las modificaciones introducidas, imprescindibles también para alcanzar con eficacia los objetivos pretendidos por la Ley Concursal máxime en una época de crisis económica como la actual.

Bibliografía

- ABÍNZANO, I. y NAVAS, J. F. [2009]: «Reestructurarse o morir», *Universia Business Review*, n.º 21, págs. 14-35.
- ALCOCER GARAU, G. [2004]: «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», en *Comentarios a la Legislación Concursal*. Directores PULGAR EZQUERRA y otros. Dykinson, Madrid, págs. 767-787.
- ALDERSON, M. y BETQUER, B. [1995]: «Liquidation costs and capital structure», *Journal of Financial Economics*, vol. 39, págs. 45-69.
- ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. [2009]: *Implicaciones financieras de la Ley Concursal, adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*. Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer.

- Asociación Española de Derecho de la Insolvencia, AEDIN [2009]: *Primer Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, los Problemas de la Ley Concursal*. Gijón 16, 17 y 18 de abril.
- AZOFRA VEGAS, F. [2009]: «El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación. El notario del siglo XXI», *Revista on-line del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 27, septiembre-octubre de 2009, disponible en <http://www.elnotario.com>.
- AZOFRA VEGAS, F. y PÉREZ RIVARÉS, J. A. [2009]: «La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación». *La Ley*, n.º 7161, 24 de abril, disponible en <http://www.laleydigital.es>.
- CARRO ARANA, M.^a M. [2004]: *Función, posición y responsabilidad del auditor de cuentas en el procedimiento de suspensión de pagos: una experiencia ante la Ley Concursal*, Centro Montañés de Investigación y Desarrollo Empresarial, CEMIDE, Santander. Publicación revisada de la Tesis Doctoral «La intervención del auditor de cuentas en el procedimiento de suspensión de pagos: marco teórico y contrastación empírica», Universidad de Cantabria, 2000.
- ESCRIBANO GAMIR, R. C. [2005]: «La reintegración de la masa activa del concurso», en *Estudios sobre la Ley Concursal (Libro homenaje a Manuel Olivencia)*, Marcial Pons y otros, Madrid, págs. 4.009-4.044.
- [2007]: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 10, págs. 7-59.
- FLUCK, Z. y LYNCH, A. [1999]: «Why do Firms Merge and then Divest? A Theory of Financial Synergy», *Journal of Business*, vol. 72, n.º 3, págs. 319-346.
- HOSHI, T.; KASHYAP, A. y SCHARFSTEIN, D. [1990]: «The Role of Banks in Reducing the Costs of Financial Distress in Japan», *Journal of Financial Economics*, vol. 27, págs. 67-88.
- Instituto Nacional de Estadística, INE [2009]: *Estadística del Procedimiento Concursal, periodo 2004-2009*.
- Jefatura del Estado [2003]: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003), Madrid.
- [2009]: Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, sobre medidas urgentes en materia tributaria, financiera, y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2009), Madrid.
- Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid [2007]: Sentencia de 21 de mayo de 2007, n.º de autos 690/2006, Madrid.
- Ministerio de Economía y Hacienda [2007]: Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE núm. 278, de 20 de noviembre), Madrid.
- NÚÑEZ-LAGOS BURGUERA, A. y BUERGO MONTES, A. [2009]: «Risks for Directors and Creditors in Relation to Out-of-Court Pre-Insolvency Agreements», *Financier Worldwide Magazine*, March 2009.
- PADILLA, A. J. y REQUEJO, A. [2000]: «Crisis y reorganización empresarial en España: el papel de los bancos», *Papeles de Economía Española*, vol. 84-85, págs. 208-221.
- PIÑEL LÓPEZ, E. [2008]: «La reintegración concursal y las operaciones financieras», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 8, págs. 153-162.
- PULGAR EZQUERRA, J. [2009]: «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», en *Diario La Ley*, n.º 7097, 21 de enero, disponible en <http://www.laleydigital.es>.
- PRENDES CARRIL, P. (director) [2009]: *Tratado práctico concursal*, Tomos II y III, Aranzadi, Thomson Reuters.

Registro de Economistas Forenses, REFOR [2009]: «Comentarios y observaciones al Real Decreto-Ley 3/2009», Boletín n.º 453 de 22 de abril, págs. 1-9, disponible en <http://www.refor.org/boletines/documentos/realdecreto32009.pdf>.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. [2009]: «Los Convenios Preconcursoales», *Primer Congreso Español de Derecho de Insolvencia*, ponencia del Presidente de dicho Congreso, Gijón.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

ÁNGEL MONTES CARRILLO

Profesor del CEF

BOICAC núm. 77, marzo 2009. Consulta 3. Moneda extranjera. NRV 11.^a. Instrumentos financieros. NRV 9.^a

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable que corresponde otorgar a un contrato suscrito por una empresa para cubrir el riesgo en moneda extranjera asociado a la compra de existencias.

Respuesta:

El Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC) aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, no regula de forma expresa los denominados «seguros de cambio» que garantizan a la empresa un tipo de cambio fijo para todas sus adquisiciones en moneda extranjera a lo largo de un determinado periodo de tiempo.

No obstante, dado que a la vista del fondo económico de estos contratos (que con carácter general adoptan la forma de compraventa a plazo de moneda extranjera u opciones sobre divisas), puede concluirse que cumplen la definición de instrumentos financieros derivados incluida en la norma de registro y valoración 9.^a (en adelante, NRV) del PGC, su tratamiento contable se ajustará al criterio previsto en el apartado 2.3 de esta norma, salvo que la empresa designe el seguro como un instrumento de cobertura y aplique el régimen de coberturas contables previsto en el apartado 6 de la NRV 9.^a.

En este sentido, una cobertura contable supone que, cuando se cumplan determinados requisitos, los instrumentos de cobertura y las partidas cubiertas se registrarán aplicando los criterios específicos recogidos en el citado apartado. En particular, las coberturas contables requieren en el momento inicial una designación formal una documentación de la relación de cobertura y además la cobertura deberá ser altamente eficaz.

Concretamente, la operación descrita por el consultante debería calificarse como una cobertura de flujos de efectivo, ya que su objetivo es cubrir el riesgo de cambio relacionado con una transacción prevista altamente probable –la compra de existencias– que afectará a la cuenta de pérdidas y ganancias.

La valoración inicial del derivado se corresponderá con su valor razonable, equivalente, a la prima que en su caso se haya desembolsado en el momento de la contratación. Con posterioridad, la parte de la ganancia o pérdida del instrumento de cobertura que se haya determinado como cobertura eficaz se reconocerá transitoriamente en el patrimonio neto, imputándose como menor o mayor valor de las existencias cuando se produzca su adquisición; la variación de valor razonable del instrumento derivado que deba calificarse como cobertura no eficaz se imputará directamente a resultados. En el momento de la adquisición de las existencias finalizará la cobertura contable, en la medida en que al haberse registrado la compra, habrá desaparecido el riesgo específico cubierto que podía tener impacto en la cuenta de pérdidas y ganancias como consecuencia de las variaciones en los flujos de efectivo de la partida cubierta, es decir, el mayor o menor gasto por la compra de existencias, derivado del mayor o menor importe a desembolsar en moneda extranjera, como consecuencia de la variación de los tipos de cambio.

En el supuesto de que en el momento de la compra el pago al proveedor se aplazase por un periodo de 60 días, al haber cesado la cobertura contable, la valoración posterior de la partida de proveedores en moneda extranjera se efectuaría de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.2.1 de la NRV 11.^a «Moneda extranjera», salvo que la empresa decidiese cubrir el riesgo de tipo de cambio relacionado con el pasivo financiero y pudiese aplicar el régimen de coberturas contables pertinente –cobertura de valor razonable–, de acuerdo con lo previsto en el apartado 6 de la NRV 9.^a.

EJEMPLO:

La sociedad «AMC» ha llegado a un acuerdo con la sociedad «FLOWER» para comprar 100.000 u.f. de la mercadería «X» a un precio de 100 \$/u.f. El acuerdo se formaliza el 1 de octubre de 20X0 y la transacción se efectuará en fecha 1 de abril de 20X1. En el momento del acuerdo el tipo de cambio es de 1 dólar = 0,70 euros.

Ante la previsible subida del dólar debido a las convulsiones económicas de la zona euro, la sociedad «AMC» decide contratar un seguro de cambio asegurándose un tipo de cambio de 1 dólar = 0,80 euros. La prima pagada por la contratación del citado seguro asciende a 75.000 euros.

Al cierre del ejercicio de 20X0 el tipo de cambio es de 1 dólar = 0,85 euros.

Finalmente, en el momento de realizarse la transacción el tipo de cambio es de 1 dólar = 0,90 euros, pagándose la operación al contado.

.../...

.../...

Se pide:

- a) Contabilizar lo que proceda hasta el momento de realizarse la transacción.
- b) Contabilizar lo que procedería si el tipo de cambio en el momento de realizarse la transacción es de 1 dólar = 0,65 euros.
- c) Contabilizar lo que procedería si el seguro de cambio no se designa como instrumento de cobertura.

Solución:

De conformidad con la consulta 3 del BOICAC 77 los denominados seguros de cambio cumplen la definición de instrumentos financieros derivados contenida en la NRV 9.^a del PGC:

Respecto a su tratamiento contable debemos distinguir:

- Si el seguro de cambio **no se designa como un instrumento de cobertura** seguirá el **tratamiento general de los derivados clasificándose en la cartera de mantenidos para negociar** con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias.
- Si el seguro de cambio se designa **como un instrumento de cobertura** y cumple los requisitos establecidos en el apartado 6 de la NRV 9.^a (designación formal en el momento inicial, documentación de la relación de cobertura y cobertura altamente eficaz), seguirá el tratamiento de las coberturas contables considerándose que tales operaciones deben **calificarse como cobertura de flujos de efectivo**.

El tratamiento de la cobertura de los flujos de efectivo cuando la partida cubierta no es un activo o pasivo financiero será la siguiente:

- **Valoración inicial: valor razonable** que será equivalente a la prima que en su caso se hubiera desembolsado en el momento de la contratación.
- **Valoración posterior: valor razonable con cambios en patrimonio neto.**
- **Momento de la adquisición:** los importes registrados en el patrimonio neto se incluirán en el coste del activo o pasivo cuando sea adquirido o asumido (la consulta dispone: al haberse registrado la compra desaparece el riesgo que podría tener impacto en la cuenta de pérdidas y ganancias como consecuencia de la variación de los flujos de efectivo de la partida cubierta, es decir, el mayor o menor gasto por la compra de existencias, derivado del mayor o menor importe a desembolsar en moneda extranjera, como consecuencia de la variación de los tipos de cambio).

