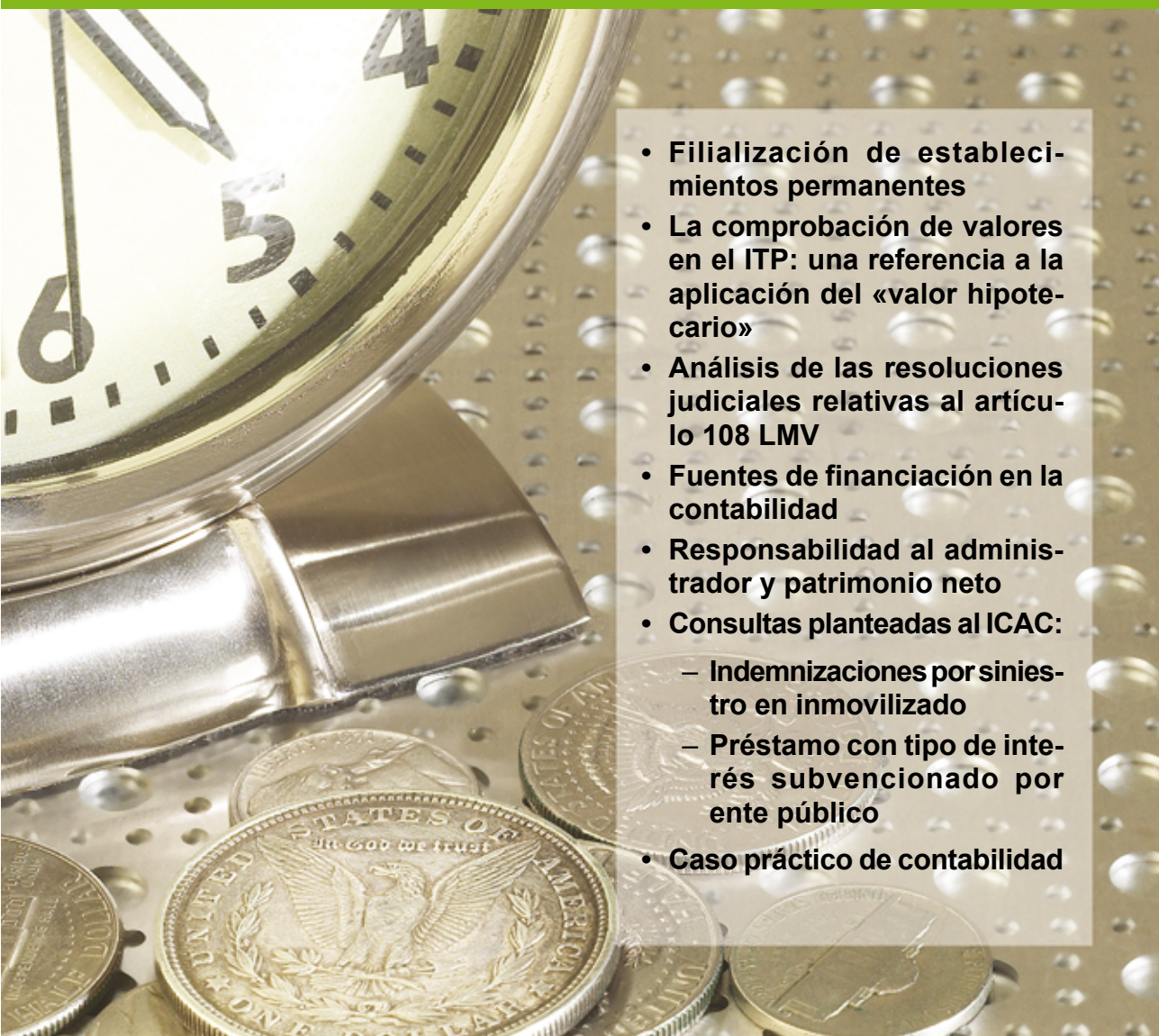




- Filialización de establecimientos permanentes
- La comprobación de valores en el ITP: una referencia a la aplicación del «valor hipotecario»
- Análisis de las resoluciones judiciales relativas al artículo 108 LMV
- Fuentes de financiación en la contabilidad
- Responsabilidad al administrador y patrimonio neto
- Consultas planteadas al ICAC:
 - Indemnizaciones por siniestro en inmovilizado
 - Préstamo con tipo de interés subvencionado por ente público
- 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

OCTUBRE 2010 – NÚMERO 331

DIRECTOR

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

COORDINADORES

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

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

CONSEJO ASESOR

Sotero Amador Fernández

Profesor de Contabilidad del CEF

Juan Arrieta Martínez de Pisón

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid

Alejandro Blázquez Lidoy

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

Eduardo Bueno Campos

Catedrático de Economía de la Empresa (Área de Organización de Empresas). UAM. Director de IADE

Inocencio Carazo González

Socio Director de INSESA & Abogados

Pablo Chico de la Cámara

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Rey Juan Carlos

José Luis Cea García

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Autónoma de Madrid

Lorenzo de las Heras Miguel

Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España

Rafael Fernández Montalvo

Presidente Sección 2.ª Sala 3.ª del Tribunal Supremo

José Antonio Gonzalo Angulo

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá. Presidente del ICAC

Francisco Guío Montero

Inspector de Hacienda del Estado (excedente). Director de la Asesoría Guío Abogados

Alejandro Larriba Díaz-Zorita

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Vicerrector de la UDIMA

Luis Alberto Malvárez Pascual

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva

Miguel Ángel Martínez Lago

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid

José Andrés Sánchez Pedroche

Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Rector de la UDIMA

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y Hacienda

Vicente Pina Martínez

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Zaragoza

Juan José Pintado Conesa

Profesor de Economía y Administración de Empresas del CEF

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

75/2010	Filialización de establecimientos permanentes y métodos para eliminar la doble imposición internacional.	5
2.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2010		
<i>(Domingo J. Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois y Félix Alberto Vega Borrego)</i>		
76/2010	Problemas suscitados por la comprobación de valores en las transmisiones inmobiliarias gravadas por el ITP: una referencia especial a la aplicación del «valor hipotecario».	45
<i>(Pilar Álvarez Barbeito)</i>		
77/2010	El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores: una revisión de las resoluciones judiciales más relevantes recaídas en torno a su interpretación.	95
<i>(David Pérez-Bustamante y Miguel Bastida Peydro)</i>		

CONTABILIDAD

78/2010	Las fuentes de financiación en la contabilidad. Una propuesta alternativa. ...	113
2.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2010		
<i>(Francisco Sebastián Castro)</i>		
79/2010	El patrimonio de la empresa a efectos de derivación de la responsabilidad al administrador.	151
<i>(Ángel González García)</i>		
80/2010	Consultas planteadas al ICAC.	185
<i>(Ángel Montes Carrillo y Miguel Ángel Gálvez Linares)</i>		
81/2010	Segundo ejercicio del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Técnicos de Hacienda.	197
<i>(Sotero Amador Fernández)</i>		

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	231
---	-----

ESTUDIOS FINANCIEROS, respetando la libertad intelectual, no altera los criterios emitidos por los autores de los trabajos firmados, sin que tampoco se solidarice necesariamente con ellos.

SUMMARY

Página

TAXATION

75/2010	Subsidiarization of foreign permanent establishments and methods to avoid international double taxation.	5
2.nd PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2010		
<i>(Domingo J. Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois y Félix Alberto Vega Borrego)</i>		
76/2010	Problems involved in the revision of values in the transfer of properties subject to transfer tax and stamp duty: a special mention to the «appraised value».	45
<i>(Pilar Álvarez Barbeito)</i>		
77/2010	Section 108 of the Spanish Securities Act: analysis of the most relevant case law regarding its interpretation.	95
<i>(David Pérez-Bustamante y Miguel Bastida Peydro)</i>		

ACCOUNTING

78/2010	Accounting for financing activities. An alternative approach.	113
2.nd PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2010		
<i>(Francisco Sebastián Castro)</i>		
79/2010	The estate of a company in order to hold the administrator responsible.	151
<i>(Ángel González García)</i>		
80/2010	Questions formulated to ICAC.	185
<i>(Ángel Montes Carrillo y Miguel Ángel Gálvez Linares)</i>		
81/2010	Second exam of the selective examination for the admission to the management body of the employee of the treasury.	197
<i>(Sotero Amador Fernández)</i>		

BIBLIOGRAPHIC REVIEWS	231
------------------------------------	-----

FILIALIZACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES Y MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

DOMINGO J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS

Investigador en formación FPU-MEC. Universidad Autónoma de Madrid

FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Francisco GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.



Extracto:

EN este trabajo se analizan los problemas que plantea la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición internacional a un tipo de operación de reestructuración empresarial: la aportación o filialización por parte de una sociedad de uno de sus establecimientos permanentes situado en el extranjero. Esta cuestión se analiza a la luz de lo establecido en el Modelo de Convenio de la OCDE, la Directiva de Fusiones y la legislación española.

Palabras clave: establecimiento permanente, filial, doble imposición internacional, exención e imputación.

SUBSIDIARIZATION OF FOREIGN PERMANENT ESTABLISHMENTS AND METHODS TO AVOID INTERNATIONAL DOUBLE TAXATION

DOMINGO J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS

Investigador en formación FPU-MEC. Universidad Autónoma de Madrid

FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad Autónoma de Madrid

Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Francisco GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.



Abstract:

In this paper the authors analyze the difficulties relating to the application of the methods to avoid international double taxation to one of the simplest ways to reorganize cross-border business structures: the contribution or subsidiarization of a foreign permanent establishment. These problems are examined within the framework of the OECD Model Tax Convention, the Merger Directive and Spanish Tax Law.

Keywords: permanent establishment, subsidiary, international double taxation, exemption and credit.

Sumario

1. Introducción.
2. La filialización de un establecimiento permanente en el marco del Modelo de Convenio de la OCDE.
3. La filialización de un establecimiento permanente en el marco de la Directiva de Fusiones.
 - 3.1. Aspectos generales sobre el régimen previsto en la Directiva para la aportación de un establecimiento permanente situado en otro Estado.
 - 3.2. Aplicación del método de exención.
 - 3.3. Aplicación del método de imputación.
4. La filialización de un establecimiento permanente en el marco de la normativa española.
 - 4.1. Consecuencias cuando no es de aplicación el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones.
 - 4.2. Consecuencias cuando se aplica el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

NOTA: Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2009-09413, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la normativa tributaria de la mayoría de los Estados las operaciones de reorganización empresarial pueden, en principio, someterse a imposición. En el marco de estas operaciones se producen cambios de titularidad sobre determinados elementos patrimoniales que pueden poner de manifiesto, en su caso, la producción de ganancias patrimoniales resultantes de la diferencia entre el valor de adquisición de dichos elementos y el valor de mercado que tienen en el momento en que tales operaciones tienen lugar. Sin embargo, existe un importante consenso en el ámbito internacional en que estas operaciones, *cuando concurren determinadas circunstancias*, no deben ser objeto de gravamen al no llevar aparejada este tipo de enajenaciones la obtención de liquidez por parte de la sociedad que reorganiza su patrimonio transmitiéndolo a otra. Aunque es cierto que desde un punto de vista jurídico se produce una enajenación, en la medida en que cambia la titularidad sobre concretos elementos patrimoniales, este cambio de titularidad no lleva incorporado un cambio en la titularidad económica del patrimonio transmitido al encontrarse controlado tras la operación por otra entidad en la cual participarán de modo directo o indirecto los socios de la entidad transmitente en proporción a su participación originaria.

Conforme a ello, con la finalidad de que estas operaciones resulten neutrales desde la perspectiva fiscal, un buen número de ordenamientos optan por no gravar las ganancias que se producen cuando la operación de reestructuración tiene lugar, difiriendo la tributación de dichas ganancias a un momento posterior, esto es, cuando se produzca la efectiva enajenación de los elementos patrimoniales ¹. Para lograr este resultado, lo habitual es establecer una exención sobre la ganancia patrimonial obtenida al llevar a cabo la operación, si bien la aplicación de esta exención se sujeta a la condición de que los elementos patrimoniales que se transmiten mantengan el valor que servía de base para calcular las eventuales ganancias patrimoniales en sede de la sociedad transmitente ².

La aplicación de dicho régimen de diferimiento, sin embargo, puede producir algunos problemas cuando la operación de reestructuración tiene vínculos transfronterizos. Estos problemas se manifiestan, entre otros ámbitos, en la aplicación de los *métodos para eliminar la doble imposición*

¹ Para una visión general sobre cómo se articulan estos regímenes *vid.* VANISTENDAEL (1998), pág. 908 y ss.

² En la doctrina española ha existido cierta controversia acerca de la naturaleza jurídica de la técnica empleada para alcanzar el diferimiento conforme a lo previsto en el artículo 84.1 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS). *Vid.* a modo de ejemplo los trabajos de LÓPEZ IRANZO (1992), págs. 159-160, NAVARRO (1997), págs. 166-168, GIL (2005), pág. 318 o MENÉNDEZ (2006a), págs. 700-701. En nuestra opinión, la calificación más acertada consiste en considerar este beneficio como una *exención sujeta a condición resolutoria*, tal y como señala ALONSO (2002), págs. 481-483.

internacional. En particular, estas dificultades se producen cuando el Estado que actúa como Estado de la fuente decide no gravar las rentas que afloran cuando la operación de reestructuración tiene lugar, aplicando un régimen de diferimiento. En este trabajo analizaremos los problemas que se plantean al aplicar los métodos para eliminar la doble imposición internacional en un tipo concreto de operación de reestructuración: la aportación o filialización por parte de una sociedad de uno de sus establecimientos permanentes (EP) situado en un Estado diferente al Estado donde dicha sociedad tiene su residencia.

Los problemas que plantea la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición a este tipo de operación de reestructuración se analizarán en tres niveles. En primer lugar abordaremos la aplicación de los métodos clásicos para eliminar la doble imposición (exención e imputación) a la luz de lo previsto en el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (MC OCDE) y en los Comentarios a dicho Modelo ³. A continuación analizaremos esta operación en el contexto comunitario, en particular, teniendo en cuenta las soluciones previstas en la Directiva de Fusiones ⁴. Finalmente, analizaremos esta operación desde la perspectiva del ordenamiento español, para analizar, entre otros aspectos, cómo se han recogido las soluciones previstas en la Directiva de Fusiones. En este sentido, nos detendremos especialmente en los problemas que plantea la aplicación del método de imputación como consecuencia de que la Directiva permite a los Estados miembros reintegrar en la base imponible de la sociedad transmitente, en el Estado de residencia, las pérdidas aplicadas y no recuperadas del EP que se transforma en una filial (*filialización* del EP).

2. LA FILIALIZACIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL MARCO DEL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE

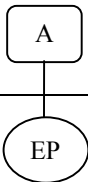
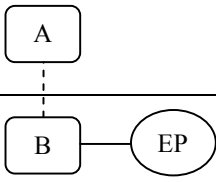
La conversión de un EP en filial es, en principio, una operación sencilla, incluso cuando dicho EP está situado en otro Estado. La transformación de un EP en una filial se realizará normalmente a través de la aportación de dicho EP a una entidad de nueva creación, o previamente existente, localizada en el mismo Estado donde se encuentra el establecimiento ⁵. Como consecuencia de esta operación, la sociedad que transfiere o aporta el establecimiento (sociedad/entidad transmitente) perderá la titularidad del mismo, si bien a cambio recibirá acciones o participaciones de la sociedad a la que dicho establecimiento se aportó (sociedad/entidad beneficiaria). Por consiguiente, la sociedad transmitente mantiene indirectamente la titularidad del EP, en la medida en que participa en el capital de la entidad a la que lo ha aportado. En el siguiente cuadro se ilustra la situación previa y subsiguiente a la aportación del EP:

³ Las referencias al MC OCDE, y a sus Comentarios, salvo que se diga expresamente lo contrario, se realizan a la versión de 2008.

⁴ Salvo que se diga expresamente lo contrario, nos referiremos a la versión codificada de la Directiva aprobada recientemente: Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

⁵ Con el fin de simplificar la exposición, partiremos aquí de la siguiente premisa: la sociedad a la que se transfiere o se aporta el EP es una entidad de nueva creación.

CUADRO 1.

	Situación <i>antes</i> de la aportación	Situación <i>después</i> de la aportación
Estado de residencia (Estado A)		
Estado de la fuente (Estado B)		

El aspecto más importante que hay que analizar de esta operación, desde el punto de vista tributario, es si los Estados implicados, el Estado de residencia y el Estado de la fuente, pueden o no gravar las rentas que, en su caso, se pongan de manifiesto cuando la misma tiene lugar. En este sentido, conviene aclarar que cuando nos referimos al Estado de residencia aludimos al Estado donde reside la entidad titular (inicialmente) del EP o sociedad transmitente (Estado A, en el cuadro anterior). El Estado de la fuente es el Estado donde está situado el EP (Estado B, en el cuadro anterior). Tras la conversión del EP en una filial, aparece en el Estado de la fuente una entidad residente en su territorio (la entidad B), y que es la nueva titular de los activos de lo que antes era un EP (sociedad beneficiaria). El capital de la entidad beneficiaria a la que se aporta el EP (entidad B), pertenece a la sociedad transmitente (entidad A), como consecuencia de que esta última entidad recibe una participación en el capital de la entidad B derivada de la previa aportación del EP situado en el Estado B.

Pues bien, el Estado de la fuente puede gravar esta operación sin ningún tipo de limitación, incluso cuando es aplicable un convenio para evitar la doble imposición (CDI) que sigue el MC OCDE. En efecto, el artículo 13.2 del MC OCDE permite al Estado de la fuente gravar las ganancias derivadas de la enajenación (*alienation*) de un EP, en la medida en que establece lo siguiente: «las ganancias derivadas de la enajenación de propiedad mobiliaria que forme parte del activo de un EP que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante, incluyendo las ganancias derivadas de la enajenación de dicho EP (solo o con el conjunto de la empresa), pueden someterse a imposición en ese otro Estado». En este sentido, los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE aclaran que puede calificarse como un supuesto de enajenación la operación de aportación de activos a una entidad a cambio de una participación equivalente en su capital al valor de dichos activos⁶. La aclaración que realizan los Comentarios tiene especial relevancia habida cuenta de que no todos los ordenamientos consideran que se ha producido una enajenación del EP cuando el mismo se aporta a una entidad con el objetivo de convertirlo en una filial.

En este trabajo partiremos de la premisa de que entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente es aplicable un CDI que sigue el MC OCDE y, por lo tanto, que el Estado de la fuente *puede gravar* la renta que se ponga de manifiesto por la aportación o transferencia del EP realizada a fin de convertirlo en filial. Al mismo tiempo, partimos también de la premisa de que la legislación del Estado de la fuente no grava inmediatamente la renta que se pueda poner de manifiesto por esta operación,

⁶ Vid. los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE (para. 5).

en la medida en que difiere su tributación cuando el EP situado en su territorio se aporta a una entidad igualmente residente en su territorio.

De hecho, ésta es la situación (diferimiento) que tendría lugar aplicando la legislación española, toda vez que en España no se gravaría inmediatamente la renta que se pone de manifiesto cuando se aporta un EP situado en territorio español a una entidad a su vez residente en el mismo territorio ⁷. Lógicamente, de plantearse la operación en este sentido, España sería el Estado de la fuente y no el Estado de residencia, conforme al esquema que se deriva del cuadro anterior. Aquí, sin embargo, no nos referiremos específicamente a la tributación en el Estado de la fuente, sino a la tributación en el Estado de residencia, esto es, donde reside la sociedad transmitente. En este sentido, salvo que se diga lo contrario, partimos de dos premisas: a) que el Estado de residencia es España; y b) que el Estado de la fuente difiere la tributación puesta de manifiesto por la aportación del EP a una entidad residente a su vez en el territorio de este último Estado.

De lo expuesto hasta ahora se puede advertir que el Estado de la fuente no pierde la posibilidad de gravar las rentas puestas de manifiesto por esta operación, a pesar de que a esta operación le conceda un régimen de diferimiento. Ello se debe a que el EP se transmite a una sociedad que reside en su territorio (en el territorio del Estado de la fuente), circunstancia que explica que este Estado decida, si concurren determinadas circunstancias, no gravar inmediatamente la operación, difiriendo la tributación de las ganancias que, en su caso, se hayan originado por la transmisión del EP ⁸. Para materializar este diferimiento, y mantener el derecho de imposición, la sociedad a la que se aporta el EP deberá registrar los activos del mismo, a efectos tributarios, por su valor histórico. O dicho de otro modo, a efectos tributarios el valor de adquisición de los activos del EP para la sociedad beneficiaria coincidirá con el que tenía para la sociedad transmitente ⁹.

Desde el punto de vista del Estado de residencia, el hecho de que el Estado de la fuente haya otorgado o no un régimen de diferimiento puede tener consecuencias significativas para la tributación de la sociedad transmitente. Si el Estado de la fuente ha gravado efectivamente las rentas producidas por la aportación, es decir, *no ha concedido un régimen de diferimiento*, el Estado de residencia estará obligado a permitir a la sociedad transmitente la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición previstos en el CDI, en la medida en que también el Estado de residencia gravará la renta obtenida por la transmisión del EP. Esta renta coincidirá con la diferencia entre el valor de adquisición de los activos del EP y su valor de mercado en el momento en que tiene lugar su transmisión. A tal efecto, esto es, con el fin de eliminar la doble imposición internacional, el CDI celebrado entre el Estado de la fuente y el de residencia contemplará, bien un método de exención –el Estado de residencia no gravará la renta obtenida–, bien un método de imputación –que supondrá que la sociedad transmitente pueda deducirse en el impuesto sobre la renta del Estado donde reside los impuestos pagados en la fuente–.

⁷ Vid. el artículo 84.1 c) de la LIS.

⁸ Vid. SPORI (2001), págs. 63-66. Algunos autores consideran que el principio de no discriminación previsto en el artículo 24.3 del MC OCDE obliga al Estado de situación del EP a conceder un régimen de diferimiento a estas operaciones (filialización de un EP de una sociedad no residente) en la medida en que este régimen se prevea para las operaciones puramente internas. Vid. al respecto, entre otros, SACCARDO (2003), págs. 271-280 y RAVENTÓS (2007), pág. 1.474. No obstante, en la última actualización del MC OCDE (2008) los Comentarios al artículo 24 (para. 41) señalan que el principio de no discriminación del Modelo no se extiende a este tipo de operaciones.

⁹ VANISTENDAEL (1998), págs. 22-28.

Sin embargo, la aplicación del esquema anterior puede resultar más compleja cuando el Estado de la fuente decide no gravar inmediatamente la operación, asociando un régimen de diferimiento a la filialización del EP. Dicha complejidad, como veremos, puede materializarse en la existencia de supuestos de doble imposición difíciles de resolver. En efecto, en estos casos la (doble) imposición de la operación se produciría en momentos diferentes en el tiempo. Por una parte, el Estado de residencia gravaría a la sociedad transmitente en el mismo momento en que transfiere o aporta el EP a una entidad residente en el Estado de la fuente. Por su parte, el Estado de la fuente no gravaría la renta producida en el momento de la aportación, como consecuencia de la concesión de un régimen de diferimiento. Dicha renta se gravará cuando la sociedad beneficiaria de la aportación del EP transmite, en su caso, el mismo a un tercero.

Cuando se aplica un régimen de diferimiento la primera duda que se plantea es si el Estado de la residencia tiene o no obligación de aplicar los métodos para eliminar la doble imposición previstos en el CDI –o en su caso en la legislación interna– a pesar de que en el momento de la aportación el Estado de la fuente no haya gravado efectivamente la operación, precisamente en atención a la concesión de un régimen de diferimiento.

La respuesta que podría darse a esta pregunta, en una primera aproximación, es negativa: el Estado de residencia *no tiene* obligación de permitir la aplicación de ninguno de los métodos para eliminar la doble imposición, precisamente porque no se ha producido tributación efectiva alguna en el Estado de la fuente¹⁰. En efecto, si el método previsto fuera el de exención, podría impedirse su aplicación precisamente ante la falta de imposición efectiva en la fuente. Del mismo modo, si se tratara de aplicar el método de imputación, no podría deducirse impuesto alguno en el Estado de residencia porque no se ha pagado en el Estado de la fuente ningún impuesto en el momento de la aportación. No obstante, en este último caso la aplicación del método de imputación podría tener lugar si el CDI aplicable previera una cláusula de *tax sparing*, particular que es poco probable, ya que no suele ser una cláusula habitual, al menos en la red española de CDI.

Si en el momento de la aportación del EP no es posible aplicar en el Estado de residencia ningún método para eliminar la doble imposición –partiendo de la premisa, como hemos dicho, que este Estado sí grava la operación pero no el Estado de la fuente porque concede un régimen de diferimiento– el resultado final es que se podría producir un supuesto de doble imposición *económica* internacional difícil de resolver, en la medida en que cuando la sociedad beneficiaria enajene el EP, o sus activos, sería ella la que soportaría el impuesto y no la sociedad transmitente del Estado de residencia. Nótese, por un lado, que en el momento de transferir el EP, la sociedad transmitente sería gravada en el Estado de residencia; por otra parte, la sociedad beneficiaria residente en el Estado de

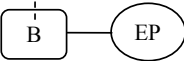
¹⁰ No obstante, hay que poner de relieve que los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (paras. 33 y 34), en relación con el método de exención, recomiendan que su aplicación no se supedita al hecho de que la renta haya sido gravada efectivamente en el Estado de la fuente. Para los Comentarios al MC OCDE el método de exención debe resultar aplicable en el Estado de la residencia si el CDI atribuye al Estado de la fuente la *posibilidad* de gravar la respectiva renta. Como consecuencia de ello, aunque el Estado de la fuente no haya gravado efectivamente la renta, el Estado de residencia tiene obligación de aplicar el método de exención previsto en el CDI, salvo que el propio CDI establezca *expresamente* una cláusula de sujeción efectiva (*subject to tax or effectively taxed clauses*) que condicione la aplicación de este método para eliminar la doble imposición. Sobre ello *vid.*, entre otros, VÖGEL (1997), artículo 23 (para. 68) y CALDERÓN (1997), págs. 104-108.

la fuente sería la que soportaría un impuesto en este último Estado cuando decidiera transmitir el EP recibido o los activos que lo conforman.

Los métodos para eliminar la doble imposición que prevé el MC OCDE no resolverían este supuesto de doble imposición, habida cuenta de que se trata de un caso de *doble imposición económica*. Las medidas que prevé el artículo 23 del MC OCDE para eliminar la doble imposición internacional, en sus dos modalidades (exención e imputación), sólo resultan aplicables, salvo que un concreto CDI establezca expresamente lo contrario, a los casos de *doble imposición jurídica*¹¹. En nuestro caso es claro que se produce un supuesto de doble imposición *económica* y no un supuesto de doble imposición *jurídica*, toda vez que sobre la misma renta recaen dos impuestos pero cada uno de ellos lo soportan personas o sujetos *diferentes*: el impuesto en el Estado de residencia lo paga la sociedad transmitente y el impuesto en el Estado de la fuente recae sobre la sociedad beneficiaria de la aportación del EP¹².

En el cuadro siguiente ilustramos lo que acabamos de señalar:

CUADRO 2.

	Situación <i>anterior</i> a la aportación de EP	Situación <i>posterior</i> a la aportación de EP	Transmisión del EP
Estado de residencia			
Estado de la fuente			
	VC del EP ¹³ = 100 VM del EP ¹⁴ = 500	- Estado de residencia: grava la ganancia obtenida por A (400) - Estado de la fuente: <i>diferimiento</i>	Estado de la fuente: grava a B por la ganancia diferida (400)

¹¹ *Vid.* los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (paras. 1-2).

¹² De otro lado, aunque los Comentarios al MC OCDE recomiendan que la doble imposición que pudiera tener lugar como consecuencia de una disparidad temporal (*timing mismatch*) fuera eliminada mediante la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición internacional previstos en la norma convencional, entendemos que esta solución no podría ser aplicada en el supuesto que analizamos al tratarse de un supuesto en que la disparidad temporal alcanza también a un cambio subjetivo, esto es, se produce un supuesto de doble imposición económica y no jurídica como consecuencia de la disparidad temporal. Ello determina la imposibilidad de eliminar la sobreimposición que tiene lugar mediante la aplicación de los mecanismos previstos en el MC OCDE. *Vid.* al respecto los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (para. 32.8).

¹³ Por *VC del EP* hay que entender el valor contable (VC) que tiene el EP para la sociedad transmitente a fin de determinar la ganancia (o pérdida) obtenida como consecuencia de su enajenación. Partimos de la premisa de que el VC del EP es el mismo en los dos Estados implicados.

¹⁴ La referencia al *VM del EP* alude al valor de mercado (VM) del EP en el momento de su enajenación. Por VM hay que entender, como señala el artículo 16.1 de la LIS «aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia». La renta resultante se calcula restando al VM el VC, dando lugar en este caso a la obtención de una ganancia. Al igual que en la nota anterior, partimos de la premisa de que el VM del EP (400) es el mismo en los dos Estados implicados.

El ejemplo del cuadro anterior parte de la premisa de que el VC del EP asciende a 100 y su VM, *en el momento en el que tiene lugar su aportación (filialización)*, es de 500. Cuando se produce tal aportación el Estado de la fuente *no grava* la ganancia patrimonial producida (*built-in gains*) porque aplica un régimen de diferimiento particular que se supedita a que la sociedad beneficiaria (entidad B) asuma, al menos a efectos tributarios, el valor histórico o de adquisición (VC) que tenía el EP para la sociedad transmitente *en el momento de la aportación del EP*, que es la magnitud que se habría utilizado para calcular la renta puesta de manifiesto por esta transacción, en relación con el VM. Por el contrario, en el ejemplo expuesto, el Estado de residencia sí grava la renta que se pone de manifiesto (una ganancia que asciende a 400) pero, al mismo tiempo, no permite *en principio* la aplicación de ningún método para eliminar la doble imposición internacional como consecuencia de que *en el Estado de la fuente no se ha producido gravamen efectivo alguno* en dicho momento.

Continuando con el ejemplo, hay que poner de relieve que el régimen de diferimiento aplicado por el Estado de la fuente obliga a la entidad B a utilizar como valor de adquisición del EP el VC que tenía para la entidad A antes de su transmisión. Cuando la sociedad beneficiaria (B) transmita el EP, el Estado de la fuente gravará la operación teniendo en cuenta la ganancia cuya tributación se ha diferido (400). De ahí que la misma renta (400) habrá sido objeto de gravamen en los dos Estados, produciéndose un caso de doble imposición económica en la medida en que los impuestos recaen sobre personas diferentes. Este caso de doble imposición económica se debe al régimen de diferimiento otorgado por el Estado de la fuente. De no haber valorado la sociedad beneficiaria el EP por el valor histórico, sino por el VM en el momento de recibirlo, no se produciría tal doble imposición, si bien es verdad que si ello fuera así *difícilmente* el Estado de la fuente hubiera aplicado un régimen de diferimiento.

La doble imposición que se produce en este tipo de operaciones, cuando concurren las premisas expuestas, podría evitarse si el Estado de residencia aplicara los métodos para eliminar la doble imposición previstos en el CDI en el momento de la aportación del EP. Así, por ejemplo, si el CDI prevé el *método de exención*, y el mismo contemplara una *cláusula de sujeción efectiva* que limitara su aplicación, este escollo podría superarse considerando que tal sujeción efectiva sí tiene lugar, si bien la misma no se materializa en el momento de la aportación del EP sino cuando los activos que lo conforman se transmitan efectivamente por la sociedad beneficiaria residente en el Estado de la fuente. Por su parte, si el método aplicable según el CDI fuera el *método de imputación*, habría que aplicarlo manteniendo una concepción amplia del principio del devengo, que incluiría la posibilidad de deducir también los impuestos diferidos ¹⁵.

Otra opción para resolver esta cuestión, aunque no depende estrictamente del CDI que resulte aplicable, sino más bien de la legislación de los Estados implicados, sería que el Estado de residencia siguiera el mismo criterio que el Estado de la fuente, y también difiriera en sede de la sociedad trans-

¹⁵ Con todo, esta opción plantea no pocas dificultades en la medida en que el diferimiento impositivo otorgado con ocasión de la realización de la operación de reorganización empresarial puede no determinar el devengo del impuesto conforme a la normativa del Estado de la fuente, como sucedería en el caso español. En tal caso, al no producirse el devengo del impuesto que gravara las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto, parece difícil que pudiera plantearse la aplicación del método de imputación, aun cuando su aplicación no se basara en el criterio de caja (*cash method*), sino en el del devengo (*accrual method*). Vid. al respecto CALDERÓN (1997), págs. 194-200.

mitente la ganancia que se produce cuando se aporta el EP. Con ello, aunque el Estado de la sociedad transmitente renunciaría a gravar directamente la renta derivada de la transmisión del EP, tendría a cambio la posibilidad de sujetar a tributación las participaciones recibidas en la sociedad beneficiaria de tal transmisión. Sin embargo, si dichas participaciones que recibe la sociedad transmitente se valoran en el Estado donde reside por el valor histórico del EP y no por su VM en el momento en el que es objeto de aportación, se produciría un problema similar de doble imposición económica, igual de difícil de resolver que el ya examinado. En efecto, ambos Estados gravarían la misma renta, pero en sede de personas diferentes: el Estado de residencia a la sociedad que aportó el EP, cuando transmite las participaciones y, por su parte, el Estado de la fuente de la sociedad beneficiaria, cuando transmita los activos del EP ¹⁶. Con toda probabilidad también existiría un problema de diferencias de carácter temporal, pues nada asegura que la sociedad transmitente (participaciones) y la sociedad beneficiaria (EP) transmitan sus respectivos activos en el mismo momento.

Como se puede comprobar, la aplicación de un CDI no resuelve siempre los problemas que se plantean para la sociedad transmitente, en el Estado de residencia, cuando el Estado de la fuente concede un régimen de diferimiento. En el siguiente epígrafe analizaremos la misma operación en el marco de la Directiva de Fusiones, habida cuenta que contempla una serie de posibles soluciones a este problema. Este análisis se realizará teniendo también en cuenta cómo se relacionan o coordinan entre sí la aplicación de las soluciones de la Directiva con el régimen previsto en los CDI que, en su caso, resulten aplicables.

3. LA FILIALIZACIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL MARCO DE LA DIRECTIVA DE FUSIONES

3.1. Aspectos generales sobre el régimen previsto en la Directiva para la aportación de un establecimiento permanente situado en otro Estado

La Directiva de Fusiones se aplica a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros de la Unión Europea (UE) y al traslado del domicilio social de una Sociedad Anónima europea (*Societas Europaea*) o una Sociedad Cooperativa europea ¹⁷. El principal objetivo de la Directiva es aplicar a las operaciones anteriores un régimen basado en la neutralidad fiscal que, por un lado, elimine los obstáculos fiscales a estas operaciones y, al mismo tiempo, por otra parte, salvaguarde los intereses de los Estados miembros implicados ¹⁸. En particular, el régimen de la Directiva se basa en un

¹⁶ Vid. IBFD (1995), pág. 51, sobre los problemas de doble imposición que se generan cuando el Estado de residencia difiere también la tributación atribuyendo a las participaciones recibidas por la sociedad transmitente el mismo valor histórico del EP o de los activos transferidos.

¹⁷ El artículo 3 de la Directiva establece qué entidades se consideran una «sociedad de un Estado miembro» a los efectos de su aplicación. Sobre este requisito *vid.*, entre otros, los siguientes trabajos: TERRA y WATTEL (2008), págs. 534-536 y HOFSTÄTTER y HOHENWATTER (2008), págs. 116-117.

¹⁸ *Vid.* los Considerandos 2-7 de la Directiva.

mecanismo de diferimiento mediante la aplicación de criterios de continuidad valorativa y de conexión de los elementos transferidos en las operaciones con la soberanía fiscal de los Estados miembros que aplican el régimen.

El artículo 2 d) de la Directiva define la aportación de activos como aquella operación «por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación». A efectos de la Directiva por rama de actividad se entiende «el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios» [vid. art. 2 j) de la Directiva]¹⁹.

Tal y como configura la Directiva la operación de aportación de activos no es imprescindible que tal aportación se configure como una aportación al capital de la entidad a la que se transfiere la rama de actividad. En principio la Directiva permite a los Estados miembros que, al transponer la misma a su Derecho interno, contemplen dentro de la operación la posibilidad de que la entidad a la que se transmite la rama de actividad entregue a cambio participaciones en su capital que existan previamente a tal aportación. Como consecuencia de ello, a los efectos de la Directiva el supuesto de la aportación de activos podría comprender tanto las operaciones que se articulan como una aportación en el capital como las operaciones que se materializan en un canje de acciones o participaciones. Será cada Estado miembro de la UE quien al transponer la Directiva a su ordenamiento decidirá si contempla ambas posibilidades o sólo la primera, esto es, la que se materializa como una aportación de capital. Sin perjuicio de ello, y tal y como ha señalado también la doctrina, la realidad es que la mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros de la UE sólo han previsto la primera operación, esto es, la que se materializa en una aportación de capital. Ello se explica porque es la operación que mejor se alinea con los objetivos de la Directiva²⁰. La operación a la que nos referimos en este trabajo, la filialización de un EP, se trata precisamente de una operación de aportación de activos que se instrumenta como una aportación de capital. Por lo tanto, esta operación precisa de la entidad a la que se transmite el EP (rama de actividad) que emita nuevas acciones o participaciones.

El régimen fiscal que prevé la Directiva para la aportación de activos supone que no se permita al Estado de residencia de la sociedad transmitente gravar las plusvalías latentes resultantes de la diferencia entre el valor que se le atribuye a los elementos transmitidos a efectos fiscales —el VC al que nos referíamos en el epígrafe anterior— y su VM en el momento de llevar a cabo tal aporta-

¹⁹ Sobre el concepto de rama de actividad vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00 (NFJ011450), *Andersen og Jensen ApS v Skatteministeriet*. A este respecto debemos significar que el concepto de rama de actividad de la Directiva de Fusiones no comprende todos los supuestos que se conceptúan como EP, por lo menos en el marco del MC OCDE. Como consecuencia de ello, con carácter general, aunque toda rama de actividad conformará necesariamente un EP, no todos los supuestos de EP previstos en el artículo 5 del MC OCDE podrán configurar una rama de actividad. Así, por ejemplo, las obras o instalaciones de permanencia superior a los 12 meses, que a efectos del artículo 5.3 del MC OCDE constituyen un EP, no podrán ser consideradas generalmente como una rama de actividad a los efectos de la Directiva. Vid. THOMMES (2004), números marginales (NM) 79-90 e IBFD (1995), pág. 46.

²⁰ THOMMES (2004), NM 85.

ción —el VM al que nos referíamos también en el epígrafe anterior—²¹. La aplicación del régimen anterior se condiciona al cumplimiento de dos requisitos: a) que la sociedad beneficiaria mantenga dicho valor —el VC— a efectos del cálculo de amortizaciones y de ulteriores plusvalías; y b) que los elementos patrimoniales se afecten a un EP de esta sociedad (sociedad beneficiaria) en el territorio del Estado de residencia de la sociedad transmitente²². Estos dos requisitos pretenden, al mismo tiempo, conseguir los dos objetivos que persigue la Directiva: que la operación resulte neutral desde el punto de vista tributario pero salvaguardando a su vez los derechos de imposición de los Estados implicados.

Dentro de los supuestos que comprende la Directiva para la aportación de activos también se encuentra el caso en que entre los elementos que transfiere la sociedad transmitente se encuentra un EP situado en un Estado de la UE diferente al Estado donde dicha entidad tiene su residencia. Para este supuesto el artículo 10 de la Directiva obliga al Estado miembro donde se encuentra el EP a aplicar el régimen de diferimiento previsto para la aportación de activos siempre y cuando los activos que conforman dicho EP se mantengan en dicho Estado, bien como un EP perteneciente a una sociedad no residente en dicho Estado, bien como elementos patrimoniales de una sociedad residente en el mismo Estado donde antes se encontraba el EP²³.

Como consecuencia de lo anterior, la Directiva de Fusiones también comprende el supuesto que hemos analizado en el epígrafe anterior al hilo de los CDI. Lo que se trata ahora de estudiar es qué soluciones prevé la Directiva para eliminar la doble imposición internacional en el Estado donde reside la sociedad transmitente, teniendo en cuenta que en el Estado donde está situado el EP se aplica un régimen de diferimiento cuando el mismo se transmite a la sociedad beneficiaria. En particular veremos que la Directiva prevé soluciones específicas para la aplicación de los métodos de exención e imputación que resuelven los problemas derivados del hecho de que no se produzca tributación efectiva en el momento de aportación en el Estado donde se encuentra el EP como consecuencia de la aplicación de un régimen de diferimiento.