.../...

.../...

Opción a).

1 de octubre de 20X0:

Se llega al acuerdo para realizar la transacción en el futuro estableciéndose el precio de la misma y se formaliza el seguro de cambio. El seguro de cambio se valorará en el momento inicial por su valor razonable que será, en este caso, la prima satisfecha por el seguro de cambio. Por la prima realizaremos la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5593	Activos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura	75.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		75.000

31 de diciembre de 20X0:

- Por el ajuste a valor razonable del seguro de cambio:

Valor razonable $[10.000.000 \$ \times (0,85 - 0,80)]$	500.000
Valor contable	75.000
Ajuste	425.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
5593	Activos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura	425.000	
910	Beneficios por coberturas de flujos de efectivo		425.000

- Por la regularización de la cuenta del grupo 9 y su imputación a patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
910	Beneficios por coberturas de flujos de efectivo	425.000	
1340	Cobertura de flujos de efectivo		425.000

1 de abril de 20X1:

- Por el ajuste a valor razonable del instrumento de cobertura, del seguro de cambio:

Valor razonable $[10.000.000 \$ \times (0,90 - 0,80)]$	1.000.000
Valor contable	500.000
Ajuste	500.000

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
5593	Activos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura	500.000	
910	Beneficios por coberturas de flujos de efectivo		500.000

- Por la compra de mercaderías con pago al contado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías $(100.000 \times 100 \times 0,90)$	9.000.000	
5593	Activos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura		1.000.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros $(100.000 \times 100 \times 0,80)$		8.000.000

- Por la imputación a resultados de los resultados imputados a patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
812	Transferencia de beneficios por coberturas de flujos de efectivo	1.000.000	
600	Compras de mercaderías		1.000.000

Los dos asientos anteriores se podrían hacer en un solo asiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías $(100.000 \times 100 \times 0,80)$	8.000.000	
812	Transferencia de beneficios por coberturas de flujos de efectivo	1.000.000	
5593	Activos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura		1.000.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros $(100.000 \times 100 \times 0,80)$		8.000.000

- Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9 y su imputación a patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
910	Beneficios por coberturas de flujos de efectivo	500.000	
1340	Cobertura de flujos de efectivo	500.000	
812	Transferencia de beneficios por coberturas de flujos de efectivo		1.000.000

.../...

.../...

Opción b).

Las anotaciones procedentes a 1 de octubre de 20X0 y 31 de diciembre de 20X0 serían idénticas a las expuestas en la opción a).

1 de abril de 20X1:

- Por el ajuste a valor razonable del instrumento de cobertura, del seguro de cambio:

Valor razonable $[10.000.000 \$ \times (0,65 - 0,80)]$	-1.500.000
Valor contable	500.000
Ajuste	-2.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
810	Pérdidas por coberturas de flujos de efectivo	2.000.000	
5593	Activos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura		500.000
5598	Pasivos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura		1.500.000

- Por la compra de mercaderías con pago al contado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías $(100.000 \times 100 \times 0,65)$	6.500.000	
5598	Pasivos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura	1.500.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros $(100.000 \times 100 \times 0,80)$		8.000.000

- Por la imputación a resultados de los resultados imputados a patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías	1.500.000	
912	Transferencia de pérdidas por coberturas de flujos de efectivo		1.500.000

Los dos asientos anteriores se podrían hacer en un solo asiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías $(100.000 \times 100 \times 0,80)$	8.000.000	
5598	Pasivos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura	1.500.000	

.../...

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
912	Transferencia de pérdidas por coberturas de flujos de efectivo		1.500.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (100.000 × 100 × 0,80)		8.000.000

- Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9 y su imputación a patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
912	Transferencia de pérdidas por coberturas de flujos de efectivo	1.500.000	
1340	Cobertura de flujos de efectivo	500.000	
810	Pérdidas por coberturas de flujos de efectivo		2.000.000

Opción c).

Dado que el derivado no se ha designado como un instrumento de cobertura, se clasificará en la cartera de negociación y seguirá el tratamiento previsto para dicha cartera. Es decir, se ajustará a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias.

1 de octubre de 20X0:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5590	Activos por derivados financieros a corto plazo, cartera de negociación	75.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		75.000

31 de diciembre de 20X0:

- Por el ajuste a valor razonable del seguro de cambio:

Valor razonable [10.000.000 \$ × (0,85 – 0,80)]	500.000
Valor contable	75.000
Ajuste	425.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
5590	Activos por derivados financieros a corto plazo, cartera de negociación	425.000	
7630	Beneficios de cartera de negociación		425.000

.../...

.../...

1 de abril de 20X1:

Por el ajuste a valor razonable del seguro de cambio:

Valor razonable $[10.000.000 \$ \times (0,90 - 0,80)]$	1.000.000
Valor contable	500.000
Ajuste	500.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
5590	Activos por derivados financieros a corto plazo, cartera de negociación	500.000	
7630	Beneficios de cartera de negociación		500.000

- Por la compra de mercaderías con pago al contado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías $(100.000 \times 100 \times 0,90)$	9.000.000	
5590	Activos por derivados financieros a corto plazo, cartera de negociación		1.000.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros $(100.000 \times 100 \times 0,80)$		8.000.000

Otra opción sería liquidar el contrato al vencimiento, si cabe esta posibilidad:

Código	Cuenta	Debe	Haber
573	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, moneda extranjera $(100.000 \times 100 \times 0,90)$	9.000.000	
5590	Activos por derivados financieros a corto plazo, cartera de negociación		1.000.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros $(100.000 \times 100 \times 0,80)$		8.000.000

Y por la compra:

Código	Cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías $(100.000 \times 100 \times 0,90)$	9.000.000	
573	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, moneda extranjera		9.000.000

BOICAC núm. 79, septiembre 2009. Consulta 5. Subvenciones, donaciones y legados recibidos. NRV 18.^a Ampliación de capital por compensación de créditos.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de una ampliación de capital por compensación de créditos.

Respuesta:

Los socios (personas jurídicas) de una sociedad de responsabilidad limitada (en adelante, sociedad «X»), ante las dificultades financieras que atraviesa su participada, adquieren a una entidad financiera el crédito que en su día esta última otorgó a la mercantil. El precio de adquisición incorpora un descuento respecto al principal adeudado por la sociedad «X». Según manifiesta la consultante, dicha adquisición se realiza con el propósito de proceder a la cancelación de la deuda que se pretende hacer efectiva en virtud de alguna de las siguientes alternativas, cuyo tratamiento contable es objeto de consulta; la condonación de la deuda adquirida, una ampliación de capital por compensación de créditos, o una combinación de ambas.

1. Condonación de la deuda a la sociedad «X».

De acuerdo con el artículo 1.187 del Código Civil la condonación está sometida a los preceptos que rigen las donaciones. En consecuencia, su tratamiento contable será el previsto en la norma de registro y valoración (NRV) 18.^a del Plan General de Contabilidad (PGC 2007), aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que establece un criterio general, y otro especial para las donaciones otorgadas por los socios o propietarios.

En este punto, la cuestión que resulta esencial para otorgar el adecuado tratamiento a la operación es cuantificar el importe de la donación, ya que el derecho de crédito se encuentra registrado en el balance del acreedor por un importe inferior al del pasivo registrado en las cuentas del deudor. Para ello, es necesario traer a colación la doctrina de este Instituto sobre el principio de equivalencia económica de las transacciones, en cuya virtud, desde una perspectiva económica racional, el registro contable debe abordarse desde la premisa de que las partes realizan las operaciones en términos de equivalencia económica. Doctrina que, aplicada al caso objeto de consulta, una operación a título gratuito, debería llevar a la conclusión de que el importe de la donación recibida por la sociedad «X», coincide con lo que aportan sus socios, cantidad a su vez equivalente al precio de adquisición del crédito abonado a la entidad financiera.

En definitiva, desde una perspectiva estrictamente contable, la sociedad donataria experimenta un aumento de sus fondos propios por el importe de la donación que, de acuerdo con lo indicado en el párrafo anterior, será el precio satisfecho a la entidad financiera por sus socios. Dicho importe, de conformidad con lo previsto en el apartado 15 de la norma de elaboración de las cuentas anuales 6.^a «Balance», se mostrará en el epígrafe A-1. VI «Otras aportaciones de socios». Adicionalmente, la extinción de la deuda y, en consecuencia, la cancelación del pasivo financiero por su valor contable motivarán el reconocimiento de un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias del deudor por diferencia entre el importe de la donación y el valor contable de la deuda que se da de baja.

Los socios de «X», en sintonía con el criterio recogido en la consulta 7 del BOICAC n.º 75 contabilizarán, con carácter general, un mayor valor de su participación salvo que no sea probable que la empresa obtenga beneficios económicos futuros derivados de dicha aportación, en cuyo caso debería registrarse como un gasto.

2. Ampliación de capital por compensación de créditos.

En el caso de que la extinción de la deuda se instrumente a través de una ampliación de capital por compensación de créditos, los socios de «X» darán de baja el crédito por su valor en libros y contabilizarán por ese mismo importe un mayor valor de su participación en la mercantil.

En las cuentas de la sociedad deudora, sociedad «X», procederá contabilizar la baja del pasivo financiero, y reconocer el correspondiente aumento en los fondos propios por un importe equivalente al valor razonable de la efectiva aportación que se ha realizado. De acuerdo con los argumentos esgrimidos para el supuesto de la donación, cabe señalar que dicho importe no es otro que el precio de adquisición del crédito satisfecho a la entidad financiera.

En consecuencia, si la formalización jurídica de la operación pusiera de manifiesto un abono en la cuenta 100. «Capital social» por un importe superior al que se deba imputar directamente a los fondos propios de la sociedad, el exceso motivará un cargo de la cuenta 110. «Prima de emisión o asunción». La diferencia entre el importe por el que se encontraba contabilizado el pasivo dado de baja y este incremento de los fondos propios, se reconocerá como un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Por otra parte, resulta apropiado recordar que el aumento de capital por compensación de créditos está sometido a requisitos previos particulares que se recogen en el artículo 74 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada según el cual cuando el aumento se realice por compensación de créditos, éstos habrán de ser totalmente líquidos y exigibles.

3. Condonación parcial y ampliación de capital por compensación de créditos.

En esta alternativa, el tratamiento contable deberá ajustarse en términos de proporción a las soluciones incluidas en los números anteriores.

EJEMPLO:

La sociedad «PERLA» obtuvo el 3 de enero de 2008 un préstamo con las siguientes características:

Nominal: 200.000 euros.

Tipo de interés: 6% anual.

Amortización: 6 anualidades de igual importe (sistema francés).

Gastos iniciales: 2.500 euros.

A principios de 2010, ante las dificultades financieras que atraviesa la sociedad «PERLA», que no podrá atender el pago de la cuota correspondiente a 3 de enero de 2010, la sociedad «MAG», único socio de «PERLA», adquiere al banco el préstamo por 140.000 euros.

La adquisición del préstamo se realiza con la intención de condonar la mitad de su importe y realizar una ampliación de capital ¹ por la otra mitad, emitiendo 7.000 acciones de 10 euros de valor nominal.

Se pide:

Contabilizar las operaciones anteriores en los libros de las sociedades «PERLA» y «MAG».

Solución:

Sociedad «PERLA»

$$200.000 = a \times a_{6-0,005} \rightarrow a = 40.672,53$$

El cuadro de amortización del préstamo será el siguiente:

CUADRO DE AMORTIZACIÓN							
Pago	Fecha	Cobros/ pagos	Capital inicial	Intereses	Principal	Total amortizado	Capital final
0	enero-08	-197.500,00	0	0	0	0	200.000,00
1	enero-09	40.672,53	200.000,00	12.000,00	28.672,53	28.672,53	171.327,47
2	enero-10	40.672,53	171.327,47	10.279,66	30.392,87	59.065,40	140.934,60
3	enero-11	40.672,53	140.934,60	8.456,08	32.216,45	91.281,85	108.718,15
4	enero-12	40.672,53	108.718,15	6.523,09	34.149,44	125.431,29	74.568,71
5	enero-13	40.672,53	74.568,71	4.474,12	36.198,40	161.629,69	38.370,31
6	enero-14	40.672,53	38.370,31	2.302,22	38.370,31	200.000,00	0

¹ No se pretende analizar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada respecto a las ampliaciones de capital por compensación de créditos, por lo que obviamos el cumplimiento de dichos requisitos.
.../...

.../...

Para el cálculo del tipo de interés efectivo planteamos la ecuación:

$$197.500 = 40.672,53 \times a_{6-i} \rightarrow i = 6,4018\%$$

COSTE AMORTIZADO							
Pago	Fecha	Cobros/ pagos	Capital inicial	Intereses	Principal	Total amortizado	Coste amortizado
0	enero-08	-197.500,00	0	0	0	0	197.500,00
1	enero-09	40.672,53	197.500,00	12.643,51	28.029,02	28.029,02	169.470,98
2	enero-10	40.672,53	169.470,98	10.849,16	29.823,37	57.852,39	139.647,61
3	enero-11	40.672,53	139.647,61	8.939,93	31.732,60	89.584,99	107.915,01
4	enero-12	40.672,53	107.915,01	6.908,49	33.764,04	123.349,03	74.150,97
5	enero-13	40.672,53	74.150,97	4.746,98	35.925,55	159.274,58	38.225,42
6	enero-14	40.672,53	38.225,42	2.447,11	38.225,42	197.500,00	0

3 de enero de 2008. Obtención del préstamo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	197.500	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		28.029,02
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		169.470,98

31 de diciembre de 2008. Devengo de intereses.

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	12.643,51	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito		12.000,00
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		643,51

3 de enero de 2009. Pago de la anualidad y reclasificación.

Código	Cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	12.000,00	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	28.672,53	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		40.672,53

Código	Cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	29.823,37	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		29.823,37

.../...

.../...

31 de diciembre de 2009. Devengo de intereses.

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	10.849,16	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito		10.279,66
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		569,50

3 de enero de 2010.

En estos momentos la sociedad «PERLA» tendrá las siguientes cuentas relacionadas con el préstamo:

Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito (527)	10.279,66
Deudas a corto plazo con entidades de crédito (520)	30.392,88
Deudas a largo plazo con entidades de crédito (170)	139.647,61
Total	180.320,15

Por la mitad del préstamo que se condona.

De acuerdo con la respuesta a la consulta 5 del BOICAC 79 de septiembre de 2009, por la parte del crédito que es objeto de condonación, la sociedad «PERLA» (donataria) experimenta un aumento de sus fondos propios equivalente al precio de adquisición del crédito condonado. Este importe, de conformidad con lo previsto en el apartado 15 de la norma de elaboración de las cuentas anuales 6.^a «Balance», se mostrará en el epígrafe A-1.VI «Otras aportaciones de socios». La diferencia entre el importe de la donación y el valor contable del pasivo determina el reconocimiento de un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad donataria.

Código	Cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	5.139,83	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	15.196,44	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	69.823,80	
118	Aportaciones de socios o propietarios		70.000,00
778	Ingresos excepcionales		20.160,07

Por la mitad del préstamo por la que se amplía el capital.

Por la parte del préstamo que es objeto de ampliación de capital, la sociedad deudora experimenta un incremento de sus fondos propios equivalente al valor razonable de la efectiva aportación realizada por los socios. El importe de dicho aumento de fondos propios no es otro que el precio de adquisición del crédito. La diferencia entre este valor y el importe por el que figura contabilizado el pasivo se reflejará como un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias.

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	5.139,83	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	15.196,44	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	69.823,81	
100	Capital social		70.000,00
778	Ingresos excepcionales		20.160,08

En el momento de realizarse la ampliación de capital, la deuda viva correspondiente a la mitad del préstamo asciende a 90.803,57 euros (85.663,74 euros de principal y 5.139,83 euros de intereses devengados). Si se decidiera emitir 9.080 acciones de nominal 10 euros, la diferencia entre el capital nominal de la ampliación ($9.080 \times 10 = 90.800$) y el importe de la efectiva aportación de los socios (70.000) motivará un cargo en la cuenta 110. «Prima de emisión o asunción».

Código	Cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	5.139,83	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	15.196,44	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	69.823,81	
110	Prima de emisión o asunción	20.800,00	
100	Capital social		90.800,00
778	Ingresos excepcionales		20.160,08

Sociedad «MAG»

Por la adquisición del préstamo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
532	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	140.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		140.000

Extinción de la deuda.

La parte del crédito objeto de condonación supone un incremento del valor de la participación, salvo que no sea probable que la empresa obtenga beneficios económicos futuros derivados de dicha aportación, en cuyo caso debería registrarse como un gasto (consulta 7 del BOICAC n.º 75). En la parte en que la extinción de la deuda se instrumenta a través de una ampliación de capital por compensación de créditos, los socios de «PERLA» darán de baja el crédito por su valor en libros y contabilizarán por ese mismo importe un mayor valor de su participación.

Código	Cuenta	Debe	Haber
240	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo	140.000	
532	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		140.000

**SEGUNDO EJERCICIO DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS PARA EL
INGRESO EN EL CUERPO SUPERIOR DE INTERVENCIÓN
Y CONTABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN
DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**SECOND EXAM OF THE SELECTIVE EXAMINATION FOR THE
ADMISSION TO THE SUPERIOR BODY OF INTERVENTION AND
ACCOUNTING OF THE SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION**

JAVIER GONZÁLEZ SAINZA

Profesor del CEF

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso por el sistema de acceso libre y promoción interna en el Cuerpo de Superior de Intervención y Contabilidad de la Administración de la Seguridad Social, convocada por Orden TAS/877/2008, de 24 de marzo (BOE de 1 de abril)].

Sumario

Caso 1. Ejercicio de consolidación de estados financieros.

Los casos 2 y 3 se publicarán en *RCyT*. CEF, núm. 328, julio 2010.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

CONSOLIDACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS ¹

ENUNCIADO

Las sociedades «A», «B», «C», «D» y «E» forman un grupo de sociedades que han realizado las siguientes operaciones:

- 1.^a El 1 de enero de 2007 la sociedad «A» ha vendido al contado a la sociedad «B» una maquinaria por importe de 30.000 u.m. con un beneficio de 10.000 u.m. La vida útil de este activo llega hasta el 31 de diciembre de 2011.

La sociedad «B» fabrica con la maquinaria adquirida a la sociedad «A» un producto «X». El número de productos «X» fabricados cada año es de 500. Las existencias finales son (unidades de producto):

Operaciones año	Existencias finales (unidades)
2007	80
2008	10
2009	60

- 2.^a Durante los tres primeros años está previsto que la sociedad «A» preste el servicio para el funcionamiento de la máquina indicada en el párrafo anterior a la sociedad «B»; a estos efectos se compromete a destinar parte de su personal (no necesariamente las mismas personas) a cambio de 700 u.m. que se pagan anualmente el 31 de diciembre. El coste de este personal para la sociedad «A» fue: 550, 570 y 600 u.m. respectivamente en los años 2007, 2008 y 2009.
- 3.^a La sociedad «B» ha vendido el producto «X» fabricado a la sociedad «C» (se aplica FIFO), que lo comercializa, de acuerdo con los siguientes datos (en u.m.):

Operaciones año	Venta interna		Resultado interno (beneficio o pérdida registrado por «B»)	Existencias finales (unidades)
	Unidades	Precio unitario		
2007	200	21	1.100	150
2008	130	22	650	50
2009	400	20	2.300	310

¹ Ejercicio realizado conforme a la Nota publicada por el ICAC en referencia a los criterios a aplicar para la formulación de estados financieros consolidados conforme a los criterios del Código de Comercio para los ejercicios comenzados a partir del 1 de enero de 2008 (Nota del ICAC publicada en el BOICAC 75, septiembre 2008).

Al final del ejercicio 2009 están pendientes de pago todas las existencias adquiridas en dicho ejercicio.

- 4.^a El 1 de enero de 2009 la sociedad «A» absorbe a la sociedad «D», que participa en el 100 por 100 desde el 1 de julio de 2008. La sociedad «A» ha contabilizado la fusión de la siguiente forma (esquemáticamente) en u.m.:

Cuenta	Debe	Haber
Activos «1»	344.800	
Activos «2»	328.000	
Fondo de comercio	10.200	
Pasivo exigible		230.000
Sociedad absorbida		453.000

Cuenta	Debe	Haber
Sociedad absorbida	453.000	
Participación en «D»		370.000
Reservas		83.000

En el ejercicio 2008 se realizó entre otros el siguiente ajuste para formular el balance consolidado:

Cuenta	Debe	Haber
Capital y reservas de «D»	300.500	
Activo «1»	62.000	
Fondo de comercio	7.500	
Participación en «D»		370.000

El balance de la sociedad «D» a 31 de diciembre de 2008 era (en u.m.):

Activos «1»	282.800
Activos «2»	257.000
Total activo	539.800

Capital y reservas	300.500
Pérdidas y ganancias	9.300
Pasivo exigible	230.000
Total pasivo	539.800

Los activos «1» no son depreciables y los activos «2» se amortizan a 10 por 100 anual.