3.2. Aplicación del método de exención

El artículo 10.1 de la Directiva contempla el tratamiento que, con carácter general, tiene que aplicar el Estado de residencia de la sociedad transmitente a esta operación. Conforme a dicho precepto el Estado de residencia de la sociedad que aporta el EP debe aplicar el método de exención,

²¹ *Vid.* el cuadro 2 del epígrafe 2 de este trabajo.

²² *Vid.* artículos 4, 5, 6 y 9 de la Directiva.

²³ *Vid.* los párrafos 3 y 4 del artículo 10.1 de la Directiva. Hasta la modificación de la Directiva en 2005 no resultaba claro de su tenor si la misma comprendía también la operación de filialización de un EP cuando la filial residía en el mismo Estado donde antes se encontraba o estaba situado el EP. En principio parecía que el tenor literal de la Directiva sólo era aplicable cuando la filial a la que se aportaba el EP residía en un Estado diferente (de la UE) al Estado de situación del EP. El párrafo cuarto del artículo 10.1 de la Directiva, introducido en 2005, aclara que también resulta comprendida la filialización de un EP cuando el EP se encuentra en el mismo Estado donde reside la sociedad beneficiaria de la transmisión: «el presente apartado será, asimismo, aplicable en el supuesto de que el EP esté situado en el mismo Estado miembro que aquel en el que sea residente la sociedad beneficiaria». Sobre ello *vid.* THÖMMES (2004), NM 259 y LARKING (1992), pág. 307.

esto es, no puede someter a tributación la ganancia patrimonial que se pudiera poner de manifiesto como consecuencia de la enajenación del EP. Ésta es la interpretación que se deriva, en nuestra opinión, del tenor literal del artículo 10.1 de la Directiva (párrafo primero):

«[c]uando entre los bienes aportados con motivo de una fusión, de una escisión, de una escisión parcial o de una aportación de activos figure un EP de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto del de dicha sociedad, el Estado miembro de la sociedad transmitente renunciará a los derechos de imposición sobre dicho EP».

Este precepto, aunque en principio no hace referencia expresa al método de exención, debemos entender que implícitamente exige su aplicación, pues al señalar que el Estado de la sociedad transmitente «renunciará a los derechos de imposición sobre dicho [EP]» las consecuencias que materialmente se derivan de dicha renuncia equivalen a la aplicación del método de exención, esto es, a no gravar la posible ganancia que se produce para la sociedad que enajena el EP²⁴. Como consecuencia de ello, la Directiva obliga al Estado de residencia de la sociedad transmitente a declarar exenta la ganancia que se produce por la enajenación del EP, y ello a pesar de que el Estado de situación del EP no grave en ese momento tal ganancia por la aplicación de un régimen de diferimiento. Por este motivo, puede sostenerse que sería contrario al artículo 10.1 de la Directiva la introducción de una cláusula de sujeción efectiva que pudiera limitar la aplicación del método de exención a este tipo de operaciones. En suma, el Estado de residencia debe declarar exenta la ganancia a pesar de que en el Estado de la fuente no se haya gravado efectivamente por la aplicación de un régimen de diferimiento.

No obstante, debemos tener en cuenta que la Directiva no establece cómo deben regular los Estados miembros este régimen de exención. Se trata de una cuestión sobre la que la Directiva deja cierto margen de autonomía a los Estados miembros para que cada uno desarrolle este particular del modo que considere oportuno siempre y cuando se cumplan los objetivos marcados por la propia Directiva. Por este motivo, no sería contrario a la Directiva, por ejemplo, que un Estado regulara esta exención como una exención modificada –la ganancia se incluiría en la base imponible, pero en la cuota se aplicaría una deducción equivalente a la parte de la cuota que se hubiera producido por la inclusión de tal ganancia– o como una exención con progresividad que, como es sabido, tiene por resultado que la renta extranjera se incluya en la base imponible pero a los solos efectos de determinar el tipo de gravamen aplicable²⁵.

²⁴ Algunos autores consideran que el artículo 10.1 de la Directiva tiene un alcance mayor al expuesto por nosotros, en el sentido de que su aplicación exige algo más que el mero hecho de declarar exenta la posible ganancia que se produce en sede de la sociedad transmitente por la enajenación del EP [*vid.*, entre otros, THÖMMES (2004), NM 259]. En nuestra opinión, sin embargo, la renuncia a la que se refiere la Directiva implica simplemente la aplicación del método de exención, en los términos expuestos, toda vez que es evidente, incluso aunque no lo dijera la Directiva, que la sociedad que transfiere el EP pierde la posibilidad de gravar directamente la renta obtenida por él. Ahora bien, tal efecto se produce simplemente porque dicha sociedad lo transmite, y no tanto por la aplicación de la Directiva, toda vez que la pérdida de la posibilidad de gravar los beneficios futuros del EP se produce en todo caso, con o sin Directiva. Lo que la Directiva pretende es simplemente que el Estado de residencia de la sociedad que transmite el EP no grave la ganancia que se pueda producir por tal enajenación. En este sentido, entre otros, *vid.* IBFD (1995), pág. 50, STARINGER (2001), págs. 90-91 y LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005), pág. 23.

²⁵ IBFD (1995), pág. 50.

A pesar del cierto margen de libertad que deja la Directiva para desarrollar en el ámbito interno el método de exención, no hay que olvidar que es preciso que cada Estado miembro contemple expresamente en su legislación cómo se concreta la aplicación de dicho método en estos casos. Como consecuencia de ello, en principio no parece que sea un instrumento adecuado para implementar las exigencias de la Directiva acudir directamente a lo previsto en cada uno de los CDI celebrados por un Estado miembro de la UE con otros Estados miembros²⁶. Sin embargo, el hecho de que ello sea así, no impide que la aplicación del método de exención a las operaciones (comunitarias) de filialización de un EP se base, *en casos particulares*, en el régimen establecido en un concreto CDI y no en lo que, con carácter general, haya establecido un Estado miembro en su Derecho interno²⁷.

La opción de tratar una concreta operación conforme a lo establecido en un CDI, y no con base en el régimen general dispuesto en el ordenamiento interno de un Estado en aplicación de la Directiva, tiene especial sentido en aquellos casos en los que un Estado de la UE, al implementar la Directiva, haya decidido acogerse a la excepción prevista en el artículo 10.2 de la misma. Sin perjuicio de que este aspecto lo desarrollaremos en el siguiente epígrafe, conviene avanzar que el artículo 10.2 de la Directiva permite a los Estados miembros aplicar a las operaciones de filialización de un EP, en el Estado de residencia de la sociedad transmitente, el método de imputación en vez del método de exención que se deriva del artículo 10.1 de la misma norma.

El hecho de que un Estado de la UE haya establecido el método de imputación en su ordenamiento en cumplimiento de la Directiva (art. 10.2), no impide que un concreto CDI contemple la aplicación del método de exención para las ganancias puestas de manifiesto por la enajenación de un EP o elementos del mismo. Se trataría, por lo tanto, de un supuesto en el que el CDI celebrado entre el Estado de la sociedad transmitente y el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria –o Estado de situación del EP antes de su aportación–, prevea la aplicación del método de exención a la renta puesta de manifiesto por la enajenación de un EP. Cuando ello sea así, es posible aplicar a esta operación el método de exención previsto en el CDI, aunque la solución del Derecho interno, a los efectos del artículo 10 de la Directiva, sea la del método de imputación. No obstante, *la utilización del método de exención del CDI sólo sería posible si el convenio regula este método sin asociar su aplicación al hecho de que la renta exenta haya tributado efectivamente en el Estado de la fuente* (cláusula de sujeción efectiva).

Cuando el CDI contemple el método de exención, pero prevea a su vez una cláusula de sujeción efectiva vinculada al mismo, no sería posible acudir al CDI para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, toda vez que en este caso el CDI estaría introduciendo un requisito no previsto en la Directiva. En efecto, de la Directiva se desprende la obligación del Estado donde reside la sociedad transmitente de aplicar los métodos para eliminar la doble imposición internacional, a pesar de que en el Estado de la fuente no se haya producido tributación efectiva por la aplicación de un régimen de diferimiento. Como consecuencia de lo anterior, cuando un Estado de la UE haya optado en su legislación, en cumplimiento de la Directiva, por el método de imputación, no podría tratarse esta

²⁶ IBFD (1995), págs. 45-46.

²⁷ THOMMES (2004), NM 276.

operación conforme al método de exención previsto en un concreto CDI, si la aplicación de este método del CDI introduce una cláusula de sujeción efectiva. En estos casos la operación deberá tratarse conforme al método de imputación previsto expresamente por el ordenamiento interno en cumplimiento de la Directiva, que no puede estar condicionado en ningún caso por una cláusula de sujeción efectiva. Por el contrario, si el CDI prevé el método de exención y *no contempla cláusula de sujeción efectiva*, la operación se podrá tratar conforme al método de exención establecido en el CDI, a pesar de que la solución general del ordenamiento interno, en cumplimiento de la Directiva, haya sido el método de imputación.

Finalmente hay que señalar que el artículo 10.1 de la Directiva prevé en su segundo párrafo una regla especial que permite al Estado de residencia de la sociedad transmitente integrar en la base imponible de esta entidad las pérdidas procedentes del establecimiento permanente que con anterioridad a su enajenación se hubieran compensado. En particular dicho precepto señala lo siguiente:

«El Estado miembro de la sociedad transmitente podrá reintegrar en los beneficios imposables de dicha sociedad las pérdidas anteriores del EP que se hayan deducido, en su caso, del beneficio imponible de la sociedad en dicho Estado miembro y que no se hayan compensado.»

La Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer en estos casos una cláusula de recaptura de pérdidas, en la medida en que algunos ordenamientos permiten, en el marco de la aplicación del método de exención, la deducción de las pérdidas obtenidas en el extranjero a través de un EP²⁸. La razón de que sea posible contemplar una cláusula de recaptura de pérdidas se debe a que el Estado de residencia de la sociedad transmitente que ha permitido deducir las pérdidas obtenidas por el EP pierde la posibilidad de recuperar dichas pérdidas gravando, en su caso, los beneficios futuros que, en su caso, obtenga a través del EP. Tal pérdida se produce porque tras la enajenación del EP el Estado de la sociedad transmitente deja de tener el derecho a gravar directamente las rentas obtenidas por el EP. La Directiva, ante la imposibilidad de que dicho Estado grave los beneficios futuros del EP, permite integrar en la base imponible de la sociedad transmitente las pérdidas del EP previamente deducidas y que no se hayan compensado con cargo a beneficios del EP obtenidos antes de su enajenación²⁹.

El artículo 10.1 de la Directiva, aparte de señalar la posibilidad de los Estados miembros de reintegrar las pérdidas del EP previamente compensadas y no recuperadas, no establece ningún requisito o limitación adicional sobre cómo debe o puede configurarse esta cláusula de recaptura de pérdidas. Al ser eso así, es posible que un Estado de la UE establezca una cláusula de recaptura de pérdidas sin contemplar límite alguno de carácter temporal. Ello supondría que la sociedad transmitente tendría la obligación de reintegrar en su base imponible todas las pérdidas del EP previamente compensadas y que no se hubieran recuperado con cargo a beneficios obtenidos por el propio EP antes de su enajenación. Como veremos en un epígrafe posterior, la legislación española, en la actualidad, ha desarrollado esta cláusula de recaptura de pérdidas en ese sentido.

²⁸ Vid. los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (para. 44).

²⁹ Vid. TERRA y WATTEL (2008), pág. 561.

3.3. Aplicación del método de imputación

3.3.1. Consideración previa

El artículo 10.2 de la Directiva establece la posibilidad de que los Estados miembros apliquen a este tipo de operaciones el método de imputación en vez del método de exención que, con carácter general, se deriva del artículo 10.1 de la misma norma. El tenor del artículo 10.2 de la Directiva es el siguiente ³⁰:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Estado miembro de la sociedad transmitente aplique un sistema de imposición de beneficios globales, ese Estado miembro podrá gravar cualesquiera beneficios o ganancias de capital del EP que sean resultado de fusión, escisión, escisión parcial o aportación de activos, [siempre que admita la deducción d] el impuesto [que], de no ser por las disposiciones de la presente Directiva, habría gravado esos beneficios o ganancias de capital en el Estado miembro en que esté situado el establecimiento permanente, [y que admita dicha deducción] del mismo modo y en igual cuantía que se habrían aplicado si el impuesto los hubiese gravado y se hubiese pagado.»

Este precepto pretende hacer compatible el método de imputación con el régimen que la Directiva otorga a este tipo de operaciones ³¹. En efecto, cuando analizamos el método de imputación en el marco de los CDI (epígrafe 2), vimos cómo este método no resultaba aplicable en el momento de la enajenación del EP, como consecuencia de que en el Estado de situación del EP no se había pagado efectivamente impuesto alguno, al aplicarse un régimen de diferimiento a la operación. Pues bien, el artículo 10.2 de la Directiva permite al Estado de residencia de la sociedad transmitente gravar la ganancia derivada de la enajenación del EP siempre y cuando permita la deducción en la cuota de un *impuesto equivalente al que se hubiera exigido en el Estado de situación del EP en el caso de que el régimen de diferimiento derivado de la Directiva no se hubiera aplicado*. Se trata, en cierto modo, de autorizar la deducción en el Estado de residencia de la sociedad transmitente de un *impuesto ficticio o nocial (notional tax credit)*, esto es, el impuesto que se hubiera pagado en el Estado de situación del EP de no haber habido diferimiento en el momento de su enajenación al efecto de su filialización.

El artículo 10.2 de la Directiva, como veremos en los epígrafes siguientes, plantea un buen número de interrogantes sobre la aplicación del método de imputación, con deducción del *impuesto nocial*, a este tipo de operaciones.

³⁰ Nótese que en la versión española de la Directiva 133/2009/CE se omite el texto que hemos añadido, el cual se encontraba en la redacción del artículo 10.2 en la Directiva 90/434/CEE. Esta omisión tiene su origen en la modificación de la Directiva 90/434/CEE por la Directiva 2005/19/CE y hacía que el tenor literal careciera de sentido, sin que en otras versiones (inglesa o francesa, por ejemplo) se hubiera modificado el tenor literal de este apartado, como acertadamente han advertido PALAO (2005), pág. 24, y MENÉNDEZ (2006b), págs. 57-58. A nuestro juicio, el legislador comunitario ha perdido aquí una buena oportunidad para enmendar el error con ocasión de la codificación de los textos de las citadas normas.

³¹ Hay que significar que la Propuesta de 1969 de la que hoy es la Directiva de Fusiones no contemplaba la posibilidad de aplicar a estas operaciones el método de imputación [vid. art. 11 de la propuesta originaria de la Directiva de Fusiones de 1969, Documento COM(69)5 final]. La razón de que originariamente sólo se contemplara el método de exención y no el de imputación se debe a que en ese momento ninguno de los que entonces eran Estados miembros de la UE utilizaba en su ordenamiento interno el método de imputación para eliminar la doble imposición internacional.

3.3.2. Alcance del artículo 10.2 de la Directiva

El primer interrogante que plantea el artículo 10.2 de la Directiva es el alcance que debe otorgarse al comienzo de su tenor literal: «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1».

El artículo 10.1 de la Directiva, que es del que se deriva el método de exención analizado en el epígrafe 3.2, consta de cuatro párrafos. La duda que plantea el artículo 10.2 es si la aparente derogación o excepción que supone al artículo 10.1 se refiere a todos sus párrafos o sólo a algunos de ellos ³².

En primer lugar, se puede afirmar que el artículo 10.2 de la Directiva no excluye la aplicación de los párrafos tercero y cuarto del artículo 10.1 porque no se refieren a la aplicación del método de exención en el Estado de residencia de la sociedad transmitente. En efecto, estos párrafos aluden a una cuestión distinta: qué tratamiento tiene que otorgar el Estado de situación del EP a las operaciones de filialización, aclarando que dentro de estas operaciones también están comprendidas aquellas en las que la filial reside en el mismo Estado donde está situado el EP con carácter previo a su filialización. Por lo tanto, es evidente que el artículo 10.2 de la Directiva no excluye la aplicación de los párrafos tercero y cuarto del artículo 10.1, pues no se refieren estrictamente al método de exención, sino a la obligación del Estado de situación del EP de conceder el diferimiento impositivo en aquellos casos en que el régimen contenido en la Directiva sea aplicable.

Por el contrario, puede afirmarse sin duda alguna que lo que el artículo 10.2 de la Directiva excluye realmente del artículo 10.1 es su párrafo primero, pues es de este párrafo del que se deriva la regla general de aplicar en el Estado de residencia de la sociedad transmitente el método de exención ³³. La Directiva permite a los Estados miembros tratar estas operaciones conforme al método de imputación, en vez del de exención, sin perjuicio de que tengan que permitir la deducción del impuesto nocial del Estado de situación del EP. Como consecuencia de ello, el artículo 10.2 permite al Estado de residencia de la sociedad transmitente gravar la renta puesta de manifiesto con ocasión de la operación, sin perjuicio de que deba permitir la deducción del impuesto nocial indicado.

Sin embargo, lo que no queda claro del artículo 10.2 de la Directiva es si excluye o no también el párrafo segundo del artículo 10.1, que es el que, como vimos al final del epígrafe 3.2, permite al Estado de residencia establecer una cláusula de recaptura de pérdidas en relación con las pérdidas compensadas del EP, y no recuperadas, que se hubieran producido con anterioridad a su filialización. Se trataría de analizar si la Directiva permite a los Estados miembros que opten por el método de imputación derivado del artículo 10.2 establecer una cláusula de recaptura de pérdidas equivalente a la que el artículo 10.1, párrafo segundo, permite aplicar cuando el método utilizado en aplicación de la Directiva es el de exención.

La posibilidad de establecer una cláusula de recaptura de pérdidas es perfectamente coherente con la configuración del *método de exención*, en la medida en que este método se basa en la simetría entre

³² Hay que significar que la versión española de la Directiva plantea menos problemas interpretativos en este punto que otras versiones como la inglesa o la francesa.

³³ En este sentido, entre otros, se pronuncian TOMSETT (2008a), § 2.2.10 y AA.VV. (1993), pág. 16. No obstante, se posiciona en sentido contrario THOMMES (2004), NM 268.

la no inclusión de rentas obtenidas en el extranjero, tanto si son de carácter positivo como negativo ³⁴. Como consecuencia de ello, podría considerarse que el artículo 10.2 de la Directiva excluye la posibilidad de establecer una regla de recaptura cuando el método elegido es el de imputación, pues la citada regla tiene su sentido fundamentalmente en el ámbito del método de exención y no en el de imputación. Ésta es la interpretación que implícitamente han adoptado un buen número de Estados miembros de la UE, que al transponer la Directiva a su ordenamiento interno, optando por la aplicación del método de imputación del artículo 10.2, no han introducido expresamente una cláusula de recaptura de pérdidas ³⁵.

Frente a lo que ocurre cuando es de aplicación el método de exención, *en el caso del método de imputación*, la propia dinámica de este método impone la integración en la base imponible de todas las rentas obtenidas, tanto si son de signo negativo como positivo ³⁶. Siendo esto así, la posibilidad de recuperar las pérdidas o rentas negativas previamente compensadas sería una cuestión extraña a la configuración de este método de imputación, por lo que parece razonable afirmar que la misma debería encontrarse limitada a la aplicación del método de exención ³⁷. Conforme a esta interpretación, podría considerarse que se estaría incumpliendo la Directiva si un Estado miembro, al regular el método de imputación en aplicación del artículo 10.2, introdujera directamente una cláusula de recaptura de pérdidas. Esta interpretación supondría admitir también que el artículo 10.2 de la Directiva excepciona la aplicación de los párrafos primero y *segundo* del artículo 10.1.

No obstante, como veremos a continuación, la posibilidad de tener o no en cuenta las pérdidas compensadas (y no recuperadas) del EP en el marco del método de imputación no es precisamente una cuestión del todo clara, pues existen Estados, como es el caso de España, que sí contemplan expresamente su aplicación ³⁸. Además, dentro de los Estados que no contemplan expresamente su aplicación, es decir, no establecen una cláusula de recaptura directa de las pérdidas compensadas y no recuperadas del EP, sí establecen medidas que, indirectamente, tienen en cuenta dichas pérdidas a la hora de aplicar el método de imputación: se trata no tanto de integrar directamente en la base imponible del ejercicio en que se enajena el EP las pérdidas previamente compensadas del mismo, junto a la ganancia producida por tal enajenación, sino de computarlas indirectamente a la hora de cuantificar el impuesto nocial que el artículo 10.2 de la Directiva obliga a los Estados miembros a reconocer cuando optan por el método de imputación.