- 5.^a La participación de la sociedad «A» en el capital de la sociedad «E», el 100 por 100 desde 1 de julio de 2001 (coste: 400.000 u.m.), se vende el 1 de enero de 2009. La sociedad «A» ha contabilizado un beneficio de 260.000 u.m.

En el ejercicio 2008 se realizó entre otros el siguiente ajuste para formular el balance consolidado:

Cuenta	Debe	Haber
Capital y reservas	540.000	
Terrenos	30.000	
Fondo de comercio	10.000	
Participación en «E»		400.000
Reservas en sociedades consolidadas		180.000

- 6.^a La sociedad ha vendido el 31 de diciembre de 2008 a la sociedad «B» un activo financiero clasificado como activo disponible para la venta por importe de 15.715 u.m. que es su valor razonable en esa fecha. La sociedad «A» adquirió ese activo por 15.430 u.m. La sociedad «B» ha registrado el activo en la cartera de negociación, por lo que ha contabilizado 110 u.m. en resultados como variación positiva del valor razonable de ese elemento patrimonial.

- 7.^a Se han distribuido los siguientes dividendos en el año 2009 (en u.m.):

Sociedad	Dividendo a cuenta	Dividendo con cargo a resultados
«A»	0	6.000
«B»	3.000	25.000
«C»	0	18.000

La sociedad «A» participa en el 80 por 100 de la sociedad «B». La sociedad «B» participa en el 60 por 100 de la sociedad «C».

- 8.^a La inversión en la sociedad «A» originó un fondo de comercio de consolidación de 89.000 u.m. La inversión en la sociedad «C» no produjo ningún fondo de comercio de consolidación positivo ni negativo.

- 9.^a El balance a 31 de diciembre de 2009 es:

Activo	Sociedad «A»	Sociedad «B»	Sociedad «C»
Activo diverso	743.000	624.000	580.000
Participación en «B»	400.000		
Participación en «C»		180.000	
Total activo	1.143.000	804.000	580.000

Patrimonio neto y pasivo	Sociedad «A»	Sociedad «B»	Sociedad «C»
Capital	100.000	200.000	300.000
Reservas	230.000	310.000	230.000
Resultado del ejercicio	290.000	30.000	27.000
Ajustes a valor razonable	1.300	2.200	800
Dividendo entregado a cuenta		-3.000	
Pasivo exigible	521.700	264.800	22.200
Total patrimonio neto y pasivo	1.143.000	804.000	580.000

TRABAJO A REALIZAR POR EL OPOSITOR:

Con la información proporcionada, proponga los ajustes, en forma de asiento de libro diario, para preparar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada del ejercicio 2009.

Nota: Si existe el fondo de comercio de consolidación NO se amortizará. Si se produjera una diferencia negativa de consolidación (fondo de comercio negativo) se imputará inmediatamente a resultados. No se tendrá en cuenta ningún efecto tributario.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

Punto 1.

Procede la aplicación de los artículos 38.2 y 37.2 b) del Real Decreto 1815/1991, en el que se establecen las normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas (NOFCAC):

«Artículo 38. Eliminación de resultados por operaciones internas de inmovilizado.

1. Se considerarán operaciones internas de inmovilizado todas aquellas en las que una sociedad del grupo compra elementos de inmovilizado a otra también del grupo, con independencia de que para la sociedad que vende constituyan inmovilizado o existencias.
2. Los resultados producidos en estas operaciones deberán diferirse, hasta el ejercicio en que se realicen, de acuerdo con las siguientes reglas:
 - a) El importe a diferir será igual a la diferencia entre el precio de adquisición o coste de producción, neto de amortizaciones, y el precio de venta.
 - b) El resultado se entenderá realizado cuando:

- Se enajene a terceros el inmovilizado adquirido.
- Se enajene a terceros el activo, al que se ha incorporado como coste la amortización del inmovilizado.
- En el caso de que no se incorpore como coste de un activo, en proporción a la amortización o baja en inventario de cada ejercicio.

Tratándose de pérdidas el resultado se entenderá realizado cuando exista una depreciación respecto del precio de adquisición o coste de producción del inmovilizado, neto de amortizaciones, y hasta el límite de dicha depreciación.

- c) Cuando la amortización del inmovilizado se incorpore, como coste, a las existencias se deberá aplicar las normas del artículo 37.
3. Cuando como consecuencia de una operación interna quede afectado un elemento del circulante al inmovilizado, este cambio de afectación deberá figurar en el haber de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada en la partida trabajos efectuados por el grupo para su inmovilizado, por el importe del coste; neto de los resultados internos. Cuando estas operaciones sean significativas se informará de ello en la memoria.»

«Artículo 37. *Eliminación de resultados por operaciones internas de existencias.*

1. Se considerarán operaciones internas de existencias todas aquellas en las que una sociedad del grupo compra existencias a otra también del grupo, con independencia de que para la sociedad que vende constituyan existencias o inmovilizado.
2. Los resultados producidos en estas operaciones deberán diferirse, hasta el ejercicio en que se realicen, de acuerdo con las siguientes reglas:
 - a) El importe a diferir será igual a la diferencia entre el precio de adquisición o coste de producción, neto de provisiones, y el precio de venta.
 - b) El resultado se entenderá realizado cuando se enajenen a terceros las mercaderías adquiridas o los productos de los que formen parte las materias primas adquiridas. Tratándose de pérdidas el resultado se entenderá realizado cuando exista una depreciación respecto del precio de adquisición o coste de producción de las existencias y hasta el límite de dicha depreciación, a estos efectos deberá dotarse la correspondiente provisión.
 - c) Cuando las existencias adquiridas se integren, como coste, en activos inmovilizados deberán aplicarse las normas del artículo 38.
3. Cuando como consecuencia de una operación interna quede afectado un elemento del inmovilizado al circulante como existencias, este cambio de afectación deberá figurar en la cuenta

de pérdidas y ganancias consolidada en la partida "inmovilizado transformado en existencias", por el importe del coste, neto de los resultados internos. Cuando dichas operaciones sean significativas se informará de ello en la memoria.»

El precio de adquisición en la sociedad «B» del inmovilizado material «maquinaria» a 31 de diciembre de 2009 se encuentra sobrevalorado en comparación con el consolidado por el beneficio intragrupo que incorporó ésta respecto al valor en libros por el que figuraba en la contabilidad individual de la sociedad vendedora «A» en el momento de la venta.

En aplicación del anterior artículo 38 del Real Decreto 1815/1991, dicha sobrevaloración habrá de corregirse de cara a formular estados financieros consolidados minorando el valor del activo y considerando que el beneficio que se reconoció en 2007 la sociedad vendedora «A», se irá difiriendo, en función de la venta al exterior de las existencias fabricadas con la maquinaria vendida a «B» a las que se ha incorporado como coste de producción de las existencias, la amortización del inmovilizado sobrevalorado, en este caso, de la aplicación del artículo 37.2 b) del Real Decreto 1815/1991 (véanse siguientes ajustes), por lo que en principio se ha de eliminar dicho beneficio derivado de la venta de la maquinaria, que se considerará realizado a medida que se vendan al exterior las existencias para cuya fabricación se emplea la maquinaria que «A» vendió a «B» (ajuste realizado posteriormente).

Ajuste por el exceso de valoración de la maquinaria y minoración del beneficio reconocido por la vendedora en el ejercicio 2007

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Reservas «A»	10.000	
Maquinaria		10.000
	10.000	10.000

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

La sociedad «B» fabrica con la maquinaria adquirida a la sociedad «A» un producto «X». El número de productos «X» fabricados cada año es de 500. Las existencias finales son (unidades de producto):

Operaciones año	Existencias finales (unidades)
2007	80
2008	10
2009	60

La amortización de la máquina vendida intragrupo de «A» a «B» que se encuentra en la contabilidad individual de «B» sobrevalorada, incluye la parte de amortización referente al beneficio intragrupo. Dicha amortización se incorpora como mayor coste de producción de las existencias producidas por «B».

El beneficio intragrupo contabilizado por «A» en su contabilidad individual por la venta del inmovilizado se considerará realizado, de cara a la contabilidad consolidada, con la venta a terceros ajenos al grupo de las unidades cuyo coste de producción incorpora la amortización que incluye el beneficio intragrupo por el que se dio de alta el inmovilizado en la contabilidad individual de «B».

Determinación de la amortización anual derivada de la sobrevaloración del activo que incorpora el beneficio intragrupo, incorporado como mayor valor de las existencias (se considera realizado si es vendido al exterior)

En principio, de la información proporcionada en el enunciado, la amortización anual del activo se supone lineal, sin valor residual y con una vida útil remanente de cinco años (del 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011), por lo que en principio la amortización anual correspondiente al beneficio intragrupo: $10.000 \text{ euros} / 5 \text{ años} = 2.000 \text{ euros/año}$.

Si cada año se incorpora dicha amortización a 500 unidades físicas (u.f.), $2.000 / 500 \text{ u.f.}$, son los 4 euros/u.f. en las que se sobrevaloran las existencias. En la medida en la que se vendan al exterior las mismas (a terceros ajenos al grupo), el beneficio intragrupo contabilizado por «A» que se ha incorporado vía amortización a dichas existencias se considerará realizado, caso contrario, deberemos corregirlo como no realizado (por ejemplo, caso de vender las mismas a «C» y éstas no encontrarse vendidas al exterior).

En el caso que nos atañe, y dado que se sigue un sistema FIFO (*First In First Out* o de 1.^a Entrada, 1.^a Salida), se entiende que las unidades fabricadas en 2007 que siguen en almacén a finales de dicha fecha se venden a «C» o al exterior en 2008, lo que hace que dicha amortización incorporada como coste de las existencias, se pueda considerar realizada en ese ejercicio 2008 en la medida en que se venda al exterior (cuando «C» lo venda a terceros, se considerará realizada), y así sucesivamente.

Vamos a realizar la hipótesis de que las existencias finales en «B» se venden al exterior en ejercicios posteriores, y no se dedican a la venta intragrupo:

Año	Fabricados	Almacén producto terminado en «B»	Venta directa al exterior	Venta producto «X» de «B» a «C»
2007	500	80	220	200
2008	500	10	360	130
2009	500	60	40	400

En 2007, «B» vende al exterior directamente 220 u.f. fabricadas en 2007 y quedan en su almacén 80 u.f.

En 2008, se venden al exterior las 360 u.f. fabricadas en 2008, así como las 80 u.f. de existencias iniciales en «B» fabricadas en 2007. Quedan existencias finales por 10 u.f.

En 2009, «B» vende al exterior directamente 40 u.f. fabricadas en 2009 así como 10 u.f. fabricadas en 2008 que quedaron en almacén de producto terminado de «B».