Si se considerara que la Directiva excluye la posibilidad de llevar a cabo una recaptura de pérdidas de modo directa cuando el método de imputación es aplicable, las normas de transposición de los Estados miembros que así lo prevean, como es el caso de España, deberían reputarse contrarias a la Directiva. Sin embargo, creemos que pueden plantearse argumentos suficientes en contra de esta limitación.

³⁴ VOGEL (1997), artículo 23, NM 70-75.

³⁵ *Vid.* el estudio elaborado por ERNST & YOUNG (2009), promovido por la Comisión Europea, sobre cómo se ha implementado la Directiva de Fusiones por los Estados miembros de la UE tras su última modificación relevante. Con carácter general, los Estados que han optado por el método de imputación, Alemania (pág. 651), Grecia (pág. 679), Irlanda (pág. 740) y Reino Unido (pág. 1.111), no han establecido una regla de recaptura de pérdidas.

³⁶ VOGEL (1997), artículo 23, NM 170.

³⁷ *Vid.*, entre otros, THÖMMES (2004), NM 268 y CALDERÓN y MARTÍN (2008), pág. 1.005.

³⁸ También Finlandia ha introducido una cláusula de recaptura de pérdidas al acogerse a la posibilidad de optar por el método de imputación. *Vid.* ERNST & YOUNG (2009), pág. 558.

En primer lugar, del tenor literal de la Directiva se extrae que el Estado de la sociedad transmitente debe permitir la deducción del impuesto nocional «del mismo modo y en igual cuantía que se habrían aplicado si el» Estado de situación del EP hubiera gravado de modo efectivo la operación. Esta referencia contenida en el tenor literal de dicho precepto a la aplicación del método de imputación en la misma forma que si el impuesto hubiera sido efectivamente exaccionado por el Estado de la fuente, permite, a nuestro juicio, considerar que, si la aplicación *normal* del método de imputación de acuerdo con la normativa interna del Estado de residencia de la sociedad transmitente prevé la recaptura de pérdidas previa a la aplicación de la deducción, esta recaptura pueda tener también lugar cuando el régimen fiscal que implementa la Directiva sea aplicable. Dicho de otro modo, si lo que la Directiva quiere es que el crédito fiscal se conceda por el Estado de residencia de la sociedad transmitente en la misma forma en que se habría concedido de no mediar los beneficios del régimen previsto en su articulado, entonces habrá que considerar que la posibilidad de llevar a cabo la recaptura de pérdidas cuando sea aplicable el método de imputación se podrá hacer en tanto en cuanto la misma se hubiera realizado en la aplicación normal de dicho método ³⁹.

Junto a ello, debe recordarse que la recaptura de pérdidas previamente deducidas en estos casos sirve a su vez como mecanismo para evitar la realización de actividades abusivas, pues, de otro modo, sería factible aprovechar estas pérdidas en los años en que se obtienen en el Estado de residencia de la sociedad transmitente, por tanto reduciendo su cuota tributaria durante los años deficitarios; mientras que, cuando la perspectiva de obtención de beneficios a través del EP se fuera a materializar, la sociedad optaría por proceder a la filialización del EP, evitando así un incremento de la cuota a satisfacer en el Estado de la residencia. Mediante esta sencilla estructura se lograría diferir efectivamente la tributación de los beneficios del EP que sólo serían recuperados por el Estado de la residencia cuando la filial distribuyera dividendos o se enajenaran las participaciones en su capital ⁴⁰. Así pues, la exclusión de la recaptura directa de pérdidas en el marco de la aplicación del artículo 10.2 de la Directiva generaría una grave asimetría entre la aplicación de los métodos de imputación y exención que difícilmente podría ser considerada dentro de los objetivos del legislador comunitario.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que cuando es aplicable el método de exención y el Estado de la residencia ha optado por permitir que sus residentes deduzcan las pérdidas de fuente foránea, este Estado está decidiendo unilateralmente la inaplicación del principio de simetría en el marco del citado método de eliminación de la doble imposición. De hecho, los efectos de esta decisión hacen que cuando el EP únicamente haya generado pérdidas –situación habitual en los primeros años de la inversión–, se asemejen a aquellos que resultarían de haberse optado por la aplicación del método de imputación. En consecuencia, de no permitirse la recaptura de pérdidas cuando el método de impu-

³⁹ No se nos escapa el hecho de que esta posibilidad de que se lleve a cabo la recaptura de pérdidas por el Estado de la residencia de la sociedad transmitente de modo previo a la deducción del impuesto soportado en el Estado de situación del EP puede significar que dicho impuesto no llegue a ser deducido en el Estado de la residencia en aquellos casos en que el importe de las pérdidas supere el importe de las eventuales ganancias patrimoniales. En este caso, cabría plantearse la compatibilidad de tal recaptura con el mandato del artículo 10.2 al Estado de la residencia de permitir la deducción del impuesto nocional. En el caso español, como veremos, la previsión del artículo 31.4 de la LIS puede solventar estos problemas al permitir la deducción posterior (*carry-forward of unused foreign tax credit*) de este impuesto, o de la parte de su importe que no haya podido deducirse, en los 10 ejercicios siguientes.

⁴⁰ Estas estructuras son las que trataron de eliminarse en los EEUU mediante la introducción de la que actualmente es la sección 367 del *Internal Revenue Code*. Vid. AVI-YONAH, RING y BRAUNER (2005), pág. 421 y ss.

tación es el aplicable, el resultado sería desfavorable para el Estado que hubiera optado por la aplicación de este método frente a aquel en que se aplicara el método de exención asimétricamente. Con todo, no puede obviarse el hecho de que mediante el cálculo del impuesto nocial, como veremos, puede lograrse una recaptura indirecta de pérdidas. Ahora bien, en la medida en que las legislaciones del Estado de la fuente y el Estado de residencia en este extremo pueden ser dispares, la recaptura de pérdidas se vería determinada por el cálculo realizado conforme a la normativa interna del Estado de la fuente, conduciendo a un resultado distinto de aquel que se habría obtenido de proceder a una recaptura de pérdidas de modo directo. Otra cuestión es si habiéndose recapturado las pérdidas directamente por el Estado de la residencia, cabe considerar esa recaptura compatible con el cálculo de impuesto nocial en el que la base imponible se haya visto minorada por el importe de las pérdidas reconocidas en el Estado de la fuente.

3.3.3. *Las distintas modalidades del método de imputación y el artículo 10.2 de la Directiva*

El segundo interrogante que plantea el artículo 10.2 es el de considerar si en el marco del mismo caben las distintas modalidades del método de imputación, esto es, el método de imputación íntegra y el método de imputación ordinaria. Como es sabido, la diferencia entre ambas modalidades del método de imputación estriba en que en el segundo (imputación ordinaria), el Estado de residencia sólo admite la deducibilidad de los impuestos satisfechos en el extranjero hasta el límite de la imposición que hubiera sido soportada de proceder la renta gravada de fuente doméstica y no foránea. En el caso de la imputación íntegra, este límite no es aplicable, siendo deducibles los impuestos satisfechos en el extranjero sin restricción alguna ⁴¹.

Pues bien, la literalidad del artículo 10.2 de la Directiva podría llevar al error de considerar que dentro de su ámbito de aplicación sólo es válido el método de imputación íntegra, toda vez que dicho precepto alude a la admisibilidad de la deducción del impuesto nocial. De aceptarse la interpretación que propugnamos en el epígrafe anterior en relación con la aplicación de este precepto, es claro que no podría mantenerse en modo alguno la incompatibilidad de la modalidad de imputación ordinaria con la Directiva. En consecuencia, entendemos que la referencia a la deducción del impuesto extranjero en la misma forma y cuantía, que se habría calculado de no haberse aplicado la Directiva, permite que ambas modalidades del método de imputación sean igualmente compatibles con el precepto analizado ⁴².

Del mismo modo, hay que tener en cuenta que el artículo 10.2 de la Directiva no pretende armonizar los métodos para eliminar la doble imposición internacional de los Estados miembros de la UE. Su única pretensión es obligar a los Estados miembros a que apliquen el método de imputación cuando, como consecuencia de la aplicación de la Directiva, no exista gravamen efectivo de las ganancias patrimoniales manifestadas al realizarse la operación en el Estado de la fuente. Como consecuencia, tampoco deberían plantearse problemas particulares en aquellos casos en que los que el

⁴¹ Sobre el funcionamiento básico de ambas modalidades del método de imputación, *vid.* CALDERÓN (1997), pág. 178 y ss. y VOGEL (1997), artículo 23 (paras. 168 y ss.).

⁴² En este sentido, *vid.* HELMINEN (2009), págs. 203-204.

método de imputación aplicable, en cualquiera de sus modalidades, se deriva del CDI que exista entre los Estados de la residencia y de la fuente. Por este motivo puede plantearse la posibilidad de acomodar la aplicación de la cláusula convencional con los imperativos de la Directiva simplemente ajustando el método de imputación previsto en el CDI con el cálculo del impuesto nacional.

3.3.4. *El cálculo del impuesto nacional*

Ello nos lleva al tercer y más relevante interrogante que se nos plantea en la aplicación de este precepto: la determinación del impuesto nacional, esto es, el impuesto que habría sido satisfecho en el Estado de situación del EP de no haberse aplicado los beneficios de la Directiva de Fusiones⁴³. A priori, en la medida en que la Directiva no establece ninguna guía o directriz para proceder al cálculo del impuesto nacional, parece quedar a la discrecionalidad de los Estados miembros la determinación del impuesto nacional. Con todo, no parece que los distintos modos en que los Estados miembros han procedido a incorporar reglas para la determinación de este impuesto a deducir puedan ser consideradas completamente respetuosas con los fines perseguidos por la norma comunitaria.

Este aspecto pasa, en nuestra opinión, por ser uno de los más *conflictivos* en la aplicación de la Directiva de Fusiones. Del tenor del artículo 10.2 de la Directiva se extrae con claridad la idea de que el impuesto nacional debería corresponderse con aquel que se habría devengado en el caso de que el Estado de la fuente no hubiera aplicado un régimen de diferimiento. Ello determinaría, pues, que el Estado de la residencia de la sociedad transmitente deba calcular el impuesto a deducir conforme a las normas tributarias del Estado de la fuente que resultaran aplicables al caso concreto. En tal sentido, lo que se produciría aquí es una *remisión completa* a la normativa tributaria del Estado de la fuente a fin de calcular el importe del impuesto nacional. Ésta parece ser la posición que, entre otros Estados miembros, ha adoptado Reino Unido a la hora de implementar el artículo 10.2 de la Directiva de Fusiones.

En efecto, de acuerdo con las previsiones de la sección 815A de la Ley del Impuesto sobre la Renta y Sociedades de 1988 de Reino Unido (*Income and Corporation Income Tax Act*), la deducción por el impuesto nacional se calcula de acuerdo con la normativa del Estado de la fuente⁴⁴. A los efectos de llevar a cabo la determinación del impuesto nacional, la normativa de Reino Unido obliga, no sólo a

⁴³ Debe tenerse en cuenta que este problema no se encuentra únicamente limitado al ámbito del artículo 10.2 de la Directiva, sino también cuando un Estado miembro haga uso de la previsión del artículo 11.2 de la Directiva en relación con la aplicación del régimen fiscal de diferimiento a entidades que sean consideradas transparentes. *Vid.* al respecto RUSSO (2006), págs. 482-483.

⁴⁴ El tenor literal de este precepto se traduciría por:

«(2) En el caso de aportaciones en que las ganancias que hubiera obtenido la sociedad A hubieran sido gravadas de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro de no haber sido por las disposiciones de la Directiva de Fusiones, esta sección [...] se aplicará como si el importe del impuesto, calculado sobre la base requerida, que hubiera sido exigido sobre dichas ganancias de acuerdo con la normativa del Estado de la fuente, hubiera sido satisfecho.

[...]

(5) A los efectos de la aplicación de esta sección, la base requerida se determinará:

(a) Deduciendo, en la medida en que la normativa del Estado de la fuente lo permita, las pérdidas resultantes de las ganancias que resultaran de la aportación, y

(b) Considerando que cualquier beneficio fiscal aplicable a la operación hubiera sido solicitado.»

Sobre ello, *vid.* COOKLIN (2009), pág. 37 y ss.

realizar el cómputo de la base imponible conforme a la normativa del Estado de la fuente, sino también a realizar un doble ajuste a los efectos de reducir dicha base en el importe en que la normativa interna del Estado de la fuente hubiera compensado pérdidas anteriores del EP con las ganancias patrimoniales obtenidas en la operación, lo cual a nuestro juicio puede ser considerado como un mecanismo *indirecto* para proceder a la recaptura de pérdidas⁴⁵, y a presumir que cualesquiera beneficios fiscales que conforme a la normativa del Estado de la fuente se hubieran podido aplicar, fueron efectivamente aplicados.

Desde el punto de vista formal, entendemos que no puede hacerse ningún reproche a la normativa de Reino Unido, pues aparentemente cumple con el mandato al Estado de residencia de la sociedad transmitente emanado del artículo 10.2 de la Directiva. Sin embargo, la corrección formal de esta norma de transposición choca, en nuestra opinión, con ciertas dificultades a la hora de su aplicación práctica.

En principio, existen *dos posibilidades* de llevar a cabo la *remisión al Derecho del Estado de la fuente*. La primera de ellas pasaría porque la Administración tributaria del Estado de la residencia procediera a realizar el cálculo del impuesto nocal de modo directo, es decir, aplicar directamente la normativa extranjera para determinar el importe a deducir. A primera vista, esta opción puede plantear serias dificultades de orden práctico, al obligar a la Administración tributaria de un determinado Estado a aplicar la legislación de un Estado distinto sin recurrir, en principio, a la colaboración con la Administración tributaria del Estado de la fuente.

La segunda opción, en cambio, desplazaría los costes hacia el obligado tributario. El obligado debería recabar de la Administración tributaria del Estado de la fuente una certificación que detallara el importe del impuesto no exigido como consecuencia del diferimiento. Esta opción parece ser por la que han optado países como Reino Unido o Irlanda a la hora de implementar la Directiva de Fusiones⁴⁶. Con todo, esta opción no deja de plantearnos serias dudas acerca de su practicabilidad y su conformidad con la propia Directiva.

En primer lugar, no deja de ser cuestionable el hecho de que una Administración tributaria se encuentre obligada a expedir una certificación de los impuestos no exigidos como consecuencia de la aplicación de un régimen de diferimiento. Del artículo 10.2 de la Directiva entendemos que no puede extraerse, en principio, ninguna obligación explícita, ni implícita para el Estado de situación del EP sobre este extremo⁴⁷. Por lo tanto, parece complicado que el contribuyente pueda cumplir el

⁴⁵ En efecto, en la medida en que las pérdidas que hubiera obtenido el EP previas a la transmisión sean compensadas, en las condiciones previstas en la normativa interna del Estado de la fuente, con las ganancias que afloraran al realizarse la aportación, se produce una reducción del importe del impuesto nocal a deducir en el Estado de la residencia. Esta reducción del impuesto nocal como consecuencia de la compensación de pérdidas permite que el Estado de la residencia pueda recapturar, en cierta medida, las pérdidas que hubiera permitido deducir en sede de la sociedad transmitente. De hecho, en el caso en que las legislaciones de ambos Estados fueran coincidentes, este mecanismo permitiría al Estado de la residencia verse resarcido por la compensación de pérdidas previas del EP que hubiera permitido en sede de la sociedad transmitente hasta el límite de las ganancias que se hubieran obtenido al realizar la operación.

⁴⁶ En relación con la normativa de Reino Unido, *vid.* IBFD (2003), Anexo 15 (Reino Unido), pág. 23. Sobre la transposición de la Directiva de Fusiones en Irlanda, nos remitimos a ERNST & YOUNG (2009), págs. 741-742.

⁴⁷ A pesar de la inexistencia de una obligación en este sentido en el artículo 10.2 de la Directiva de Fusiones de la que sea destinatario el Estado de situación del EP, cabría plantear la posibilidad de que del principio de cooperación leal del actual artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea se derivara una obligación implícita del Estado de la fuente. Sin embargo,

requisito impuesto por las normativas referidas. Además, aunque pudiera considerarse que el Estado de la fuente tenga la obligación de expedir la certificación del impuesto diferido, la legislación interna de los Estados referidos exigiría que dicho impuesto se calculara por el Estado de la fuente admitiendo la deducibilidad de las pérdidas anteriores y la aplicación de los beneficios fiscales que hubieran podido ser solicitados, en su caso, por el contribuyente ⁴⁸.

Ahora bien, entendemos que la posibilidad de vincular de modo exclusivo la aplicación del método de imputación conforme a lo previsto en el artículo 10.2 de la Directiva al hecho de que el contribuyente obtenga un certificado de la Administración tributaria del Estado de la fuente no puede considerarse conforme a la propia Directiva, al imponer un requisito no establecido en su articulado para acceder a los beneficios en ella contenidos ⁴⁹. Así cabría plantearse qué consecuencias tiene para el contribuyente la negativa del Estado de la fuente a expedir un certificado en que se señale el importe de un impuesto que, en aplicación de la propia Directiva no ha sido exigido, sino diferido ⁵⁰.

El último reproche que nos plantea esta opción de transposición de la Directiva de Fusiones viene desde el punto de vista del propio contribuyente. Uno de los principales argumentos a favor de la aplicación de los regímenes de diferimiento en las operaciones de reorganización viene del hecho de que *en estas operaciones no se pone de manifiesto liquidez*. Como consecuencia de ello, la exigencia del impuesto, que de otro modo se habría devengado, puede plantear problemas para las empresas que optan por reorganizar sus patrimonios al no llevar aparejada la operación una manifestación de liquidez. De conformidad con ello puede colegirse que la opción de hacer depender la deducción del impuesto nocial de la actuación de la Administración tributaria extranjera puede generar, en su caso, un problema de liquidez. Esto sucedería en aquellos casos en que para la deducción del impuesto nocial fuera necesario acreditar la cuantía de dicho impuesto mediante la exhibición de un certificado, pues mientras dicho certificado no fuera exhibido, en principio, parece que las ganancias patrimoniales que se habrían puesto de manifiesto serán objeto de gravamen por el Estado de la residencia sin que provisionalmente se aplicara ninguna medida que permitiera eliminar el solapamiento de gravámenes entre los Estados intervinientes.

Piénsese, por ejemplo, en el caso en que fuera España el Estado de situación del EP. Hay que destacar, como punto de partida, que la normativa actual no establece ningún procedimiento que pudiera dar lugar a la acreditación de los impuestos diferidos en aplicación de la Directiva de Fusiones, y cuya finalidad fuera que el contribuyente no residente acreditara tal importe ante la Administración

entendemos que es difícil plantear la cuestión en estos términos, pues, en principio, no nos encontramos ante un supuesto en que se obstaculiza el efecto útil de las disposiciones de Derecho comunitario derivado por el Estado de situación del EP, sino ante una norma de transposición adoptada unilateralmente por un Estado miembro. *Vid.* DIEZ-HOCHLEITNER y MARTÍNEZ CAPDEVILLA (2001), § 2, artículo 10.

⁴⁸ *Vid.* nota 46 anterior.

⁴⁹ *Vid.* IBFD (1995), pág. 50.

⁵⁰ Aparentemente en el caso de Reino Unido el problema se soluciona mediante la aplicación del Derecho del Estado de la fuente por parte de las autoridades nacionales. Así, cuando las autoridades del Estado de la fuente no expiden el certificado de impuestos diferidos, el contribuyente tiene la posibilidad de acudir a la *Board of Inland Revenue*, la cual procederá, en su caso, a la determinación del impuesto nocial mediante el recurso a la legislación del Estado de la fuente. Sobre ello, *vid.* TOMSETT (2008b), § 4.10.1.1.

tributaria de su Estado de residencia a efectos de la deducción del impuesto nocial. En cualquier caso, aunque dicho procedimiento existiera, es probable que el mismo conllevaría, *cuanto menos*, la realización de las operaciones de comprobación y valoración propias del procedimiento de comprobación limitada, cuya duración puede prolongarse hasta los seis meses desde su inicio ⁵¹. Esta circunstancia podría suponer para la sociedad transmitente el citado problema de liquidez cuando en su Estado de residencia fuera exigible el gravamen sobre las plusvalías generadas en la filialización del EP *antes* de que hubiera concluido el procedimiento en el Estado español para certificar el impuesto nocial.

Pues bien, en el caso de España, a diferencia de lo que ocurre en las normativas referidas anteriormente, la remisión a la legislación del Estado de la fuente no parece realizarse con la misma intensidad, acercándose a una mera comparación de los tipos de gravamen a efectos de determinar la cuantía del impuesto nocial. Esta conclusión, como veremos en el epígrafe 4.2, permite una mejor practicabilidad a la hora de aplicar esta previsión, aunque puede considerarse en alguno de sus extremos conflictiva con la propia Directiva de Fusiones y, en ocasiones, podría cuestionarse su eficacia a la hora de eliminar la doble imposición que se habría producido sobre las ganancias patrimoniales manifestadas al realizarse la operación.

4. LA FILIALIZACIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL MARCO DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

4.1. Consecuencias cuando *no es de aplicación* el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones

La normativa española del Impuesto sobre Sociedades (IS) contempla la posibilidad de aplicar para eliminar la doble imposición internacional tanto el método de exención como el de imputación. Cuando *no* resulta aplicable el régimen previsto en un CDI, el método que con carácter general prevé la LIS es el de *imputación en su modalidad ordinaria o limitada* (vid. art. 31 LIS) ⁵². La aplicación de este método requiere que el contribuyente del IS haya satisfecho *efectivamente* un impuesto en el extranjero por la obtención de una concreta renta.

Al mismo tiempo, la LIS contempla la posibilidad de optar por la aplicación del *método de exención*. Sin embargo, este método no se prevé para cualquier tipo de renta de fuente extranjera, sino solamente cuando se trata de las rentas mencionadas en los artículos 21 y 22 de la LIS. En particular, nos interesa aquí el artículo 22 de la LIS que regula una exención sobre las rentas obtenidas en el extranjero a través de un EP situado fuera del territorio español. Como ha señalado la propia Dirección General de Tributos (DGT), esta exención alcanza también a las ganancias derivadas de la ena-

⁵¹ Vid. artículo 104.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

⁵² En efecto, el artículo 31.1 de la LIS permite la deducción de los impuestos satisfechos pagados en el extranjero pero con el límite del «importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por las mencionadas rentas si se hubieran obtenido en territorio español».

jenación de un EP⁵³. La aplicación de la exención precisa que el EP cumpla una serie de requisitos, destacando especialmente el hecho de que el EP deba desarrollar actividades económicas⁵⁴. Asimismo, esta exención se articula como un derecho de opción del contribuyente con respecto al método general de imputación del artículo 31 de la LIS. Lógicamente, la aplicación de un método excluye la aplicación del otro, como recuerdan los artículos 21.3 c) y 22.4 de la LIS.

Pues bien, cuando un contribuyente del IS español transmite un EP en el marco de una operación de reorganización o cualquier otra de naturaleza similar, puede optar por aplicar el régimen especial de diferimiento que prevé la LIS en su Capítulo VIII (arts. 83 a 96 LIS). Es aquí donde el ordenamiento español implementa la Directiva de Fusiones⁵⁵. No obstante, la normativa española amplía el ámbito de aplicación de este régimen, en la medida en que resulta aplicable tanto si el EP está situado en un Estado de la UE como cuando se encuentra en un Estado tercero, si bien para este último caso la LIS supedita la aplicación del régimen especial a que el EP situado en un territorio tercero se transmita a favor de un entidad residente en España, esto es, la sociedad beneficiaria de la filialización del EP debe ser contribuyente del IS español⁵⁶. En consecuencia, el régimen de diferimiento no se aplica cuando el EP situado en el extranjero se transfiere a una sociedad no residente en la UE.

En cualquier caso, bien cuando el régimen especial no es aplicable, bien cuando el contribuyente no opte por él (art. 96 LIS), los métodos de exención e imputación de los artículos 22 y 31 de la LIS resultan aplicables, en principio, a cualquier operación de filialización de un EP cuando la sociedad transmitente reside en España y el EP de esta entidad española está situado en el extranjero.

El primer problema que plantea la aplicación de cualquiera de estos dos métodos es similar al analizado en el epígrafe 2 al hilo de los CDI. Se trata de comprobar si es posible aplicar los métodos para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia cuando el Estado de la fuente no grava efectivamente la operación de filialización del EP por la concesión de un régimen de diferimiento.

En efecto, *aunque se trata de una cuestión discutible*, sobre todo en el marco de la exención del artículo 22 de la LIS cuando con el Estado de situación del EP España ha celebrado un CDI⁵⁷, los

⁵³ En la Consulta de 26 de diciembre de 2003, n.º 2478/2003 (NFC018938), la DGT señala expresamente la posibilidad de aplicar el artículo 22 de la LIS a la renta positiva puesta de manifiesto por la enajenación de un EP. Debemos significar que la consulta se refiere al precepto equivalente del artículo 22 de la LIS en la normativa anterior, esto es, el artículo 20 ter de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

⁵⁴ En particular, el artículo 22.1 a) de la LIS exige que las rentas del EP procedan de la realización de actividades económicas en el extranjero. Este requisito se cumple cuando al menos el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio se corresponden con rentas empresariales obtenidas en el extranjero. Por otra parte, el artículo 22.1 b) de la LIS exige otros dos requisitos que afectan al territorio donde el EP está situado: dicho territorio no debe tener la condición de paraíso fiscal a los efectos de la normativa española y el EP debe estar gravado allí por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS español. Este último requisito *se considerará cumplido* cuando el EP está situado en un Estado con el que España tenga suscrito un CDI con cláusula de intercambio de información [vid. arts. 21.1 b) y 22.1 b) LIS].

⁵⁵ El carácter opcional de este régimen se deduce del artículo 96 de la LIS.

⁵⁶ Vid. las letras «b» y «d» del artículo 84.1 de la LIS.

⁵⁷ Respecto al método de exención del artículo 22 de la LIS entendemos que podría resultar aplicable en algunos casos –sobre todo cuando es aplicable un CDI–, a pesar de que no haya habido tributación efectiva en el Estado de la fuente. Y ello porque el artículo 22.1 b) de la LIS sólo exige que el EP haya sido gravado por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS. En la medida en que este requisito se considera cumplido cuando el territorio donde está ubicado el EP ha firmado con España un CDI con cláusula de intercambio de información, sería posible aplicar la exención del artículo 22 de la LIS a pesar

métodos de exención e imputación que prevé la LIS no resultarían en principio aplicables cuando el Estado de la fuente no ha gravado efectivamente la operación de enajenación del EP, a pesar de que tal ausencia de gravamen tenga su causa en un régimen de diferimiento. Por su parte, la renta puesta de manifiesto por la filialización del EP sí resultaría gravada en España como Estado de residencia de la sociedad transmitente, toda vez que esta entidad tendría que integrar en la base imponible del IS del periodo impositivo en el que transmite el EP una renta equivalente a la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos (EP) y su VC (*vid.* apartados 1 y 3 del art. 15 LIS). Evidentemente, si el Estado de la fuente hubiera gravado de manera efectiva la operación, resultarían aplicables en España, como Estado de residencia, tanto los métodos para eliminar la doble imposición internacional previstos en la LIS como, en su caso, los que deriven de la aplicación de un CDI ⁵⁸.

Por otra parte, la aplicación de los métodos previstos en los artículos 22 y 31 de la LIS requiere tener en cuenta otros extremos. La normativa española permite imputar en la base imponible del IS las pérdidas obtenidas a través de un EP situado en el extranjero, incluso cuando el método utilizado por el contribuyente del IS en relación con dicho EP es el método de exención del artículo 22 de la LIS ⁵⁹. No obstante, la aplicación de este método, cuando con anterioridad el contribuyente del IS se ha deducido las pérdidas obtenidas a través de un EP, exige (re)integrar o recapturar dichas pérdidas. Por ello, cuando existen rentas negativas del EP previamente imputadas en la base imponible del IS, la exención del artículo 22 de la LIS sólo se puede aplicar sobre el exceso. De hecho, este requisito, como se deriva del artículo 22.2 de la LIS, es aplicable tanto en el ámbito del método de exención como en el de imputación: «cuando en anteriores periodos impositivos el [EP] hubiera obtenido rentas negativas netas que se hubieran integrado en la base imponible de la entidad, la exención prevista en este artículo o la deducción a que se refiere el artículo 31 de esta ley sólo se aplicarán a las rentas positivas obtenidas con posterioridad a partir del momento en que superen la cuantía de dichas rentas negativas».

A la vista de lo anterior, se advierte que los métodos de exención e imputación de la LIS, cuando anteriormente se han imputado rentas negativas del EP, sólo se pueden aplicar sobre el exceso, esto es, sobre las rentas positivas generadas a través del mismo EP que superen la cuantía de las de carácter nega-

de que no se haya soportado tributación alguna en el Estado de la fuente por la aplicación de un régimen de diferimiento. De hecho, aunque en el marco del artículo 21 de la LIS, la DGT ha admitido la aplicación de la exención que ahí se establece aunque la sociedad participada no tributaba o apenas tributaba en el Estado donde residía. Y ello como consecuencia de que esa sociedad residía en un Estado que tenía un CDI con España con cláusula de intercambio de información. *Vid.* las Consultas de la DGT de 5 de abril de 2005, n.º V0565/2005 (NFC020760) y de 4 de diciembre de 2007, n.º V2613/2007 (NFC028019).

⁵⁸ De hecho en España se viene admitiendo la posibilidad de renunciar a la aplicación del método de imputación previsto en un CDI cuando se cumplen los requisitos de la exención del artículo 22 de la LIS. Aunque no pretendemos profundizar aquí sobre ello, debemos significar que esta posibilidad de inaplicar el régimen de un CDI en beneficio de lo establecido por el Derecho interno podría considerarse un incumplimiento del CDI. Asimismo, esta posibilidad puede distorsionar el equilibrio que en esta materia pretenden establecer los CDI. *Vid.* CALDERÓN (2005), págs. 988-995 y HORTALÀ (2007), págs. 711-712.

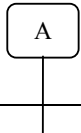
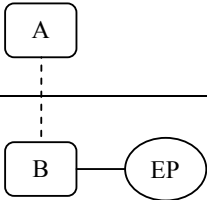
⁵⁹ Cuando se trata de aplicar el método de exención previsto en un CDI en relación con las rentas obtenidas a través de un EP, con carácter general no es posible compensar en el Estado de residencia las rentas negativas obtenidas a través del mismo, salvo que el CDI lo establezca expresamente, como sucede en los CDI celebrados por España con Bélgica (1970, art. 23.2) y los Países Bajos (1971, art. 25.5). A pesar de ello, las autoridades españolas han venido admitiendo la posibilidad de imputar las rentas negativas del EP si posteriormente, a la hora de aplicar el método de exención previsto en el CDI, las mismas se recapturaban. Para ello se ha exigido que se cumpliera lo previsto en el método de exención de la legislación española, aunque el CDI aplicable no estableciera la posibilidad de recapturar pérdidas. Sobre ello *vid.* CALDERÓN (1997), págs. 1.006-1.012.

tivo ya compensadas ⁶⁰. En suma, *la normativa española contempla una cláusula de recaptura de pérdidas (completa) que afecta por igual a ambos métodos para eliminar la doble imposición internacional.*

La razón de que se aplique a ambos métodos una cláusula de recaptura de pérdidas tiene por finalidad garantizar la de que funcionen de manera neutral ⁶¹.

A continuación pondremos una serie de ejemplos para explicar lo anterior.

CUADRO 3.

	Situación <i>antes</i> de la aportación	Situación <i>después</i> de la aportación
Estado de residencia (España)		
Estado de la fuente (Estado tercero ⁶²)		

EJEMPLO 1:

Partiendo de la base de que el VC del EP es 90 y su VM asciende a 125, la ganancia derivada de la enajenación del EP ascendería a 35. También partimos de la premisa de que previamente a la transmisión del EP dicho establecimiento hubiera generado rentas negativas por importe de 140 y que las mismas se han integrado en la base imponible del IS español de ejercicios anteriores de la sociedad transmitente, esto es, la entidad A conforme al esquema anterior. También, a los efectos de este ejemplo, partimos de la premisa que el Estado de la fuente considera que, en su territorio, se ha producido una renta positiva de igual cuantía (35) por la enajenación del EP.

En este caso, conforme a la normativa española, la entidad A tendría que tributar por la renta puesta de manifiesto por la enajenación del EP (35). Y ello con independencia de que el Estado de la fuente haya gravado o no la operación y de cuál fuera el método para eliminar la doble imposición que resultara aplicable. Nótese que tanto en aplicación del método de exención o imputación de la legislación española, tal y como están regulados, *ninguno sería aplicable en este caso* porque

⁶⁰ SERRANO (2007), pág. 31.

⁶¹ SERRANO (2007), pág. 32.

⁶² Podría tratarse también de un Estado de la UE cuando no se ha optado por el régimen especial que prevé la LIS en aplicación de la Directiva de Fusiones.

la renta derivada de la enajenación del EP (35) es inferior a las rentas negativas del EP previamente imputadas (140).

EJEMPLO 2:

Utilizamos los mismos datos del ejemplo anterior, si bien aquí el VM del EP sería 290. La ganancia ascendería, por lo tanto, a 200, al ser el VC 90.

La cláusula de recaptura de pérdidas prevista en el artículo 22.2 de la LIS obligaría a la entidad A a integrar en su base imponible del IS la cantidad de 140 –que son las rentas negativas previamente imputadas–. Por el exceso (60), esto es, la diferencia entre 140 y 200, se aplicarían los métodos de exención e imputación que prevé la LIS siempre y cuando la operación hubiera estado gravada efectivamente en el Estado de la fuente. No obstante, dichos métodos podrían resultar no aplicables si el Estado de la fuente no ha gravado la operación por aplicar un régimen de diferimiento⁶³.

En cualquier caso, antes de abordar las consecuencias de esta operación aplicando el régimen especial de la Directiva, tal y como lo recoge la LIS, debemos poner de manifiesto que el hecho de que también se aplique una cláusula de recaptura de pérdidas en el marco del método de imputación impide que el Estado de residencia pierda definitivamente la posibilidad de recapturar las pérdidas ya aplicadas⁶⁴. De lo contrario, esto es, *si no fuera posible tal recaptura*, el método de imputación podría resultar más favorable que el de exención, produciéndose, en cierto modo, un resultado asimétrico entre ambos métodos⁶⁵.

4.2. Consecuencias cuando se aplica el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones

El artículo 92 de la LIS desarrolla el artículo 10 de la Directiva de Fusiones. Como hemos señalado en el epígrafe 3, este precepto de la Directiva es el que se refiere específicamente al régimen

⁶³ No obstante, si el EP estuviera situado en un país con el que España tiene un CDI con cláusula de intercambio de información se facilitaría la aplicación de la exención a pesar de no haber tributación efectiva en el Estado de la fuente.

⁶⁴ No obstante, si el Estado de la fuente ha tomado en cuenta, para calcular la renta puesta de manifiesto por la enajenación del EP, las rentas negativas previamente obtenidas por el mismo, es posible que se hubiera llegado a un resultado similar al que se deriva de la normativa española en su condición de Estado de residencia. Los propios Comentarios al artículo 24.3 del MC OCDE [paras. 40 c) y 40 d)] reconocen expresamente la posibilidad de que el Estado de la fuente, al calcular la renta derivada de la enajenación del EP, tenga en cuenta las rentas negativas anteriores en la medida en que no se hubieran ya compensado. En cualquier caso, para que el resultado fuera similar en ambos Estados, sería necesario que la renta negativa generada por el EP antes de su enajenación coincidiera tanto en el Estado de residencia como en el de la fuente. Es improbable que ello suceda, pues a pesar de ser el mismo EP y la misma renta, cada Estado determina dicha renta conforme a su propia normativa, por lo que no se asegura que el resultado sea el mismo.

⁶⁵ Nótese que, utilizando los mismos datos de los ejemplos anteriores, de no aplicarse la cláusula de recaptura de pérdidas, la entidad A, con el método de imputación, hubiera podido compensarse la renta negativa de 140 obtenida con carácter previo a la enajenación del EP y, al mismo tiempo, incluir la renta derivada de la enajenación del EP en la base imponible, pero deduciéndose el impuesto pagado en el extranjero *por la totalidad de la renta obtenida* y no sólo por el exceso sobre las rentas negativas del EP previamente aplicadas. Por el contrario, el método de exención sólo se habría aplicado sobre el exceso.

que el Estado de residencia de la sociedad transmitente tiene que aplicar, entre otras, a las operaciones de filialización de establecimientos permanentes.

Hasta la modificación que sufrió en 2006 dicho precepto, el método previsto por la LIS para tratar estas operaciones era el de exención. La aplicación de este método se complementaba con el establecimiento de una cláusula de recaptura de pérdidas, tal y como autoriza el apartado segundo del artículo 10.1 de la Directiva. Esta cláusula se caracterizaba porque si bien no establecía ningún *límite cuantitativo*, sí contemplaba un *límite de carácter temporal* (10 años) en relación con las pérdidas del EP que debían ser objeto de recaptura siempre y cuando se hubieran integrado *efectivamente* en la base imponible de la sociedad transmitente antes de la enajenación del EP ⁶⁶.

La modificación que sufrió en 2006 el artículo 92 no supuso la desaparición del método de exención. No obstante, haciendo uso de la posibilidad que contempla el artículo 10.2 de la Directiva, se aprovechó la ocasión para introducir también el método de imputación. Como tendremos ocasión de ver aquí, el resultado de esta modificación, en la que conviven los métodos de exención e imputación, es un régimen bastante más complejo que el que existía con anterioridad, si bien el mismo está estructurado de tal modo con el fin de que funcione de la manera más neutral posible, tanto cuando el Estado de la fuente aplica un régimen de diferimiento como cuando ese Estado grava efectivamente la operación de filialización del EP ⁶⁷.

En virtud del artículo 92 de la LIS, la ganancia puesta de manifiesto por la enajenación del EP está exenta siempre que cumpla los requisitos del artículo 22 de la misma norma. Dicho precepto es el que, como hemos visto, establece una exención sobre las rentas obtenidas a través de un EP situado en el extranjero. Asimismo, el artículo 92 de la LIS, en consonancia con el artículo 10.1 de la Directiva, establece una cláusula de recaptura de pérdidas, que afecta a las rentas negativas derivadas del EP, en la medida en que se hubieran integrado en la base imponible del IS de la sociedad transmitente y no se hubieran recuperado, en todo o en parte, con cargo a rentas positivas del EP producidas antes de su enajenación. El artículo 92 de la LIS *no prevé ningún límite temporal respecto a las rentas negativas del EP que hay que computar*, por lo que habrá que tener en cuenta *las que se hubieran producido e imputado* (y no se hayan recuperado) *a lo largo de toda la vida del EP*. No obstante, el artículo 92 de la LIS fija un límite cuantitativo: el importe de las rentas negativas objeto de recaptura nunca podrá superar «el límite de la renta positiva derivada de la transmisión del [EP]».

⁶⁶ El artículo 92 de la LIS, antes de su modificación en 2006 por la Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales, señalaba lo siguiente: «cuando se transmita un [EP] la base imponible de las entidades transmitentes residentes en territorio español se incrementará en el importe del exceso de las pérdidas sobre los beneficios imputados por el [EP] en los 10 ejercicios anteriores». Hasta el año 2000 dicho precepto tenía una redacción similar, si bien el límite temporal era de siete años. Al no contemplar la LIS ningún límite cuantitativo para la cláusula de recaptura de pérdidas, a salvo del límite de carácter temporal señalado, era perfectamente posible que la ganancia derivada de la enajenación del EP fuera inferior al importe de las rentas negativas aplicadas del EP que debían ser reintegradas en la base imponible de la sociedad transmitente. Como consecuencia de ello, era posible que hubiera que realizar un ajuste positivo en la base imponible de la sociedad transmitente, en el ejercicio en que filializa el EP, superior al importe de la ganancia obtenida. Esta situación fue criticada por la doctrina porque no favorecía que el régimen fuera neutral, y eso explica, como veremos ahora, que en la actualidad la LIS no contemple ningún límite temporal pero sí un límite cuantitativo a la obligación de recapturar las pérdidas, que coincide precisamente con el importe de la ganancia obtenida por la enajenación del EP. *Vid.* al respecto LÓPEZ-SANTACRUZ y ORTEGA (2009), NM 4.312.1 y ss.

⁶⁷ MENÉNDEZ (2006b), pág. 56.