Análisis de los productos «X» vendidos por «B» a «C»

Año	Adquiridos a «B»	Almacén producto terminado en «C»	Venta al exterior
2007	200	150 ₀₇	50 ₀₇
2008	130	50 ₀₈	150 ₀₇ + 80 ₀₈ = 230
2009	400	310 ₀₉	50 ₀₈ + 90 ₀₉ = 140

Entre las ventas realizadas por «B» directamente al exterior y las ventas de «C» al exterior:

Año	Por ventas «B»	Por ventas «C» al exterior	Total ventas al exterior
2007	220	50	270
2008	360 + 80 = 440	230	670
2009	10 ₀₈ + 40 ₀₉ = 50	50 ₀₈ + 90 ₀₉ = 140	190

Luego al cierre 2008, se puede considerar realizado el beneficio correspondiente a: $270 + 670 = 940$ u.f., quedando pendientes de realizar 60 u.f. (10 u.f. quedan en «B» como existencias finales y 50 quedan en «C» como existencias finales), que se entiende se van a realizar en este ejercicio 2009, por seguir un criterio FIFO.

Por la amortización de la maquinaria de ejercicios anteriores que presentaba el beneficio intragrupo que se incorporó como coste de existencias que resultaron vendidas en ejercicios previos al 2009

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Amortización acumulada inmovilizado material	3.760	
Reservas «A»		3.760
$(500/500_{\text{año 07}} + 440/500_{\text{año 08}}) \times 2.000 \text{ euros/año}$		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Por la amortización de la maquinaria de ejercicios anteriores que presentaba el beneficio intragrupo que se ha incorporado como coste de existencias que han resultado vendidas al exterior en el ejercicio 2009

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Amortización acumulada inmovilizado material	240	
Reservas «A»		240
$(10_B + 50_C)/500_{\text{año 08}} \times 2.000 \text{ euros/año}$		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Reservas «A»	240	
Resultado ejercicio «A»		240
$(10_B + 50_C)/500_{\text{año } 08} \times 2.000 \text{ euros/año}$		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Saldo resultado ejercicio «A»	240	
Variación de existencias		240

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «A»	240	
Resultado ejercicio «A»		240

Por la amortización del presente ejercicio 2009 de la maquinaria que presentaba el beneficio intragrupo que se ha incorporado como coste de existencias producidas en 2009 que han resultado vendidas al exterior en el ejercicio 2009

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Amortización acumulada inmovilizado material	520	
Resultado ejercicio «A»		520
$(40_B + 90_C)/500_{\text{año } 09} \times 2.000 \text{ euros/año}$		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Saldo resultado ejercicio «A»	520	
Amortización acumulada inmovilizado material		520

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «A»	520	
Resultado ejercicio «A»		520

Por la amortización del presente ejercicio 2009 de la maquinaria que presentaba el beneficio intragrupo que se ha incorporado como coste de existencias producidas en 2009 que han quedado en el almacén de existencias finales de 2009 tanto en «B» como en «C»

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Amortización acumulada inmovilizado material	1.480	
Resultado ejercicio «A»		1.480
$(310_B + 60_C)/500_{\text{año } 09} \times 2.000 \text{ euros/año}$		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Saldo resultado ejercicio «A»	1.480	
Amortización acumulada inmovilizado material		1.480

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «A»	1.480	
Resultado ejercicio «A»		1.480

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «A»	1.480	
Existencias		1.480
$(310_B + 60_C)/500_{\text{año } 09} \times 2.000 \text{ euros/año}$		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Variación de existencias	1.480	
Saldo resultado ejercicio «A»		1.480

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «A»	1.480	
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «A»		1.480

Punto 2.

Se está prestando un servicio necesario para la fabricación de las existencias que se venden a «C».

Ahora bien, el beneficio intragrupo (diferencia entre el precio de prestación del servicio anual y el coste anual de prestación del mismo) no se puede considerar realizado en tanto en cuanto no se hayan vendido al exterior las existencias que se han fabricado con la máquina, pues se considera un servicio que se incorpora como mayor factor de coste de producción de las mismas.

Por ello, párrafo anterior, se pueden llegar a obtener las existencias que aún no se han vendido al exterior a comienzos del año 2009 procedentes de ejercicios anteriores.

Año	Precio venta	Coste personal	Margen intragrupo «A»	Margen intragrupo unitario (€/u.f.)
2007	700	550	150	150/500 = 0,30
2008	700	570	130	130/500 = 0,26
2009	700	600	100	100/500 = 0,20

Almacén producto terminado en «B»	Almacén producto terminado en «C»	Almacén producto terminado en «B» o «C»	Margen intragrupo unitario (€/u.f.)	Margen intragrupo realizado en ejercicio siguiente (€/u.f.)
80 ₀₇	150 ₀₇	230 ₀₇	150/500 = 0,30	69,0
10 ₀₈	50 ₀₈	60 ₀₈	130/500 = 0,26	15,6
60 ₀₉	310 ₀₉	370 ₀₉	100/500 = 0,20	74,0

De tal forma que parte del beneficio reconocido por «A» por la prestación del servicio en el ejercicio 2007 se habrá realizado de cara a la presentación de estados financieros consolidados en el ejercicio 2008, en concreto $[(80_{\text{EXIST. FINALES «B» 2007}} + 150_{\text{EXIST. FINALES «C» 2007}}) \text{ u.f.} \times 0,30 \text{ €/u.f.}] = 69,00 \text{ euros}$. De igual manera, parte de los de 2008 $[(10 + 50)/500 \times (700 - 570)] = 15,60 \text{ euros}$, se reconocerán realizados en el consolidado del ejercicio 2009, y parte de los de 2009 no se podrán considerar realizados en los estados financieros consolidados por un importe que asciende a $[(60 + 310)/500 \times (700 - 600)] = 74,00 \text{ euros}$.

Por el exceso de beneficio reconocido en los estados financieros individuales de «A» en 2008 que se consideran realizados a efectos consolidados en 2009 una vez vendidas al exterior las existencias que incorporaban dicho coste, como consecuencia de aplicarle un margen al servicio prestado (siendo incorporado éste como coste de producción unitario)

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Reservas «A»	15,60	
Resultado ejercicio «A»		15,60
$(10_B + 50_C) \times 0,26 \text{ euros/año}$		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Saldo resultado ejercicio «A»	15,60	
Variación de existencias		15,60

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «A»	15,60	
Resultado ejercicio «A»		15,60

Por el exceso de beneficio reconocido en los estados financieros individuales de «A» en 2009 que se no consideran realizados a efectos consolidados en 2009 pues a dicha fecha aún no han sido enajenadas al exterior las existencias en las que el coste del servicio prestado ha sido incorporado como coste de producción de las mismas

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «A»	74,00	
Existencias		74,00
$(60_B + 310_C) \times 0,20$ euros/año		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Variación de existencias	74,00	
Saldo resultado ejercicio «A»		74,00

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «A»	74,00	
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «A»		74,00

Por la prestación de servicios de «A» a «B» se producen gastos e ingresos recíprocos. Se suponen pagados-cobrados al contado

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Ingresos por prestación servicios	700	
Reparaciones y conservación		700

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Punto 3.

En este caso, en los ajustes realizados previamente no se incluyó la eliminación del margen que había incorporado la sociedad «B» en las existencias vendidas a la sociedad «C» en la misma proporción en la que las mismas no han sido vendidas a terceros ajenos al grupo. Siguiendo el mismo razonamiento que en el apartado 2, pero con márgenes intragrupo diferentes en función del ejercicio:

Margen intragrupo registrado por «B» (€/u.f.)	Margen unitario intragrupo (€/u.f.)	Almacén producto terminado en «C»	Margen intragrupo realizado en ejercicio siguiente (€/u.f.)
1.100	$1.100/200 = 5,50$	150 ₀₇	825
650	$650/130 = 5,00$	50 ₀₈	250
2.300	$2.300/400 = 5,75$	310 ₀₉	1.782,50

Realización del margen intragrupo por las existencias vendidas por «B» a «C» en 2008 que ésta vende al exterior en 2009

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Reservas «B»	250	
Resultado ejercicio «B»		250
50 u.f. × 5,00 euros/u.f.		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Saldo resultado ejercicio «B»	250	
Variación de existencias		250

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «B»	250	
Resultado ejercicio «B»		250

Por la no realización en el consolidado de las existencias vendidas por «B» a «C» en 2009 que «C» aún no ha vendido al exterior al cierre del 2009

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «B»	1.782,50	
Existencias		1.782,50
310 u.f. × 5,75 euros/u.f.		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Variación de existencias	1.782,50	
Saldo resultado ejercicio «B»		1.782,50

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «B»	1.782,50	
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «B»		1.782,50

Por la eliminación de las compras-ventas recíprocas así como de los créditos-débitos recíprocos

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Proveedores, empresas del grupo	8.000	
Cientes, empresas del grupo		8.000
800 u.f. × 20 euros/u.f		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Ventas	8.000	
Compras		8.000

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Punto 4.

La fusión hace referencia a una fusión impropia en la que la sociedad «A», previamente a la absorción, ya controlaba la sociedad «D» absorbida. Se trata de una operación entre empresas del grupo regulada en la norma de registro y valoración 21.^a 2.2 «Operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria de un negocio».

«2.2. Operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria de un negocio.

En las operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria en las que el objeto sea un negocio, según se define en la norma sobre combinaciones de negocios, se seguirán los siguientes criterios:

En las operaciones entre empresas del grupo en las que intervenga la empresa dominante del mismo o la dominante de un subgrupo y su dependiente, directa o indirectamente, los elementos constitutivos del negocio adquirido se valorarán por el importe que correspondería a los mismos, una vez realizada la operación, en las cuentas anuales consolidadas del grupo o subgrupo según las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, que desarrollan el Código de Comercio.

En el caso de operaciones entre otras empresas del grupo, los elementos patrimoniales del negocio se valorarán según los valores contables existentes antes de la operación en las cuentas anuales individuales.

La diferencia que pudiera ponerse de manifiesto en el registro contable por la aplicación de los criterios anteriores se registrará en una partida de reservas.

A los efectos de lo dispuesto en esta norma, no se considerará que las participaciones en el patrimonio neto de otras empresas constituyen en sí mismas un negocio.»

Si se tienen en cuenta los datos anteriores, en la fecha de adquisición de control, esto es, a 1 de julio de 2008, se ha llegado a los mismos de la siguiente manera:

(+) Contraprestación entregada	370.000
(-) Valor razonable activos netos 01-07-2008	362.500
• Patrimonio neto a 01-07-2008	300.500
• Plusvalía activo 1 (no amortizable)	62.000
• Plusvalía activo 2	0
(=) Diferencia primera consolidación (fondo de comercio).....	7.500
Resultados generados desde 01-07-2008	9.300
Activos netos consolidados a 31-12-2008	379.300

	Valor en libros «D» 31-12-2008	Plusvalía 31-12-2008	Valor en libros consolidado 31-12-08	Valor efectos fusión	Exceso beneficio reconocido
Activo 1	282.800	62.000	344.800	344.800	0
Activo 2	257.000	0	257.000	328.000	71.000
Fondo comercio	0	7.500	7.500	10.200	2.700
Pasivo	230.000	0	230.000	230.000	0
Activos netos	309.800	69.500	379.300	453.000	73.700

Explicando el cuadro anterior, según lo establecido en la norma de registro y valoración 21.^a 2, se han de tener en cuenta los valores consolidados a 31 de diciembre de 2008 y éstos debieran ser los importes por los que el negocio «D» debiera integrarse a 1 de enero de 2009, de tal forma que:

ACTIVOS: (los mismos que en el individual a 31-12-2008 + 62.000 de la plusvalía del activo 1 y 7.500 de la plusvalía no identificable):

Activo 1: 282.800 u.m. + 62.000 u.m. = 344.800 u.m., fusionándose en «A» por un valor de 344.800 u.m., importe correctamente contabilizado.

Activo 2: 257.000 u.m., si bien se dio de alta en la fusión dicho activo por un importe de 328.000 u.m., lo que hace un exceso de 71.000 u.m. respecto al valor en libros consolidado a 31 de diciembre de 2008.

Fondo de comercio: 7.500 u.m. cuando se ha dado de alta en la fusión impropia por 10.200 u.m., ascendiendo el exceso a 2.700 u.m.

PASIVO EXIGIBLE: 230.000 u.m., bien integrado en la contabilidad de «A» en el proceso de fusión impropia.

El exceso por el que se ha contabilizado el activo 2 (71.000 u.m.) respecto al valor en libros consolidado así como el fondo de comercio pagado en la adquisición a terceros del control (2.700 u.m.) ha de corregirse con abono a reservas por un importe de 73.700 u.m.

Como consecuencia del exceso de valor por el que figura el activo 2 tras la fusión, se da un exceso de amortización ($71.000 \times 10\% = 7.100$ u.m.).

Por la corrección del valor de los activos en la fusión impropia de «D» en «A»

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Reservas «A»	73.700	
Activo 2		71.000
Fondo de comercio		2.700

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Por el exceso de amortización del activo 2 y realización parcial del resultado

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Amortización acumulada inmovilizado material	7.100	
Resultado ejercicio «A»		7.100
10% s/71.000 u.m.		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Saldo resultado ejercicio «A»	7.100	
Amortización inmovilizado material		7.100

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «B»	7.100	
Resultado ejercicio «A»		7.100

Punto 5.

A esta operación le es de aplicación el punto 12 de la NOTA del ICAC para la formulación de estados financieros consolidados para los ejercicios comenzados a partir del 1 de enero de 2008 conforme a los criterios del Código de Comercio. El mismo, en su apartado «Operaciones de disminución del porcentaje de participación de la inversión con pérdida de control», establece lo siguiente:

«Operaciones de disminución del porcentaje de participación de la inversión con pérdida de control.

El Código de Comercio no contempla el caso de reducción de la participación que conlleva que la sociedad dependiente deje de pertenecer al grupo. En consecuencia, será aplicable el régimen establecido en el apartado 1 del artículo 29 de las NOFCAC para operaciones en las que la disminución de la participación en la sociedad dependiente implique la pérdida de control.

Teniendo en cuenta la aplicación del citado artículo, y lo previsto en el Plan General de Contabilidad para resultados reconocidos directamente en patrimonio, en la contabilización de estas operaciones se han de observar las reglas siguientes:

- Se contabilizará un resultado por la diferencia entre el valor de la contrapartida recibida y el valor contable en cuentas consolidadas atribuible a la participación de la que se ha dispuesto.
- Se trasladará a pérdidas y ganancias, incluyéndose en el "resultado por enajenaciones de participaciones consolidadas", el importe total de los gastos e ingresos reconocidos directamente en el patrimonio neto de la sociedad dependiente atribuibles al grupo, excepto por el importe que conforme a la letra c) siguiente haya de mantenerse.
- En el caso de que la sociedad pase a ser una sociedad multigrupo o una sociedad asociada se consolidará o aplicará la puesta en equivalencia inicialmente a partir de los activos y pasivos consolidados atribuibles a dicha participación y se mantendrán las partidas de patrimonio neto atribuibles a dicha participación («diferencias de conversión», «otros ajustes por cambios de valor» y «subvenciones, donaciones y legados recibidos»).
- Las participaciones en el patrimonio de la sociedad dependiente que se mantengan después de la pérdida de control, y que no pertenezcan al perímetro de la consolidación, se valoran

conforme a la NRV 9.^a del Plan General de Contabilidad, considerando que su coste es el valor contable consolidado en la fecha en que dejan de pertenecer al perímetro de la consolidación.»

Se ha de proceder a calcular el precio de venta y por diferencia con el valor en libros consolidado en la fecha de la venta proceder a determinar el resultado consolidado a reconocer con la información inmediatamente proporcionada. Posteriormente, y por comparación con el resultado individual proporcionado en el enunciado, realizar el ajuste de cara a la presentación de estados financieros consolidados en 2009:

Precio de venta (Precio de adquisición de la participación + Beneficio en la venta de la participación) (400.000 + 260.000 u.m.)	660.000
--	---------

Valor en libros consolidados en la fecha de la venta = Valor razonable de los activos netos en la fecha de adquisición corregido por amortizaciones y deterioros de los mismos posteriores, así como por los resultados generados atribuidos a la sociedad dominante (hayan ido o no directamente como ingresos o gastos contra patrimonio neto o a través de la cuenta de pérdidas y ganancias) desde la fecha de adquisición:

Valor individual en libros de los activos netos a 01-01-2001	360.000
(400.000 – 30.000 – 10.000)	
Mayor valor de los terrenos	30.000
Mayor valor del fondo de comercio	10.000
Reservas en sociedades consolidadas	180.000
Resultados generados × «E» en 2008 atribuibles a la sociedad «A» (hipótesis: incluidos en las RSC)	0
Valor en libros consolidados justo en el momento previo a la venta	580.000

Cálculo del resultado derivado de la venta de la participación en «E»

(+) Precio de venta	660.000
(–) Valor en libros consolidado fecha venta	(580.000)
(=) Beneficio consolidado × Venta de la participación en empresas del grupo	80.000
(660.000 – 580.000)	

Importe del ajuste por corrección a realizar de cara a presentar los estados financieros consolidados:

(+) Beneficio reconocido en la contabilidad individual	260.000
(-) Beneficio reconocido en el consolidado	(80.000)
(=) Corrección a realizar en el resultado del ejercicio de la sociedad vendedora «A»	180.000

Por la corrección del resultado reconocido por la venta de la participación estratégica en «E»

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «A»	180.000	
Reservas «A»		180.000
Desde la fecha de adquisición la sociedad «E» ha generado resultados en ejercicios previos al de venta que eran atribuibles a la sociedad dominante (RSC)		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Beneficio venta a largo plazo participaciones empresas del grupo	180.000	
Saldo resultado ejercicio «A»		180.000

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «A»	180.000	
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «A»		180.000

Adicionalmente, se procede a reclasificar el resultado derivado de la enajenación de la participación en empresas del grupo de cara a la presentación de estados financieros consolidados, por el resultado válido de cara al consolidado:

Por el ajuste de reclasificación del resultado de cara a la presentación de estados financieros consolidados

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Beneficio venta a largo plazo participaciones empresas del grupo	80.000	
Beneficio procedente de venta de sociedades consolidadas		80.000

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Punto 6.

A pesar de las limitaciones en cuanto a información derivadas del enunciado, se ha establecido como hipótesis de trabajo la de que la sociedad vendedora intragrupo del activo es la sociedad «A» de cara a la realización del ajuste correspondiente sobre los estados financieros agregados. En este caso, la sociedad «A», previamente a la venta, había clasificado dicha inversión en instrumentos financieros como una inversión en activos financieros disponibles para la venta, entendiéndose de igual forma que, de cara a la presentación de estados financieros consolidados, dicha inversión era, a su vez, como se debía presentar.

Derivado de la transacción de venta intragrupo, la sociedad «A», sociedad vendedora, ha transferido a resultados del ejercicio los incrementos en el valor razonable que dicha inversión había experimentado desde la fecha de adquisición a terceros de la misma hasta la fecha de enajenación intragrupo a «B». De cara a la presentación de estados financieros consolidados, la inversión sigue estando dentro del grupo, con lo que el resultado reconocido en la contabilidad individual de «A» por transferencia a resultados no se puede considerar realizado.

Por la corrección la eliminación de la transferencia a resultados de la venta intragrupo de un activo financiero disponible para la venta que se vendió en 2008

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Reservas «A»	285	
Ajustes × Cambios de valor en activos financieros disponibles para la venta «A»		285
15.715 - 15.430 = 285		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

De igual forma, tras la adquisición, la sociedad «B» calificó la inversión en dicho instrumento financiero dentro de la cartera de negociación. De cara a la presentación de estados financieros consolidados, se deberá seguir presentando a efectos de valoración tal y como se procedía a valorar en el consolidado previamente a la transacción, esto es, y dando por válida la hipótesis de que en el consolidado se consideraba un activo financiero disponible para la venta, las evoluciones experimentadas en el valor razonable del activo se debieran llevar contra patrimonio neto.

Por el ajuste llevando la evolución del valor razonable de pérdidas y ganancias a ingresos y gastos imputados directamente a patrimonio neto

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «B»	110	
Ajustes × Cambios de valor en activos financieros disponibles para la venta «B»		110

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Beneficios cartera de negociación	110	
Saldo resultado ejercicio «B»		110

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «B»	110	
Beneficios en activos financieros disponibles para la venta «B»		110

Punto 7.

Se ha establecido como hipótesis de trabajo que la sociedad «A» es la cabecera del grupo, sin afectarle para nada la distribución que de los dividendos realice de cara a realizar ajustes en la presentación de estados financieros consolidados.

En aplicación del artículo 42 del Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las NOFCAC.

«Artículo 42. *Eliminación de dividendos internos.*

1. Se considerarán dividendos internos los registrados como ingresos del ejercicio de una sociedad del grupo que hayan sido distribuidos por otra perteneciente al mismo.
2. Estos dividendos serán eliminados considerándolos reservas de la sociedad perceptora.
3. Cuando se trate de dividendos a cuenta se eliminarán con la cuenta deudora representativa de los mismos en la sociedad que los distribuyó.»