En consecuencia, cuando se aplica el método de exención, aunque la renta positiva derivada de la enajenación del EP está exenta, la sociedad transmitente tiene que soportar las consecuencias derivadas de la cláusula de recaptura de pérdidas del artículo 92 de la LIS, lo cual supone en la práctica que la renta positiva derivada de la enajenación del EP «materialmente tributa», ya que procederá realizar un ajuste extracontable de signo positivo por el importe de las pérdidas que sean objeto de recaptura⁶⁸. O dicho de otro modo, la recaptura de pérdidas se articula aplicando el ajuste positivo sobre la base imponible, derivado de los artículos 22 y 92 de la LIS, *pero sólo hasta el límite de las pérdidas* que vayan a ser recuperadas por el Estado español, no produciéndose ajuste alguno por el exceso de ganancias estimadas sobre las pérdidas. Evidentemente, cuando no existieran pérdidas previas que hubieran sido compensadas y no reintegradas en años anteriores, sería innecesario practicar ajuste alguno, ni positivo ni negativo, en la base imponible del IS, ya que el efecto de la exención sería equivalente a las reglas de mantenimiento del VC derivadas de la nueva normativa contable. En suma, cuando sea aplicable la recaptura de pérdidas en el marco del método de exención será necesario realizar un ajuste, bien por parte del importe de las ganancias manifestadas, cuando las pérdidas a recuperar sean inferiores a la ganancia obtenida, bien por el total de las ganancias, cuando las pérdidas sean iguales o superiores al importe de la ganancia derivada de la transmisión⁶⁹.

Pues bien, hay que poner de relieve que las consecuencias que se derivan del artículo 92 de la LIS son exactamente las mismas que las que concurren en el marco del artículo 22 de la LIS: la aplicación de la exención sólo sobre la parte de la renta positiva que excede las rentas negativas, previamente imputadas, que prevé el artículo 92 de la LIS, tiene los mismos efectos que lo dispuesto en el artículo 22.2 de la LIS: «cuando en anteriores periodos impositivos el [EP] hubiera obtenido rentas negativas netas que se hubieran integrado en la base imponible de la entidad, la exención prevista [...] sólo se aplicarán a las rentas positivas obtenidas con posterioridad a partir del momento en que superen la cuantía de dichas rentas negativas». Por lo tanto, la aplicación del artículo 92 de la LIS *no mejora sustancialmente* la exención que prevé con carácter general el artículo 22 de la LIS.

El segundo párrafo del artículo 92 de la LIS prevé el método de imputación. Como hemos visto, este precepto supedita la aplicación del método de exención al cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 22 de la LIS. Cuando la renta (positiva) derivada de la enajenación del EP *no cumple* los requisitos de ese precepto, el artículo 92 de la LIS dispone que la operación se tratará conforme al método de imputación⁷⁰. En particular se señala lo siguiente:

⁶⁸ Entendemos que en estos casos sería aplicable la norma 21.2 del Plan General de Contabilidad en lo referido a aportaciones no dinerarias de negocio. Consecuentemente, no se reconocería beneficio contable por la operación, registrándose las participaciones recibidas conforme al VC del negocio (el EP). *Vid.* SANZ GADEA (2009), pág. 140. De no ser aplicable esta norma, en la contabilidad deberá reconocerse beneficio (o pérdida) por la diferencia entre el VC y el valor razonable de los elementos aportados, lo cual determinaría, en el marco de la aplicación de la exención del artículo 92 de la LIS, que debiera realizarse un ajuste negativo a efectos de reflejar la aplicación del método de exención. Tal ajuste procedería *cuando no existieran pérdidas a recapturar*, en cuyo caso el ajuste se practicaría por el importe total de la ganancia exenta, o cuando aquéllas fueran inferiores al importe de la ganancia, en cuyo caso se realizaría el ajuste únicamente por la cuantía del exceso.

⁶⁹ El artículo 92 de la LIS, en su redacción anterior al 2006, al no establecer ningún límite cuantitativo a la cláusula de recaptura de pérdidas, podría implicar la obligación de practicar un ajuste positivo superior al referido. En efecto, al no establecerse como límite para la recaptura de pérdidas el importe de las ganancias obtenidas, el ajuste positivo procedería por el importe total de las pérdidas que se hubieran deducido y no reintegrado dentro de los límites temporales establecidos (*vid.* nota 66 anterior).

⁷⁰ MENÉNDEZ (2006b), págs. 54-56.

«[si la renta positiva derivada de la enajenación del EP] no cumple los requisitos establecidos en el [art. 22 LIS], el importe de la renta que supere el referido exceso se integrará en la base imponible de las entidades transmitentes, sin perjuicio de que se pueda deducir de la cuota íntegra el impuesto que, de no ser por las disposiciones de la [Directiva de Fusiones], hubiera gravado esa misma renta integrada en la base imponible, en el Estado miembro en que esté situado dicho [EP], con el límite del importe de la cuota íntegra correspondiente a esta renta integrada en la base imponible.»

Como se puede observar, lo que regula realmente aquí el artículo 92 de la LIS es la deducción del *impuesto nicional* derivado del artículo 10.2 de la Directiva, habida cuenta que es claro que el método de imputación del artículo 31 de la LIS no sería aplicable cuando el Estado de la fuente, esto es, donde se encuentra el EP que se filializa, no exige impuesto alguno por la aplicación de un régimen de diferimiento. En efecto, como hemos visto en el epígrafe 4.1, el artículo 31 de la LIS sólo resultaría aplicable si se ha satisfecho efectivamente un impuesto en el Estado de la fuente como consecuencia de la operación de filialización del EP.

El primer aspecto que hay que destacar del método de imputación que prevé el artículo 92 de la LIS es que establece una cláusula de recaptura de pérdidas, al igual que el método de imputación previsto, con carácter general, en el artículo 31 de la LIS. En efecto, aunque formalmente no se prevé dicha cláusula, materialmente se producen los mismos efectos, toda vez que el artículo 22.2 de la LIS establece que sólo se podrá practicar la deducción por doble imposición internacional del artículo 31 de la LIS sobre las rentas positivas que superen, en su caso, las rentas negativas netas procedentes de periodos impositivos anteriores de un EP que se hubieran integrado en la base imponible de la entidad. Al igual que sucedía en el ámbito del método de exención, la cláusula de recaptura de pérdidas implicará un ajuste en la base imponible, toda vez que la renta positiva derivada de la enajenación del EP no estará incluida en el resultado contable de la sociedad transmitente⁷¹. Evidentemente, al tratarse del método de imputación, no habrá que realizar ajuste negativo alguno sobre el resultado contable, todo ello sin perjuicio de que lo que proceda aquí es practicar la deducción en cuota que corresponda.

Pues bien, en consonancia con lo anterior, el artículo 92 de la LIS señala que la sociedad transmitente podrá deducirse el impuesto nicional, pero el mismo no se calculará sobre la totalidad de la renta positiva incluida en el resultado contable, sino sólo sobre la parte de dicha renta que exceda las rentas negativas del EP previamente aplicadas. Pues bien, como posteriormente veremos, el artículo 92 de la LIS, además de reconocerse la deducción del impuesto nicional sólo sobre dicho exceso, limita esta deducción en los mismos términos que lo hace el método de imputación ordinaria. En efecto, el importe del impuesto nicional –calculado sólo sobre el exceso– que puede deducirse de la cuota no puede ser superior a la parte de cuota del IS correspondiente a esa renta [*vid.* arts. 31.1 b) y 92 LIS].

En nuestra opinión, la regulación de la deducción del impuesto nicional que realiza el artículo 92 de la LIS plantea un buen número de interrogantes.

En primer lugar, hay que llamar la atención sobre que la deducción del impuesto nicional sólo es aplicable sobre la parte de la renta positiva derivada de la enajenación del EP que exceda, si es que se

⁷¹ Estas consideraciones se realizan partiendo de que es de aplicación la regla de continuidad valorativa prevista en la norma 21.2.2 del Plan General de Contabilidad (*vid.* nota 68 anterior).

han producido, las rentas negativas previamente compensadas del tal EP⁷². Evidentemente, si la renta positiva es inferior al importe de las rentas negativas, no podría deducirse impuesto nocial alguno.

Este régimen puede resultar especialmente conflictivo, porque la LIS se está refiriendo a la renta *calculada conforme la normativa española*. Como consecuencia de ello, la doble imposición que se produce en estos casos sólo se eliminaría completamente si conforme a la normativa del Estado de la fuente, en caso de haberse gravado efectivamente la operación, la renta del EP que se hubiera sometido a gravamen coincide en cuantía con la renta sobre la que España como Estado de residencia admite la aplicación de la deducción del impuesto nocial. Lógicamente, en la medida en que la normativa sobre imposición de la renta no está armonizada, ni siquiera en el contexto de la UE, es perfectamente posible, incluso muy probable, que dicha coincidencia no se produzca en la realidad, pudiéndose ser múltiples motivos los que expliquen este fenómeno. Si no se produce esta premisa, es posible que no se elimine completamente la doble imposición, sobre todo cuando la renta sobre la que se puede aplicar en España como Estado de residencia el impuesto nocial es inferior en cuantía a la determinada conforme a la normativa del Estado de la fuente. Sin embargo, las circunstancias anteriores no son suficientes para considerar que el artículo 92 de la LIS incumple la Directiva, porque el mismo problema se hubiera producido de no resultar aplicable. En efecto, la renta determinada conforme a la normativa del Estado de residencia, al ser distinta, no tiene por qué coincidir con la resultante a la luz del ordenamiento del Estado de la fuente.

En todo caso, el hecho es que *la normativa española sólo reconoce la aplicación del impuesto nocial sobre el exceso*. El cálculo del impuesto nocial que se puede deducir se realizaría, dada la dicción del artículo 92 de la LIS, tomando como punto de partida la renta determinada conforme a la normativa española, a la que se aplicaría el tipo de gravamen del Estado de la fuente y se compararía con el de España como Estado de residencia, para comprobar si se rebasa o no el límite inherente al método de imputación ordinaria⁷³. Cuando el tipo de gravamen del Estado de la fuente sea mayor que el español, tampoco se reconocería la posibilidad de deducir cuantía alguna por la diferencia.

La normativa española, por lo tanto, recoge a la hora de calcular el impuesto nocial una solución intermedia si se compara con la *remisión completa* al ordenamiento del Estado de la fuente que han hecho algunos Estados de la UE al desarrollar el artículo 10.2 de la Directiva. Se trata de una *remisión limitada o parcial*, pues la renta se calcula conforme a la normativa española, si bien el importe de la deducción se determina aplicando el tipo de gravamen del Estado de la fuente en comparación con el previsto en la normativa española. Este sistema facilita indudablemente a la Administración tributaria (española) la comprobación de si se ha aplicado correctamente la deducción del impuesto nocial. Los contribuyentes también salen beneficiados por este sistema de remisión incompleta, pues evitan los problemas de liquidez que se pueden plantear cuando la legislación de un Estado de la UE condiciona la deducción del impuesto nocial a que su importe sea certificado por la Administración del Estado de la fuente. Y ello porque puede dificultar seriamente la práctica de la deducción, bien porque el Estado de la fuente se niegue a emitir la certificación, bien

⁷² ALGUACIL (2006), pág. 66.

⁷³ MARTÍNEZ (2007), págs. 27-31. Debemos significar que este trabajo se refiere formalmente a la normativa alavesa, si bien la misma materialmente coincide con el régimen previsto en la LIS.

porque pueda necesitarse mucho tiempo para obtenerla, especialmente cuando el Estado de la fuente quiera comprobar previamente la situación tributaria del EP antes de comunicar cuál hubiera sido el impuesto que hubiera gravado la operación de filialización.

No obstante, a pesar de las ventajas señaladas, la remisión parcial al ordenamiento del Estado de la fuente que prevé la normativa española puede resultar problemática cuando nos encontramos ante una operación de filialización en la que *el Estado de la fuente ha certificado expresamente cuál hubiera sido el impuesto que se hubiera pagado de no aplicarse el régimen de diferimiento*. Cuando ello tenga lugar, podrían darse hasta tres situaciones posibles.

La primera sería la más sencilla de resolver: no se han aplicado rentas negativas del EP en España como Estado de residencia. Si es así, simplemente habría que comparar la cuota del IS derivada de la integración en la base imponible de la renta positiva derivada de la enajenación del EP con el impuesto (nocional) que se hubiera pagado en el Estado de la fuente de no haber diferimiento.

La segunda situación sería cuando las rentas negativas que se recapturan son superiores a la renta positiva obtenida por la enajenación del EP. Aquí el artículo 92 de la LIS no permite en ningún caso la deducción del impuesto nocional, porque el mismo sólo se prevé sobre la parte de la renta positiva que excede de las pérdidas que se recapturan. *Si no hay exceso no hay crédito nocional*. En esta situación, no sería posible deducir impuesto nocional alguno en el IS español ni siquiera cuando el contribuyente tuviera en su poder un certificado emitido por el Estado de la fuente en el que se acredita la obligación de haber pagado un impuesto (y su cuantía) de no haber habido diferimiento. Pues bien, incluso en estos casos consideramos que la LIS tampoco sería contraria a la Directiva, pues la misma situación se hubiera dado en ausencia de Directiva o de la aplicación en el Estado de la fuente de un régimen de diferimiento ⁷⁴.

La tercera situación se produce cuando conforme a la LIS sí cabe calcular el impuesto nocional sobre la diferencia de la renta positiva que excede las rentas negativas aplicadas y, al mismo tiempo, al igual que en el caso anterior, el contribuyente cuenta con un certificado del Estado de la fuente del impuesto nocional. Esta tercera situación plantea dos tipos de preguntas.

La primera sería si la Administración tributaria española tendría obligación de calcular de nuevo el impuesto nocional a la vista del certificado del Estado de la fuente. En nuestra opinión esta obligación existe siempre que el impuesto nocional que consta en el certificado es inferior a la cuota del IS que procede pagar por la renta sobre la que la LIS reconoce la aplicación del impuesto nocional ⁷⁵. Sin embargo, dicha obligación no existiría si el impuesto nocional que consta en el cer-

⁷⁴ Esta conclusión no deja de ser sorprendente, pues determina que la configuración que el Estado de residencia de la sociedad transmitente haya hecho del método de imputación pueda conducir a la exclusión de la posibilidad de deducir el impuesto nocional. Como resultado, la previsión del artículo 10.2 de la Directiva de Fusiones puede verse limitada por la propia normativa interna del Estado de la residencia en lo que se refiere a la posibilidad de reintegrar pérdidas al aplicar el método de imputación.

⁷⁵ Entendemos que esta situación es, en cierta medida, análoga a la que acontece cuando el método de imputación se aplica siguiendo el criterio de devengo y existe divergencia entre el impuesto devengado y el efectivamente satisfecho. Como consecuencia de la divergencia en estos importes, la deducción calculada conforme al primer criterio tendría carácter provisional. Sobre ello, *vid.* CALDERÓN (1997), págs. 218-223.

tificado es superior a la cuota de IS generada por dicha renta, toda vez que sólo sería deducible un impuesto igual a este último, pues la regulación española del impuesto nocial se somete al mismo límite que el método de imputación ordinaria.

La segunda pregunta es qué sucedería si el Estado de la fuente hubiera tenido en cuenta también las rentas negativas por el EP para calcular (y certificar) el impuesto que se hubiera exigido de no haberse aplicado a su enajenación un régimen de diferimiento. Cuando ello sea así, la propia configuración de la cláusula de recaptura de pérdidas que establece el artículo 92 de la LIS podría conducir a una doble recaptura de pérdidas: primero por España como Estado de residencia al sólo reconocer el impuesto nocial por el exceso y, segundo, por el Estado de la fuente a la hora de calcular el impuesto nocial. Sin duda alguna, no parece que la mejor solución en el marco de la Directiva sea permitir que puedan recapturarse dos veces las mismas pérdidas, por lo que una solución pasaría, por ejemplo, porque alguno de los dos Estados no las tuviera en cuenta. Así, por ejemplo, el Estado de la fuente podría calcular el impuesto nocial sin tener en cuenta las pérdidas del EP.

A continuación pondremos algunos ejemplos sobre cómo funciona esta operación cuando es aplicable el artículo 92 de la Directiva:

CUADRO 4.

	Situación antes de la aportación	Situación después de la aportación
Estado de residencia (España)	A	A
Estado de la fuente (Estado miembro)	EP	B EP

EJEMPLO 3:

Partiendo de la base de que el VC del EP es 90 y su VM asciende a 125, la ganancia derivada de la enajenación del EP ascendería a 35. También partimos de la premisa de que antes de la transmisión del EP dicho establecimiento hubiera generado rentas negativas por importe de 140 y que las mismas se han integrado en la base imponible del IS español de ejercicios anteriores de la sociedad transmitente, esto es, la entidad A conforme al esquema anterior. También, a los efectos de este ejemplo, partimos de la premisa de que el Estado de la fuente considera que, en su territorio, se ha producido una renta positiva de igual cuantía (35) por la enajenación del EP.

Por la aplicación de la Directiva el Estado de la fuente reconoce un régimen de diferimiento. El Estado de residencia, de ser España, recapturaría las pérdidas en virtud del artículo 92 de la LIS, si bien con el límite de la renta positiva producida (35). Si se compara este resultado con el del ejemplo 1 del epígrafe anterior (4.1), se advierte que el resultado que se deriva de la aplicación de la Directiva es exactamente el mismo al que se desprende del régimen general de la LIS, por lo menos cuando se trata de la tributación en el Estado de residencia y este Estado es España ⁷⁶.

EJEMPLO 4:

Utilizamos los mismos datos del ejemplo anterior, si bien aquí el VM del EP sería 290. La ganancia ascendería, por lo tanto, a 200, al ser el VC 90.

La sociedad transmitente tendría aquí que incluir la renta negativa ya aplicada por el EP, que asciende a 140. La diferencia (60) entre dicha renta negativa (140) y la ganancia (200), de no cumplirse los requisitos de la exención del artículo 22 de la LIS, sería sobre la que se calcularía la deducción del impuesto nocial en los términos del artículo 92 de la LIS. Pues bien, si conforme a la *normativa del Estado de la fuente* la renta positiva puesta de manifiesto por la operación fuera inferior, por ejemplo, a la rentas negativas del EP objeto de recaptura (140), podría alegarse que no es posible admitir en el Estado de residencia la deducción de impuesto nocial alguno, en la medida en que en el Estado de la fuente tampoco habría gravado efectivamente la operación, en ausencia de un régimen de diferimiento. Esta posición, sin embargo, no parece ser conforme a la Directiva.

En nuestra opinión, el artículo 92 de la LIS, que transpone el artículo 10.2 de la Directiva, debería interpretarse del modo siguiente. Como se ha dicho, la normativa española establece un sistema de remisión parcial a la legislación del Estado de la fuente, lo cual implica que la renta sobre la que se aplica el impuesto nocial se calcula conforme al Derecho español, y a efectos de la cuantificación de la deducción se aplica el tipo de gravamen del Estado de la fuente, que se compara con el tipo de gravamen del IS español. Sólo si el tipo de gravamen del Estado de la fuente es superior

⁷⁶ No obstante, entre el régimen general (arts. 15.3 y 22 LIS) y el especial derivado de la Directiva sí pueden producirse consecuencias significativas respecto a la valoración de las participaciones recibidas por la sociedad que transmite el EP. La sociedad transmitente, si realiza la operación en el marco de la Directiva, la LIS le obliga a valorar dichas participaciones por el valor histórico del EP (art. 85 LIS) y no por el VM cuando se filializó. Cuando no se acude al régimen especial se atribuiría a las participaciones el VM del EP en el momento de su aportación (art. 15.3 LIS), además de que sería posible aplicar a una futura transmisión de las participaciones la exención del artículo 21 de la LIS, circunstancia que no sería posible si la operación se hubiera acogido al régimen especial (art. 21.2 LIS). En particular, este requisito de valoración de las participaciones que exige la LIS cuando se acude al régimen especial podría ser considerado que no es conforme a la Directiva, como se ha señalado, por ejemplo, en IBFD (1995), pág. 51. No obstante, hay que remarcar que esta situación es distinta a la que se enjuicia por el TJCE en su Sentencia de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07 (NCJ047302), *A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*. Al ser así, entendemos que los razonamientos de este pronunciamiento no son trasladables a la normativa española. En efecto, aquí se enjuiciaba la normativa alemana que obligaba a valorar las participaciones recibidas por la sociedad transmitente por su valor histórico, a pesar de que en este caso Alemania, por la naturaleza de la operación, no tenía posibilidad alguna de gravar la renta generada cuando dichas participaciones se transmitieran en un momento posterior —en particular aquí era aplicable el CDI de 1959 entre Alemania y Francia, art. 7—. El caso que estamos enjuiciando es diferente, porque España como Estado de residencia de la sociedad transmitente puede gravar la posterior enajenación de las participaciones recibidas a resultas de la filialización del EP.

al español (30%, con carácter general, como es sabido), no se reconoce la deducción de la diferencia. En caso de ser inferior o igual se permite la deducción en la cuota del IS del resultado de aplicar el tipo de gravamen del Estado de la fuente sobre la renta que el artículo 92 de la LIS reconoce el derecho a aplicar el impuesto nocial. Como hemos visto, dicha renta puede verse limitada por el importe de las rentas negativas del EP previamente imputadas. En cualquier caso, la deducción del impuesto nocial, tal y como la regula el artículo 92 de la LIS, se aplica con independencia de que exista o no un certificado emitido por la Administración del Estado de la fuente sobre este extremo. Por este motivo, aunque la ganancia determinada en el Estado de la fuente fuera inferior a las rentas negativas previas del EP, la deducción del impuesto nocial que establece el artículo 92 de la LIS se aplicaría en todo caso, aunque sobre la diferencia, si conforme a la normativa española la renta positiva derivada de la enajenación del EP es mayor que las pérdidas del EP ya imputadas.