Según se menciona en este apartado, la sociedad «A» ejerce un dominio indirecto sobre la sociedad «C», con lo que para preparar los estados financieros consolidados, nos veremos en la obligación de proceder a realizar una consolidación por etapas:

Dividendos distribuidos por «C»

Por la distribución de dividendo de «C» con cargo a resultados de ejercicios anteriores en la parte que se queda «B» (si no repartido hubieran sido reservas en sociedades consolidadas atribuidas a «B»)

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «B»	10.800	
Reservas «B»		10.800
60% s/18.000		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Ingreso de participaciones en instrumento de patrimonio	10.800	
Saldo resultado ejercicio «B»		10.800

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «B»	10.800	
Saldo ingresos y gastos reconocidos «B»		10.800

Dividendos distribuidos por «B»

Por el ajuste de eliminación de la distribución de dividendo derivado de resultados generados por «B» con cargo a resultados de ejercicios anteriores en la parte que se queda el grupo (si no repartido hubieran sido reservas en sociedades consolidadas atribuidas a «A»)

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «A»	20.000	
Reservas «A»		20.000
80% s/25.000		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Ingreso de participaciones en instrumento de patrimonio	20.000	
Saldo resultado ejercicio «A»		20.000

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «A»	20.000	
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «A»		20.000

Por el ajuste de la distribución de dividendo derivado de resultados generados por «B» con cargo a resultados del presente ejercicio (se elimina el dividendo a cuenta y posteriormente tras el asiento de eliminación inversión-patrimonio neto se atribuye el resultado)

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «A»	2.400	
Dividendo a cuenta «B»		2.400
80% s/3.000		

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Ingreso de participaciones en instrumento de patrimonio	2.400	
Saldo resultado ejercicio «A»		2.400

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «A»	2.400	
Saldo estado ingresos y gastos reconocidos «A»		2.400

Punto 8.

En coherencia con el tratamiento dado al apartado 7.º en relación con los dividendos distribuidos por la sociedad «A» a sus accionistas (se ha considerado la cabecera del grupo con lo que no se realizó ajuste alguno y no será necesario integrar las cuentas consolidadas a niveles superiores), se realiza la siguiente interpretación sobre el enunciado:

El fondo de comercio de la inversión en la sociedad «B» realizada por «A» en la fecha de adquisición asciende a 89.000 euros. Con la información suministrada en este apartado y junto al apartado 9.º, nos sirve para realizar el asiento de eliminación inversión patrimonio neto, así como la atribución de resultados del ejercicio 2009.

Punto 9.

Para la elaboración del presente apartado, se ha tenido en cuenta la siguiente regulación vigente:

«Artículo 30. *Participaciones indirectas.*

La eliminación inversión-fondos propios en los supuestos de participación indirecta se efectuará por etapas. Se realizará, en primer lugar, la eliminación inversión-fondos propios correspondiente a la sociedad dependiente que no tenga participación directa en el capital de ninguna otra sociedad dependiente.

Posteriormente, se realizarán las sucesivas eliminaciones inversión-fondos propios, por el orden que se deriva de lo indicado, teniendo en cuenta para la cuantificación de los fondos propios que formarán parte de estos últimos las reservas en sociedades consolidadas surgidas en las etapas anteriores.»

En aplicación del artículo 30 del Real Decreto 1815/1991 mencionado anteriormente, la consolidación se ha de realizar por etapas, al existir un dominio indirecto.

Primero se realizará el asiento de eliminación inversión patrimonio neto así como la atribución de resultados correspondiente a la participación que «B» posee en «C» y, posteriormente, el asiento de eliminación inversión patrimonio neto así como la atribución de resultados correspondiente al patrimonio neto vigente en el subconsolidado de «BC» en «A».

En el caso referente a «C», tal y como se indica en el enunciado en el apartado octavo, no hay fondo de comercio de consolidación. Como hipótesis se ha establecido que la inversión se

realizó en la constitución de la sociedad «C» con lo que, tanto las reservas como los ajustes a valor razonable se generaron con posterioridad a dicha inversión y todos son atribuibles en el porcentaje de participación que le corresponde a la sociedad «B».

En lo que a «B» respecta, se han realizado las siguientes hipótesis:

1. El capital social no ha variado desde la fecha de adquisición.
2. No existían plusvalías identificables no reconocidas en libros en la fecha de adquisición de control.
3. La diferencia entre el patrimonio neto en libros en la fecha de adquisición y el capital social era exclusivamente atribuible a las reservas «B».

De esta forma podemos llegar a determinar cuáles eran las reservas «B» en la fecha de adquisición de control y así poder llegar a establecer el importe de las RSC:

De tal forma que:

(+) Contraprestación entregada	400.000
(-) Fondo de comercio de consolidación	89.000
(=) 80% patrimonio neto en la fecha de adquisición de control en «B»	311.000
100% del patrimonio neto (311.000/80%)	388.750
(-) Capital social	(200.000)
(=) Reservas en la fecha adquisición control	188.750

Asiento de eliminación inversión patrimonio neto a 31 de diciembre de 2009

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Capital social «C»	300.000	
Reservas «C»	230.000	
Ajustes × Cobros valor «C»	800	
Participación en «C»		180.000
Reservas en sociedades consolidadas [60% s/(230.000 - 0)]		138.000
Ajustes × Valoración en sociedades consolidadas [60% s/(800 - 0)]		480
Intereses de socios externos (40% s/530.800)		212.320
	530.800	530.800

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Por la atribución de resultados generados en 2009

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «C»	27.000	
Resultado ejercicio atribuido a «B» (60% s/27.000)		16.200
Resultado ejercicio de «C» atribuido a socios externos de «B» (40% s/27.000)		10.800

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Saldo resultado ejercicio atribuido a «B»	16.200	
Saldo resultado ejercicio de «C» atribuido a socios externos de «B»	10.800	
Saldo resultado ejercicio «C»		27.000

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «C»	27.000	
Resultado ejercicio atribuido «B»		16.200
Resultado ejercicio de «C» atribuido a socios externos de «B»		10.800

Tras el asiento de eliminación inversión – Patrimonio neto de «C» y la atribución de sus resultados, el patrimonio neto ajustado del subgrupo «BC» teniendo en cuenta los ajustes realizados previamente al asiento de eliminación inversión patrimonio neto quedan como sigue a 31 de diciembre de 2009:

Patrimonio neto ajustado del subgrupo «BC»

Capital social «B»	200.000
Reservas «B» (310.000 – 250 + 10.800)	320.550

Reservas en sociedades consolidadas en «C» «B»	138.000
Ajustes por valoración «B» (2.200 + 110)	2.310
Ajustes por valoración en sociedades consolidadas en «C» «B»	480
Dividendo activo a cuenta de «B» atribuida a socios externos de «A» en «BC» (-3.000 + 2.400)	(600)
Total patrimonio neto subgrupo «BC» sin los resultados	660.740
 Resultado del ejercicio «B» (30.000 + 250 - 1.782,5 - 110 - 10.800)	 17.557,5
Resultado del ejercicio atribuido a «B» en «C»	16.200,0
Total patrimonio neto subsubgrupo «BC»	694.498
Intereses de socios externos de «B» en «C»	212.320
Resultado atribuido a socios externos de «B» en «C»	10.800
Total intereses de socios externos	223.120
Total patrimonio neto consolidado «BC»	917.618

Asiento de eliminación inversión patrimonio neto «BC» a 31 de diciembre de 2009

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Capital social «B»	200.000	
Reservas «B»	320.550	
Ajustes × Cobros de valor «B»	2.310	
Reservas en sociedades consolidadas en «C» de «B»	138.000	
Ajustes × Cobros valor en sociedades consolidadas en «C» de «B»	480	
Fondo de comercio de consolidación en «B»	89.000	
Participación en «B»		400.000
Dividendo activo a cuenta «B» (en la parte pendiente de atribuir a los socios externos)		600
Reservas en sociedades consolidadas en «B» de «A» [80% s/(320.550 + 138.000 - 188.750)]		215.840
		.../...

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
.../...		
Ajustes × Valoración en sociedades consolidadas en «BC» de «A» $[80\% \text{ s}/(480 + 2.310)]$		2.232
Intereses de socios externos de «A» en «BC» $[(20\% \text{ s}/(661.340 - 600))]$		131.668
	750.340	750.340

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste		

Por la atribución de resultados generados en 2009

Balance situación agregado		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «B»	17.557,5	
Resultado ejercicio «C» atribuido a «B»	16.200,0	
Resultado ejercicio atribuido a «A» $(80\% \text{ s}/33.757,5)$		27.006,0
Resultado ejercicio de «B» atribuido a socios externos de «A» $(20\% \text{ s}/33.757,5)$		6.751,5

Pérdidas y ganancias agregada		
Concepto	Debe	Haber
Saldo resultado ejercicio atribuido a «A»	27.006,0	
Saldo resultado ejercicio de «B» atribuido a socios externos de «A»	6.751,5	
Saldo resultado ejercicio «B»		17.557,5
Saldo resultado ejercicio «C» atribuido a «B»		16.200,0

Estado de ingresos y gastos reconocidos agregados		
Concepto	Debe	Haber
Resultado ejercicio «B»	17.557,5	
Resultado ejercicio «C» atribuido a «B»	16.200,0	
Resultado ejercicio atribuido a «A»		27.006,0
Resultado ejercicio de «C» atribuido a socios externos de «B»		6.751,5

Composición del patrimonio neto consolidado «ABC» a 31 de diciembre de 2009

Capital social «A»	100.000
Reservas «A» (230.000 – 10.000 + 3.760 + 240 – 240 – 15,60 – 73.700 + + 180.000 – 285 + 20.000)	349.759,40
Reservas en sociedades consolidadas	215.840
Ajustes por valoración «A» (1.300 + 285)	1.585
Ajustes por valoración en sociedades consolidadas	2.232
Total patrimonio neto ajustado grupo «ABC» sin resultados 2009 ..	669.416,40
Resultado ejercicio «A» (290.000 + 240 + 520 + 1.480 – 1.480 + 15,60 – – 74 + 7.100 – 180.000 – 20.000 – 2.400)	95.401,60
Resultado del ejercicio atribuido a «A en «BC»	27.006
Total resultados ajustados grupo «ABC» 2009	122.407,60
Total patrimonio neto ajustado grupo «ABC» 2009	791.824,00
Intereses de socios externos de «B» en «C»	212.320
Resultado atribuido a socios externos de «B» en «C»	10.800
Total intereses de socios externos de «B» en «C»	223.120
Intereses de socios externos de «A» en «B»	131.668
Resultado atribuido a socios externos de «A» en «BC»	6.751,50
Total intereses de socios externos de «A» en «BC»	138.419,50
Total intereses de socios externos	361.539,50
Total patrimonio neto consolidado	1.153.363,50

Recensiones Bibliográficas

El derecho de los contribuyentes al secreto tributario (fundamentación y consecuencias materiales y procedimentales)

José Manuel CALDERÓN CARRERO
Netbiblo, La Coruña, 2009, 206 págs.