5. CONCLUSIONES

La concesión en el Estado de la fuente, en el caso de la filialización de un EP u otras operaciones de reorganización, de un régimen de diferimiento puede generar supuestos de doble imposición *económica* internacional, especialmente cuando el Estado de residencia no aplica los métodos para eliminar la doble imposición internacional como consecuencia de que en el Estado de la fuente no se ha producido una tributación efectiva de la operación. Ello ocurre cuando es aplicable en el Estado de residencia el método de imputación y también cuando se contempla el método de exención, en la medida en que su aplicación esté supeditada a que la operación haya tributado efectivamente en el Estado de la fuente. Con carácter general, estos problemas no suelen poder resolverse a la luz de los métodos para eliminar la doble imposición que prevén los CDI que siguen el MC OCDE.

La Directiva de Fusiones establece algunas medidas para evitar la situación anterior. Con carácter general, la Directiva obliga al Estado de residencia de la sociedad transmitente a declarar exenta la operación, aunque no se haya gravado efectivamente la operación en el Estado de la fuente. Paralelamente la Directiva autoriza la aplicación del método de imputación, lo que obliga al Estado de residencia a permitir la deducción de un impuesto ficticio o nocial, que consiste precisamente en el impuesto que se hubiera pagado en el Estado de la fuente de no haber sido aplicable el régimen de diferimiento. En principio, estas medidas que se derivan de la Directiva son adecuadas y contribuyen a eliminar la doble imposición económica sin imponer, al mismo tiempo, obligaciones demasiado onerosas a la sociedad transmitente en el Estado donde tiene su residencia. Es más, el régimen contemplado de la Directiva podría ser útil también para tratar esta cuestión en el marco del MC OCDE.

No obstante, la Directiva de Fusiones cuenta también con algunos puntos débiles, entre los que destaca la regulación que hace del método de imputación y la deducción del impuesto nocial. Como hemos visto en los epígrafes anteriores, su determinación y aplicación en la práctica es ciertamente compleja, incluso en el contexto europeo. El principal problema deriva de cómo debe calcularse el impuesto nocial que el Estado de residencia debe permitir a la sociedad transmitente deducirse en su impuesto sobre la renta (IS). La Directiva no establece criterios claros para su deter-

minación. Además, la colaboración que en esta materia puedan realizar los Estados miembros de la UE no parece ser suficiente para resolver este extremo.

En este sentido, algunos Estados miembros, para determinar el impuesto nocial que se deriva del artículo 10.2 de la Directiva, han realizando una *remisión completa* a la legislación del Estado de la fuente. Ello exige a la sociedad transmitente, que quiere deducirse el impuesto nocial en el Estado de residencia, comprobar cuál es el impuesto que el Estado de la fuente hubiera exigido de no aplicar un régimen de diferimiento a la filialización del EP.

Lamentablemente, en el momento actual no existe en esta materia un nivel de colaboración lo suficientemente ágil e intenso entre los Estados miembros de la UE que garantice a la sociedad transmitente la obtención, con cierta celeridad, de un certificado del Estado de la fuente comunicándole la cuantía del impuesto que se hubiera exigido en ausencia de diferimiento. Como consecuencia de ello, las entidades que realicen estas operaciones pueden sufrir situaciones de falta de liquidez nada despreciables, en la medida en que hasta que el Estado de la fuente no calcule el impuesto nocial y se lo certifique al Estado de residencia no podrán deducirse dicho impuesto en el IS de este último Estado. Es más, en muchos casos, aunque el Estado de la fuente esté dispuesto a realizar esta labor con la mayor celeridad posible, la fuerza de la realidad puede que lo impida, pues en un buen número de ocasiones ello puede requerir una previa comprobación de las obligaciones tributarias del EP que se filializa, la cual puede precisar un cierto tiempo. En este contexto, el hecho de que a una operación concreta sea aplicable un CDI no supone realmente una solución a este problema, pues los mecanismos de colaboración que prevén estos instrumentos internacionales tampoco garantizan que el Estado de la fuente calcule y certifique el impuesto nocial con cierta celeridad.

En este contexto, la solución (remisión) intermedia que prevé la legislación española, aunque no es la más correcta desde un punto de vista técnico, tiene la virtud de ser practicable. Y ello porque cuando España actúa como Estado de residencia la renta sobre la que se determina el impuesto nocial se efectúa conforme a la normativa española. Sobre dicha renta, a efectos de calcular la cuantía de la deducción, se aplica el tipo de gravamen del Estado de la fuente, siempre que no exceda del tipo de gravamen del IS español. La solución del legislador español, no obstante, no resuelve otro tipo de problemas, como es el hecho de que el impuesto nocial calculado conforme a la normativa española puede que no coincida con el que se hubiera derivado de aplicar en bloque, como sucede en otros países de la UE, la normativa del Estado de la fuente. Adicionalmente, puede provocar que se produzcan situaciones de doble recaptura de las rentas negativas previamente imputadas del EP antes de su enajenación: por un lado, la propia recaptura que establece el artículo 92 de la LIS y, por otro lado, la que en su caso pueda hacer el Estado de la fuente al determinar el impuesto nocial, en el caso de tener en cuenta también a tal efecto las rentas negativas previas del EP.

Bibliografía

- AA.VV. [1993]: *The Merger Directive: Practical Tax Issues*, IBFD Publications, Ámsterdam.
- ALGUACIL MARI, P. [2006]: «La nueva Directiva de fusiones y su transposición al Derecho interno», *Fiscal Mes a Mes*, n.º 120-121.
- ALONSO GONZÁLEZ, L.M. [2002]: «El régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial: diferimiento del Impuesto sobre Sociedades», en *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n.º 1 y 2.
- AVI-YONAH, R.S, RING, D.M. y BRAUNER, Y. [2005]: *U.S. International Taxation. Cases and materials*, Foundation Press, Nueva York.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. [1997]: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw-Hill, Madrid.
- [2005]: «Los métodos para eliminar la doble imposición», en RUIZ GARCÍA y CALDERÓN CARRERO (eds.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2008]: «La Directiva de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros», en CARMONA (ed.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia.
- COOKLIN, J. [2009]: «The European Mergers Tax Directive: Partial Divisions and Mergers», *British Tax Review*, n.º 1.
- DIEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C. [2001]: *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid.
- ERNST & YOUNG [2009]: *Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC (The Merger Directive, as amended)*, Comisión Europea, disponible en <http://ec.europa.eu>.
- GIL DEL CAMPO, M. [2005]: «Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores», en AA.VV., *Los regímenes especiales del Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Valencia.
- HELMINEN, M. [2009]: *EU tax law: direct taxation*, IBFD, Ámsterdam.
- HOFSTÄTTER, M. y HOHENWATTER, D. [2008]: «The Merger Directive», en LANG, PISTONE, SCHUCH y STARINGER (eds.), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, Linde, Viena.
- HORTALÀ I VALLVÉ, J. [2007]: *Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición*, Aranzadi, Cizur Menor.
- IBFD [1995]: *Survey of the Implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Ámsterdam.
- [2003]: *Survey on the Societas Europaea*, Comisión Europea, disponible en <http://ec.europa.eu>.
- LARKING, B. [1992]: «Permanent Confusion? The Role of the permanent Establishment in the Merger Directive», *European Taxation*, n.º 9.
- LÓPEZ IRANZO, F. [1992]: «La neutralidad fiscal en la nueva ley de las fusiones y escisiones de empresas», *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, vol. II.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. [2005]: «Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales», *Crónica Tributaria*, n.º 116.

- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. y ORTEGA CARBALLO, D. [2009]: *Reorganizaciones empresariales (Fusiones) 2009-2010*, Francis Lefebvre, Madrid.
- MARTÍNEZ ALONSO, J.I. [2007]: «Reforma del régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración empresarial», *Forum Fiscal de Álava*, n.º 8.
- MENÉNDEZ GARCÍA, G. [2006a]: «El régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», en RODRÍGUEZ ONDANZA (dir.), *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- [2006b]: «Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 25/2006, de 17 de julio, en el régimen tributario especial de las operaciones de reestructuración empresarial», *Nueva Fiscalidad*, n.º 8.
- NAVARRO EGEA, M. [1997]: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. Fusión y escisión*, Marcial Pons, Madrid.
- PALAO TABOADA, C. [2005]: «La modificación de la Directiva de fusiones», *RCyT*. CEF, n.º 268.
- RAVENTÓS CALVO, S. [2007]: «La reestructuración empresarial como instrumento de planificación fiscal internacional», en SERRANO ANTÓN (ed.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid.
- RUSSO, R. [2006]: «Partnerships and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives», *European Taxation*, n.º 10.
- SACCARDO, N. [2003]: «Art. 24(3) of the OECD Model Convention: the significance of the expression "taxation on a permanent establishment" in cross-border reorganizations», *Intertax*, n.º 8/9.
- SANZ GADEA, E. [2009]: «Impuesto sobre Sociedades y reforma contable (I)», *RCyT*. CEF, n.º 314.
- SERRANO GUTIÉRREZ, A. [2007]: *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Francis Lefebvre, Madrid.
- SPORI, P. [2001]: «The effects in the Source State of reorganizations made in the Residence State», en IFA (ed.) *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form. 54th IFA Congress. Munich 2000*, Kluwer Law International, La Haya.
- STARINGER, K. [2001]: «The impact of EC tax directives on dividends and cross-border reorganizations», en IFA (ed.), *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form. 54th IFA Congress. Munich 2000*, Kluwer Law International, La Haya.
- TERRA, B. y WATTEL, P. [2008]: *European Tax Law*, Kluwer law International, Alphen aan den Rijn, 5.ª ed.
- THÖMMES, O. [2004]: «Commentary on the Merger Directive», en THÖMMES/FUKS (eds.), *EC Corporate Tax Law (1991-2004)*, IBFD, Ámsterdam.
- TOMSETT, E. [2008a]: «Impact of EC Directives», en AA.VV., *Mergers and Acquisitions*, IBFD, Ámsterdam.
- [2008b]: «United Kingdom», en AA.VV., *Mergers and Acquisitions*, IBFD, Ámsterdam.
- VANISTENDAEL, F. [1998]: «Taxation of Corporate Reorganizations», en THURONYI (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, vol. 2.
- VOGEL, K. [1997]: *On Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, Londres.

FILIALIZACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES Y MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

DOMINGO J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS

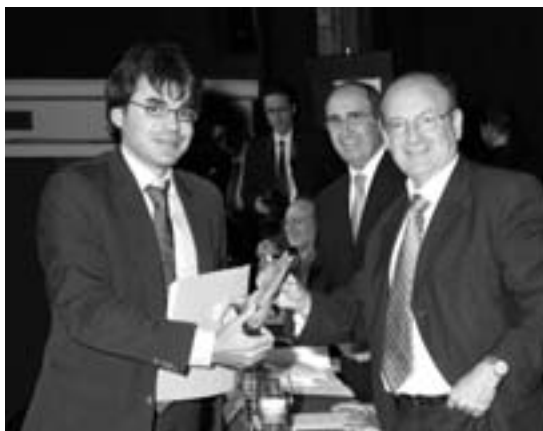
Investigador en formación FPU-MEC. Universidad Autónoma de Madrid

FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Francisco GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.



Extracto:

EN este trabajo se analizan los problemas que plantea la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición internacional a un tipo de operación de reestructuración empresarial: la aportación o filialización por parte de una sociedad de uno de sus establecimientos permanentes situado en el extranjero. Esta cuestión se analiza a la luz de lo establecido en el Modelo de Convenio de la OCDE, la Directiva de Fusiones y la legislación española.

Palabras clave: establecimiento permanente, filial, doble imposición internacional, exención e imputación.

SUBSIDIARIZATION OF FOREIGN PERMANENT ESTABLISHMENTS AND METHODS TO AVOID INTERNATIONAL DOUBLE TAXATION

DOMINGO J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS

Investigador en formación FPU-MEC.Universidad Autónoma de Madrid

FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO

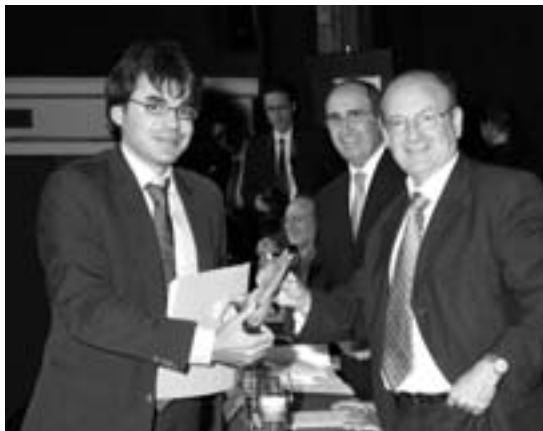
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad Autónoma de Madrid

Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Francisco GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.



Abstract:

In this paper the authors analyze the difficulties relating to the application of the methods to avoid international double taxation to one of the simplest ways to reorganize cross-border business structures: the contribution or subsidiarization of a foreign permanent establishment. These problems are examined within the framework of the OECD Model Tax Convention, the Merger Directive and Spanish Tax Law.

Keywords: permanent establishment, subsidiary, international double taxation, exemption and credit.

Sumario

1. Introducción.
2. La filialización de un establecimiento permanente en el marco del Modelo de Convenio de la OCDE.
3. La filialización de un establecimiento permanente en el marco de la Directiva de Fusiones.
 - 3.1. Aspectos generales sobre el régimen previsto en la Directiva para la aportación de un establecimiento permanente situado en otro Estado.
 - 3.2. Aplicación del método de exención.
 - 3.3. Aplicación del método de imputación.
4. La filialización de un establecimiento permanente en el marco de la normativa española.
 - 4.1. Consecuencias cuando no es de aplicación el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones.
 - 4.2. Consecuencias cuando se aplica el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

NOTA: Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2009-09413, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la normativa tributaria de la mayoría de los Estados las operaciones de reorganización empresarial pueden, en principio, someterse a imposición. En el marco de estas operaciones se producen cambios de titularidad sobre determinados elementos patrimoniales que pueden poner de manifiesto, en su caso, la producción de ganancias patrimoniales resultantes de la diferencia entre el valor de adquisición de dichos elementos y el valor de mercado que tienen en el momento en que tales operaciones tienen lugar. Sin embargo, existe un importante consenso en el ámbito internacional en que estas operaciones, *cuando concurren determinadas circunstancias*, no deben ser objeto de gravamen al no llevar aparejada este tipo de enajenaciones la obtención de liquidez por parte de la sociedad que reorganiza su patrimonio transmitiéndolo a otra. Aunque es cierto que desde un punto de vista jurídico se produce una enajenación, en la medida en que cambia la titularidad sobre concretos elementos patrimoniales, este cambio de titularidad no lleva incorporado un cambio en la titularidad económica del patrimonio transmitido al encontrarse controlado tras la operación por otra entidad en la cual participarán de modo directo o indirecto los socios de la entidad transmitente en proporción a su participación originaria.

Conforme a ello, con la finalidad de que estas operaciones resulten neutrales desde la perspectiva fiscal, un buen número de ordenamientos optan por no gravar las ganancias que se producen cuando la operación de reestructuración tiene lugar, difiriendo la tributación de dichas ganancias a un momento posterior, esto es, cuando se produzca la efectiva enajenación de los elementos patrimoniales ¹. Para lograr este resultado, lo habitual es establecer una exención sobre la ganancia patrimonial obtenida al llevar a cabo la operación, si bien la aplicación de esta exención se sujeta a la condición de que los elementos patrimoniales que se transmiten mantengan el valor que servía de base para calcular las eventuales ganancias patrimoniales en sede de la sociedad transmitente ².

La aplicación de dicho régimen de diferimiento, sin embargo, puede producir algunos problemas cuando la operación de reestructuración tiene vínculos transfronterizos. Estos problemas se manifiestan, entre otros ámbitos, en la aplicación de los *métodos para eliminar la doble imposición*

¹ Para una visión general sobre cómo se articulan estos regímenes *vid.* VANISTENDAEL (1998), pág. 908 y ss.

² En la doctrina española ha existido cierta controversia acerca de la naturaleza jurídica de la técnica empleada para alcanzar el diferimiento conforme a lo previsto en el artículo 84.1 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS). *Vid.* a modo de ejemplo los trabajos de LÓPEZ IRANZO (1992), págs. 159-160, NAVARRO (1997), págs. 166-168, GIL (2005), pág. 318 o MENÉNDEZ (2006a), págs. 700-701. En nuestra opinión, la calificación más acertada consiste en considerar este beneficio como una *exención sujeta a condición resolutoria*, tal y como señala ALONSO (2002), págs. 481-483.

internacional. En particular, estas dificultades se producen cuando el Estado que actúa como Estado de la fuente decide no gravar las rentas que afloran cuando la operación de reestructuración tiene lugar, aplicando un régimen de diferimiento. En este trabajo analizaremos los problemas que se plantean al aplicar los métodos para eliminar la doble imposición internacional en un tipo concreto de operación de reestructuración: la aportación o filialización por parte de una sociedad de uno de sus establecimientos permanentes (EP) situado en un Estado diferente al Estado donde dicha sociedad tiene su residencia.

Los problemas que plantea la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición a este tipo de operación de reestructuración se analizarán en tres niveles. En primer lugar abordaremos la aplicación de los métodos clásicos para eliminar la doble imposición (exención e imputación) a la luz de lo previsto en el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (MC OCDE) y en los Comentarios a dicho Modelo ³. A continuación analizaremos esta operación en el contexto comunitario, en particular, teniendo en cuenta las soluciones previstas en la Directiva de Fusiones ⁴. Finalmente, analizaremos esta operación desde la perspectiva del ordenamiento español, para analizar, entre otros aspectos, cómo se han recogido las soluciones previstas en la Directiva de Fusiones. En este sentido, nos detendremos especialmente en los problemas que plantea la aplicación del método de imputación como consecuencia de que la Directiva permite a los Estados miembros reintegrar en la base imponible de la sociedad transmitente, en el Estado de residencia, las pérdidas aplicadas y no recuperadas del EP que se transforma en una filial (*filialización* del EP).

2. LA FILIALIZACIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL MARCO DEL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE

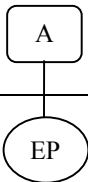
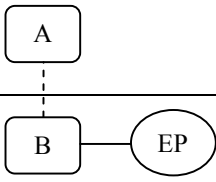
La conversión de un EP en filial es, en principio, una operación sencilla, incluso cuando dicho EP está situado en otro Estado. La transformación de un EP en una filial se realizará normalmente a través de la aportación de dicho EP a una entidad de nueva creación, o previamente existente, localizada en el mismo Estado donde se encuentra el establecimiento ⁵. Como consecuencia de esta operación, la sociedad que transfiere o aporta el establecimiento (sociedad/entidad transmitente) perderá la titularidad del mismo, si bien a cambio recibirá acciones o participaciones de la sociedad a la que dicho establecimiento se aportó (sociedad/entidad beneficiaria). Por consiguiente, la sociedad transmitente mantiene indirectamente la titularidad del EP, en la medida en que participa en el capital de la entidad a la que lo ha aportado. En el siguiente cuadro se ilustra la situación previa y subsiguiente a la aportación del EP:

³ Las referencias al MC OCDE, y a sus Comentarios, salvo que se diga expresamente lo contrario, se realizan a la versión de 2008.

⁴ Salvo que se diga expresamente lo contrario, nos referiremos a la versión codificada de la Directiva aprobada recientemente: Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

⁵ Con el fin de simplificar la exposición, partiremos aquí de la siguiente premisa: la sociedad a la que se transfiere o se aporta el EP es una entidad de nueva creación.

CUADRO 1.