La Colección de «Estudios Tributarios» de Netbiblo, editorial científico-técnica que comenzó su actividad a finales del año 2001, pretende aportar luz sobre los fundamentos teóricos y las implicaciones prácticas del ordenamiento y sistema fiscal del siglo XXI, sirviendo de punto de referencia e interés para académicos, estudiosos y profesionales del Derecho Tributario y ramas afines del mundo de la empresa y de los negocios.

El autor, que es profesor de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de La Coruña, resume el objeto de su obra indicando que con la expresión «secreto tributario» se designa «el régimen de protección y reserva de la información obtenida por la Administración tributaria frente a su revelación a terceros y uso desviado de la misma», apareciendo configurado como un derecho limitado de los obligados tributarios [arts. 34.1 i) y 95 de la Ley General Tributaria (LGT)], habida cuenta de las posibilidades de cesión y comunicación a terceros de la información obtenida de los mismos.

El libro aparece estructurado en dos partes diferenciadas. La primera se dedica a la fundamentación general del secreto tributario, mientras que en la segunda se aborda la protección de los datos fiscales de los obligados tributarios. Al final se hace una recapitulación con las conclusiones alcanzadas en la investigación y se refleja un amplio listado de bibliografía.

El profesor CALDERÓN CARRERO se plantea si cabe encontrar un fundamento constitucional autónomo de la confidencialidad y reserva de los datos obtenidos por la Administración tributaria o si, por el contrario, ello sólo tendría carácter instrumental.

La respuesta a dicho interrogante comporta un enfoque constitucional que comienza con el señalamiento del concepto doctrinal y contenido del secreto tributario. Así, se exponen las consecuencias que derivan de la consagración de la «reserva» de información que excepciona la publicidad y transparencia propias de los Estados democráticos y las formas (directa e indirecta) de protección de la confidencialidad y uso de los datos, recurriendo a los antecedentes de la vigente regulación contenida en la LGT, complementada por lo dispuesto en 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 (art. 60.4).

Tras pasar revista a las diferentes posiciones que la doctrina ha manejado para fundamentar el secreto tributario (tutela de intereses del sujeto que suministra la información a la Hacienda Pública, configuración de amplios deberes de colaboración a cargo de los obligados tributarios, etc.), el autor

se detiene en la observación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad (art. 18.1 de la CE) y sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 de la CE), deduciendo de ese estudio que el secreto tributario, como creación del legislador ordinario, tendría un carácter instrumental en relación con la tutela y garantía de los derechos fundamentales recién mencionados, sin perjuicio de que igualmente sirva a otras finalidades constitucionalmente relevantes como, por ejemplo, la salvaguarda de secretos empresariales o la eficacia e integridad de la gestión tributaria; destacando, asimismo, la interconexión del artículo 95 de la LGT con diversos preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), norma esta última que constituye el marco de garantías formales y materiales (regulación de la confidencialidad, tratamiento, uso y cesión de la información obtenida por la Administración tributaria) que también resulta de aplicación a los procedimientos tributarios.

La segunda parte del libro comienza, precisamente, con la observación del régimen de protección proporcionado por la LOPD –derechos que se establecen a favor de los afectados a un tratamiento de datos de carácter personal y reglas referentes a los responsables de los ficheros de la Hacienda Pública– sobre la información obtenida por las Administraciones tributarias. Así, se comentan, por este orden, los siguientes aspectos:

- 1.º El principio de calidad de los datos, que exige la adecuación, pertinencia –en nuestro campo: la trascendencia tributaria, directa o indirecta, de la información suministrada o requerida (o captada)– y que los recabados no resulten excesivos respecto del ámbito y finalidad que promueve su recogida, sujetando también a una debida proporcionalidad en la cesión, tratamiento y transmisión de la información y pudiendo originar sanciones para la Administración incumplidora (como cuando la Agencia Tributaria ha notificado por edictos erróneamente a sujetos que no estaban afectados por procedimientos de recaudación ejecutiva).
- 2.º El derecho de información expresa, precisa e inequívoca de elementos esenciales para que pueda haber un control sobre la protección y empleo de los datos recogidos (existencia del fichero o tratamiento de los datos, finalidad de la recogida, destinatarios de la información, posible ejercicio de derechos de oposición por los afectados, identidad de los responsables).
- 3.º Consentimiento de los afectados, salvo que los datos personales recogidos provengan del ejercicio de funciones propias en el ámbito de las competencias administrativas (v. gr.: declaraciones, procedimientos de comprobación).
- 4.º Adopción de medidas que garanticen la seguridad de los datos, evitando su alteración, pérdida o empleo por personal no autorizado.
- 5.º Deberes de sigilo y confidencialidad de la información tributaria lograda y secreto profesional que incumbe a los responsables de los ficheros y cualesquiera de los que intervengan en el tratamiento de datos de carácter personal y que pueden ocasionar infracciones, como las detectadas en la obra que se recensiona, en procedimientos de notificación edictal y «colectivizada» de actos tributarios.
- 6.º El principio de no comunicación de los datos a terceros, salvo consentimiento del afectado o autorización legal de aquélla, o cuando la misma tenga ciertos destinatarios (Defen-

sor del Pueblo, Ministerio Fiscal, Jueces y Tribunales, Tribunal de Cuentas) y que comporta la viabilidad de la cesión sin anuencia del interesado en función de la semejanza de funciones o competencias administrativas ejercidas (lo que no se da si se ceden datos tributarios a una Administración pública que no lleva a cabo competencias en materia tributaria). En el libro se exponen de modo sucinto diferentes casos que se han presentado ante la Agencia de Protección de Datos en relación con cesiones de información a y por parte de la Administración tributaria.

- 7.º Derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos de carácter personal, aun cuando la LOPD impone limitaciones a su ejercicio, favoreciendo la denegación si se obstaculizasen las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando los afectados estén siendo objeto de actuaciones inspectoras. El profesor CALDERÓN CARRERO critica el criterio oficial de la Agencia Tributaria (Instrucción 6/2000, de 4 de diciembre, sobre el ejercicio de los mencionados derechos en relación a ficheros automatizados tributarios) por excluir el derecho de rectificación y cancelación en casos en que el afectado ha podido demostrar la inexactitud de los datos.
- 8.º Escasez de las garantías puestas por la LOPD en relación al intercambio internacional de información, minimizando los derechos de los afectados por dichas transferencias de datos.

Tras el recorrido por las anteriores cuestiones, el autor se pregunta por las consecuencias derivadas del incumplimiento de las disposiciones de la LOPD en el marco de procedimientos tributarios, pudiendo dicha legislación invocarse en vía de revisión administrativa y conducir a la anulación, e incluso a la nulidad, de los actos tributarios dictados.

Después le llega el turno a las disposiciones sobre el secreto tributario recogidas en el artículo 95 de la LGT, exponiendo su ámbito objetivo y subjetivo, así como el concepto de «tercero» a efectos de la cesión o comunicación de los datos. En este punto, y ante el «déficit regulatorio» que conduce a una insuficiente delimitación de dicha noción, así como a indeterminaciones en los derechos de los contribuyentes, el autor acude a la legislación norteamericana, tras cuyo examen propone que se proceda a la regulación de los casos en que la Administración tributaria puede revelar a un obligado tributario los datos de otros obligados, así como la medida en que podría producirse tal revelación: «debería excluirse como regla que la Administración pueda revelar y usar información tributaria que recabó u obtuvo de un obligado tributario en relación con otro obligado tributario, salvo en los casos expresamente autorizados; entre éstos deberían contemplarse, además de aquellos en los que el obligado tributario, fuente de la información, diera su consentimiento, los supuestos donde: a) resulte necesaria la revelación de información tributaria de un obligado tributario para garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de otro obligado tributario en el marco de un procedimiento administrativo o judicial de carácter tributario y medie una conexión material o relacional entre la referida información tributaria del primero respecto del segundo obligado tributario; o b) resulte necesaria la revelación de información tributaria de un obligado tributario para garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de otro obligado tributario en el marco de un procedimiento administrativo o judicial de carácter tributario de manera que ambos obligados tributarios sean parte o hayan realizado un negocio jurídico».

Al término de su estudio, el profesor CALDERÓN CARRERO resalta el carácter limitado del derecho al secreto tributario, comentando los once supuestos de «excepción a la regla» –y, por lo tanto, de cesión de la información fiscal obtenida– que aparecen recogidos en el artículo 95.1 de la LGT y señalando la necesaria concurrencia de un fundamento legítimo desde el punto de vista constitucional que dé amparo y justificación a la cesión de información confidencial a terceros por parte de la Administración tributaria. En la sistematización que se lleva a cabo en el libro, se plantean cuatro grupos de supuestos donde se excepciona el secreto tributario debido a: 1.º exigencias del ordenamiento penal y lucha contra la delincuencia; 2.º necesaria colaboración con otras Administraciones públicas; 3.º colaboración con órganos jurisdiccionales, y 4.º Colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación.

Finalmente, se exponen otros casos en los que la información tributaria de un sujeto termina siendo comunicada o es empleada frente a terceros en el marco de diversos procedimientos tributarios: supuestos de responsabilidad tributaria; de comunicación de datos al retenedor; de «externalización de servicios públicos», encomiendas de gestión y recaudación tributaria a personas o entidades privadas o que no forman parte de la Administración tributaria que gestiona el tributo de que se trate; supuestos de aplicación del método de estimación indirecta, comprobaciones de valores o de ajustes de operaciones vinculadas en los que la Administración tributaria toma como fundamento o base de la regularización los precios, beneficios o márgenes que obtienen otros sujetos de acuerdo con la información tributaria que ha recabado en el ejercicio de sus funciones (v. gr.: bases de datos de la Administración tributaria); notificaciones de actos tributarios a personas diferentes del obligado tributario destinatario del acto, y notificaciones que revelan información tributaria confidencial en el sobre, boletín o tarjeta de notificación; comunicación de datos de obligados tributarios a terceros en el marco de procedimientos de inspección o recaudación tributaria a los efectos de obtención de información y, en fin, acceso a información tributaria confidencial por los titulares de derechos o intereses legítimos que resulten afectados por actos administrativos dictados frente a otros obligados tributarios

Miguel Ángel Martínez Lago