	Situación <i>antes</i> de la aportación	Situación <i>después</i> de la aportación
Estado de residencia (Estado A)		
Estado de la fuente (Estado B)		

El aspecto más importante que hay que analizar de esta operación, desde el punto de vista tributario, es si los Estados implicados, el Estado de residencia y el Estado de la fuente, pueden o no gravar las rentas que, en su caso, se pongan de manifiesto cuando la misma tiene lugar. En este sentido, conviene aclarar que cuando nos referimos al Estado de residencia aludimos al Estado donde reside la entidad titular (inicialmente) del EP o sociedad transmitente (Estado A, en el cuadro anterior). El Estado de la fuente es el Estado donde está situado el EP (Estado B, en el cuadro anterior). Tras la conversión del EP en una filial, aparece en el Estado de la fuente una entidad residente en su territorio (la entidad B), y que es la nueva titular de los activos de lo que antes era un EP (sociedad beneficiaria). El capital de la entidad beneficiaria a la que se aporta el EP (entidad B), pertenece a la sociedad transmitente (entidad A), como consecuencia de que esta última entidad recibe una participación en el capital de la entidad B derivada de la previa aportación del EP situado en el Estado B.

Pues bien, el Estado de la fuente puede gravar esta operación sin ningún tipo de limitación, incluso cuando es aplicable un convenio para evitar la doble imposición (CDI) que sigue el MC OCDE. En efecto, el artículo 13.2 del MC OCDE permite al Estado de la fuente gravar las ganancias derivadas de la enajenación (*alienation*) de un EP, en la medida en que establece lo siguiente: «las ganancias derivadas de la enajenación de propiedad mobiliaria que forme parte del activo de un EP que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante, incluyendo las ganancias derivadas de la enajenación de dicho EP (solo o con el conjunto de la empresa), pueden someterse a imposición en ese otro Estado». En este sentido, los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE aclaran que puede calificarse como un supuesto de enajenación la operación de aportación de activos a una entidad a cambio de una participación equivalente en su capital al valor de dichos activos⁶. La aclaración que realizan los Comentarios tiene especial relevancia habida cuenta de que no todos los ordenamientos consideran que se ha producido una enajenación del EP cuando el mismo se aporta a una entidad con el objetivo de convertirlo en una filial.

En este trabajo partiremos de la premisa de que entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente es aplicable un CDI que sigue el MC OCDE y, por lo tanto, que el Estado de la fuente *puede gravar* la renta que se ponga de manifiesto por la aportación o transferencia del EP realizada a fin de convertirlo en filial. Al mismo tiempo, partimos también de la premisa de que la legislación del Estado de la fuente no grava inmediatamente la renta que se pueda poner de manifiesto por esta operación,

⁶ Vid. los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE (para. 5).

en la medida en que difiere su tributación cuando el EP situado en su territorio se aporta a una entidad igualmente residente en su territorio.

De hecho, ésta es la situación (diferimiento) que tendría lugar aplicando la legislación española, toda vez que en España no se gravaría inmediatamente la renta que se pone de manifiesto cuando se aporta un EP situado en territorio español a una entidad a su vez residente en el mismo territorio ⁷. Lógicamente, de plantearse la operación en este sentido, España sería el Estado de la fuente y no el Estado de residencia, conforme al esquema que se deriva del cuadro anterior. Aquí, sin embargo, no nos referiremos específicamente a la tributación en el Estado de la fuente, sino a la tributación en el Estado de residencia, esto es, donde reside la sociedad transmitente. En este sentido, salvo que se diga lo contrario, partimos de dos premisas: a) que el Estado de residencia es España; y b) que el Estado de la fuente difiere la tributación puesta de manifiesto por la aportación del EP a una entidad residente a su vez en el territorio de este último Estado.

De lo expuesto hasta ahora se puede advertir que el Estado de la fuente no pierde la posibilidad de gravar las rentas puestas de manifiesto por esta operación, a pesar de que a esta operación le conceda un régimen de diferimiento. Ello se debe a que el EP se transmite a una sociedad que reside en su territorio (en el territorio del Estado de la fuente), circunstancia que explica que este Estado decida, si concurren determinadas circunstancias, no gravar inmediatamente la operación, difiriendo la tributación de las ganancias que, en su caso, se hayan originado por la transmisión del EP ⁸. Para materializar este diferimiento, y mantener el derecho de imposición, la sociedad a la que se aporta el EP deberá registrar los activos del mismo, a efectos tributarios, por su valor histórico. O dicho de otro modo, a efectos tributarios el valor de adquisición de los activos del EP para la sociedad beneficiaria coincidirá con el que tenía para la sociedad transmitente ⁹.

Desde el punto de vista del Estado de residencia, el hecho de que el Estado de la fuente haya otorgado o no un régimen de diferimiento puede tener consecuencias significativas para la tributación de la sociedad transmitente. Si el Estado de la fuente ha gravado efectivamente las rentas producidas por la aportación, es decir, *no ha concedido un régimen de diferimiento*, el Estado de residencia estará obligado a permitir a la sociedad transmitente la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición previstos en el CDI, en la medida en que también el Estado de residencia gravará la renta obtenida por la transmisión del EP. Esta renta coincidirá con la diferencia entre el valor de adquisición de los activos del EP y su valor de mercado en el momento en que tiene lugar su transmisión. A tal efecto, esto es, con el fin de eliminar la doble imposición internacional, el CDI celebrado entre el Estado de la fuente y el de residencia contemplará, bien un método de exención –el Estado de residencia no gravará la renta obtenida–, bien un método de imputación –que supondrá que la sociedad transmitente pueda deducirse en el impuesto sobre la renta del Estado donde reside los impuestos pagados en la fuente–.

⁷ Vid. el artículo 84.1 c) de la LIS.

⁸ Vid. SPORI (2001), págs. 63-66. Algunos autores consideran que el principio de no discriminación previsto en el artículo 24.3 del MC OCDE obliga al Estado de situación del EP a conceder un régimen de diferimiento a estas operaciones (filialización de un EP de una sociedad no residente) en la medida en que este régimen se prevea para las operaciones puramente internas. Vid. al respecto, entre otros, SACCARDO (2003), págs. 271-280 y RAVENTÓS (2007), pág. 1.474. No obstante, en la última actualización del MC OCDE (2008) los Comentarios al artículo 24 (para. 41) señalan que el principio de no discriminación del Modelo no se extiende a este tipo de operaciones.

⁹ VANISTENDAEL (1998), págs. 22-28.

Sin embargo, la aplicación del esquema anterior puede resultar más compleja cuando el Estado de la fuente decide no gravar inmediatamente la operación, asociando un régimen de diferimiento a la filialización del EP. Dicha complejidad, como veremos, puede materializarse en la existencia de supuestos de doble imposición difíciles de resolver. En efecto, en estos casos la (doble) imposición de la operación se produciría en momentos diferentes en el tiempo. Por una parte, el Estado de residencia gravaría a la sociedad transmitente en el mismo momento en que transfiere o aporta el EP a una entidad residente en el Estado de la fuente. Por su parte, el Estado de la fuente no gravaría la renta producida en el momento de la aportación, como consecuencia de la concesión de un régimen de diferimiento. Dicha renta se gravará cuando la sociedad beneficiaria de la aportación del EP transmite, en su caso, el mismo a un tercero.

Cuando se aplica un régimen de diferimiento la primera duda que se plantea es si el Estado de la residencia tiene o no obligación de aplicar los métodos para eliminar la doble imposición previstos en el CDI –o en su caso en la legislación interna– a pesar de que en el momento de la aportación el Estado de la fuente no haya gravado efectivamente la operación, precisamente en atención a la concesión de un régimen de diferimiento.

La respuesta que podría darse a esta pregunta, en una primera aproximación, es negativa: el Estado de residencia *no tiene* obligación de permitir la aplicación de ninguno de los métodos para eliminar la doble imposición, precisamente porque no se ha producido tributación efectiva alguna en el Estado de la fuente¹⁰. En efecto, si el método previsto fuera el de exención, podría impedirse su aplicación precisamente ante la falta de imposición efectiva en la fuente. Del mismo modo, si se tratara de aplicar el método de imputación, no podría deducirse impuesto alguno en el Estado de residencia porque no se ha pagado en el Estado de la fuente ningún impuesto en el momento de la aportación. No obstante, en este último caso la aplicación del método de imputación podría tener lugar si el CDI aplicable previera una cláusula de *tax sparing*, particular que es poco probable, ya que no suele ser una cláusula habitual, al menos en la red española de CDI.

Si en el momento de la aportación del EP no es posible aplicar en el Estado de residencia ningún método para eliminar la doble imposición –partiendo de la premisa, como hemos dicho, que este Estado sí grava la operación pero no el Estado de la fuente porque concede un régimen de diferimiento– el resultado final es que se podría producir un supuesto de doble imposición *económica* internacional difícil de resolver, en la medida en que cuando la sociedad beneficiaria enajene el EP, o sus activos, sería ella la que soportaría el impuesto y no la sociedad transmitente del Estado de residencia. Nótese, por un lado, que en el momento de transferir el EP, la sociedad transmitente sería gravada en el Estado de residencia; por otra parte, la sociedad beneficiaria residente en el Estado de

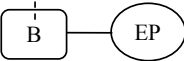
¹⁰ No obstante, hay que poner de relieve que los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (paras. 33 y 34), en relación con el método de exención, recomiendan que su aplicación no se supedita al hecho de que la renta haya sido gravada efectivamente en el Estado de la fuente. Para los Comentarios al MC OCDE el método de exención debe resultar aplicable en el Estado de la residencia si el CDI atribuye al Estado de la fuente la *posibilidad* de gravar la respectiva renta. Como consecuencia de ello, aunque el Estado de la fuente no haya gravado efectivamente la renta, el Estado de residencia tiene obligación de aplicar el método de exención previsto en el CDI, salvo que el propio CDI establezca *expresamente* una cláusula de sujeción efectiva (*subject to tax or effectively taxed clauses*) que condicione la aplicación de este método para eliminar la doble imposición. Sobre ello *vid.*, entre otros, VÖGEL (1997), artículo 23 (para. 68) y CALDERÓN (1997), págs. 104-108.

la fuente sería la que soportaría un impuesto en este último Estado cuando decidiera transmitir el EP recibido o los activos que lo conforman.

Los métodos para eliminar la doble imposición que prevé el MC OCDE no resolverían este supuesto de doble imposición, habida cuenta de que se trata de un caso de *doble imposición económica*. Las medidas que prevé el artículo 23 del MC OCDE para eliminar la doble imposición internacional, en sus dos modalidades (exención e imputación), sólo resultan aplicables, salvo que un concreto CDI establezca expresamente lo contrario, a los casos de *doble imposición jurídica*¹¹. En nuestro caso es claro que se produce un supuesto de doble imposición *económica* y no un supuesto de doble imposición *jurídica*, toda vez que sobre la misma renta recaen dos impuestos pero cada uno de ellos lo soportan personas o sujetos *diferentes*: el impuesto en el Estado de residencia lo paga la sociedad transmitente y el impuesto en el Estado de la fuente recae sobre la sociedad beneficiaria de la aportación del EP¹².

En el cuadro siguiente ilustramos lo que acabamos de señalar:

CUADRO 2.

	Situación <i>anterior</i> a la aportación de EP	Situación <i>posterior</i> a la aportación de EP	Transmisión del EP
Estado de residencia			
Estado de la fuente			
	VC del EP ¹³ = 100 VM del EP ¹⁴ = 500	- Estado de residencia: grava la ganancia obtenida por A (400) - Estado de la fuente: <i>diferimiento</i>	Estado de la fuente: grava a B por la ganancia diferida (400)

¹¹ *Vid.* los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (paras. 1-2).

¹² De otro lado, aunque los Comentarios al MC OCDE recomiendan que la doble imposición que pudiera tener lugar como consecuencia de una disparidad temporal (*timing mismatch*) fuera eliminada mediante la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición internacional previstos en la norma convencional, entendemos que esta solución no podría ser aplicada en el supuesto que analizamos al tratarse de un supuesto en que la disparidad temporal alcanza también a un cambio subjetivo, esto es, se produce un supuesto de doble imposición económica y no jurídica como consecuencia de la disparidad temporal. Ello determina la imposibilidad de eliminar la sobreimposición que tiene lugar mediante la aplicación de los mecanismos previstos en el MC OCDE. *Vid.* al respecto los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (para. 32.8).

¹³ Por *VC del EP* hay que entender el valor contable (VC) que tiene el EP para la sociedad transmitente a fin de determinar la ganancia (o pérdida) obtenida como consecuencia de su enajenación. Partimos de la premisa de que el VC del EP es el mismo en los dos Estados implicados.

¹⁴ La referencia al *VM del EP* alude al valor de mercado (VM) del EP en el momento de su enajenación. Por VM hay que entender, como señala el artículo 16.1 de la LIS «aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia». La renta resultante se calcula restando al VM el VC, dando lugar en este caso a la obtención de una ganancia. Al igual que en la nota anterior, partimos de la premisa de que el VM del EP (400) es el mismo en los dos Estados implicados.

El ejemplo del cuadro anterior parte de la premisa de que el VC del EP asciende a 100 y su VM, *en el momento en el que tiene lugar su aportación (filialización)*, es de 500. Cuando se produce tal aportación el Estado de la fuente *no grava* la ganancia patrimonial producida (*built-in gains*) porque aplica un régimen de diferimiento particular que se supedita a que la sociedad beneficiaria (entidad B) asuma, al menos a efectos tributarios, el valor histórico o de adquisición (VC) que tenía el EP para la sociedad transmitente *en el momento de la aportación del EP*, que es la magnitud que se habría utilizado para calcular la renta puesta de manifiesto por esta transacción, en relación con el VM. Por el contrario, en el ejemplo expuesto, el Estado de residencia sí grava la renta que se pone de manifiesto (una ganancia que asciende a 400) pero, al mismo tiempo, no permite *en principio* la aplicación de ningún método para eliminar la doble imposición internacional como consecuencia de que *en el Estado de la fuente no se ha producido gravamen efectivo alguno* en dicho momento.

Continuando con el ejemplo, hay que poner de relieve que el régimen de diferimiento aplicado por el Estado de la fuente obliga a la entidad B a utilizar como valor de adquisición del EP el VC que tenía para la entidad A antes de su transmisión. Cuando la sociedad beneficiaria (B) transmita el EP, el Estado de la fuente gravará la operación teniendo en cuenta la ganancia cuya tributación se ha diferido (400). De ahí que la misma renta (400) habrá sido objeto de gravamen en los dos Estados, produciéndose un caso de doble imposición económica en la medida en que los impuestos recaen sobre personas diferentes. Este caso de doble imposición económica se debe al régimen de diferimiento otorgado por el Estado de la fuente. De no haber valorado la sociedad beneficiaria el EP por el valor histórico, sino por el VM en el momento de recibirlo, no se produciría tal doble imposición, si bien es verdad que si ello fuera así *difícilmente* el Estado de la fuente hubiera aplicado un régimen de diferimiento.

La doble imposición que se produce en este tipo de operaciones, cuando concurren las premisas expuestas, podría evitarse si el Estado de residencia aplicara los métodos para eliminar la doble imposición previstos en el CDI en el momento de la aportación del EP. Así, por ejemplo, si el CDI prevé el *método de exención*, y el mismo contemplara una *cláusula de sujeción efectiva* que limitara su aplicación, este escollo podría superarse considerando que tal sujeción efectiva sí tiene lugar, si bien la misma no se materializa en el momento de la aportación del EP sino cuando los activos que lo conforman se transmitan efectivamente por la sociedad beneficiaria residente en el Estado de la fuente. Por su parte, si el método aplicable según el CDI fuera el *método de imputación*, habría que aplicarlo manteniendo una concepción amplia del principio del devengo, que incluiría la posibilidad de deducir también los impuestos diferidos ¹⁵.

Otra opción para resolver esta cuestión, aunque no depende estrictamente del CDI que resulte aplicable, sino más bien de la legislación de los Estados implicados, sería que el Estado de residencia siguiera el mismo criterio que el Estado de la fuente, y también difiriera en sede de la sociedad trans-

¹⁵ Con todo, esta opción plantea no pocas dificultades en la medida en que el diferimiento impositivo otorgado con ocasión de la realización de la operación de reorganización empresarial puede no determinar el devengo del impuesto conforme a la normativa del Estado de la fuente, como sucedería en el caso español. En tal caso, al no producirse el devengo del impuesto que gravara las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto, parece difícil que pudiera plantearse la aplicación del método de imputación, aun cuando su aplicación no se basara en el criterio de caja (*cash method*), sino en el del devengo (*accrual method*). Vid. al respecto CALDERÓN (1997), págs. 194-200.

mitente la ganancia que se produce cuando se aporta el EP. Con ello, aunque el Estado de la sociedad transmitente renunciaría a gravar directamente la renta derivada de la transmisión del EP, tendría a cambio la posibilidad de sujetar a tributación las participaciones recibidas en la sociedad beneficiaria de tal transmisión. Sin embargo, si dichas participaciones que recibe la sociedad transmitente se valoran en el Estado donde reside por el valor histórico del EP y no por su VM en el momento en el que es objeto de aportación, se produciría un problema similar de doble imposición económica, igual de difícil de resolver que el ya examinado. En efecto, ambos Estados gravarían la misma renta, pero en sede de personas diferentes: el Estado de residencia a la sociedad que aportó el EP, cuando transmita las participaciones y, por su parte, el Estado de la fuente de la sociedad beneficiaria, cuando transmita los activos del EP ¹⁶. Con toda probabilidad también existiría un problema de diferencias de carácter temporal, pues nada asegura que la sociedad transmitente (participaciones) y la sociedad beneficiaria (EP) transmitan sus respectivos activos en el mismo momento.

Como se puede comprobar, la aplicación de un CDI no resuelve siempre los problemas que se plantean para la sociedad transmitente, en el Estado de residencia, cuando el Estado de la fuente concede un régimen de diferimiento. En el siguiente epígrafe analizaremos la misma operación en el marco de la Directiva de Fusiones, habida cuenta que contempla una serie de posibles soluciones a este problema. Este análisis se realizará teniendo también en cuenta cómo se relacionan o coordinan entre sí la aplicación de las soluciones de la Directiva con el régimen previsto en los CDI que, en su caso, resulten aplicables.

3. LA FILIALIZACIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL MARCO DE LA DIRECTIVA DE FUSIONES

3.1. Aspectos generales sobre el régimen previsto en la Directiva para la aportación de un establecimiento permanente situado en otro Estado

La Directiva de Fusiones se aplica a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros de la Unión Europea (UE) y al traslado del domicilio social de una Sociedad Anónima europea (*Societas Europaea*) o una Sociedad Cooperativa europea ¹⁷. El principal objetivo de la Directiva es aplicar a las operaciones anteriores un régimen basado en la neutralidad fiscal que, por un lado, elimine los obstáculos fiscales a estas operaciones y, al mismo tiempo, por otra parte, salvaguarde los intereses de los Estados miembros implicados ¹⁸. En particular, el régimen de la Directiva se basa en un

¹⁶ Vid. IBFD (1995), pág. 51, sobre los problemas de doble imposición que se generan cuando el Estado de residencia difiere también la tributación atribuyendo a las participaciones recibidas por la sociedad transmitente el mismo valor histórico del EP o de los activos transferidos.

¹⁷ El artículo 3 de la Directiva establece qué entidades se consideran una «sociedad de un Estado miembro» a los efectos de su aplicación. Sobre este requisito *vid.*, entre otros, los siguientes trabajos: TERRA y WATTEL (2008), págs. 534-536 y HOFSTÄTTER y HOHENWATTER (2008), págs. 116-117.

¹⁸ Vid. los Considerandos 2-7 de la Directiva.

mecanismo de diferimiento mediante la aplicación de criterios de continuidad valorativa y de conexión de los elementos transferidos en las operaciones con la soberanía fiscal de los Estados miembros que aplican el régimen.

El artículo 2 d) de la Directiva define la aportación de activos como aquella operación «por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación». A efectos de la Directiva por rama de actividad se entiende «el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios» [vid. art. 2 j) de la Directiva]¹⁹.

Tal y como configura la Directiva la operación de aportación de activos no es imprescindible que tal aportación se configure como una aportación al capital de la entidad a la que se transfiere la rama de actividad. En principio la Directiva permite a los Estados miembros que, al transponer la misma a su Derecho interno, contemplen dentro de la operación la posibilidad de que la entidad a la que se transmite la rama de actividad entregue a cambio participaciones en su capital que existan previamente a tal aportación. Como consecuencia de ello, a los efectos de la Directiva el supuesto de la aportación de activos podría comprender tanto las operaciones que se articulan como una aportación en el capital como las operaciones que se materializan en un canje de acciones o participaciones. Será cada Estado miembro de la UE quien al transponer la Directiva a su ordenamiento decidirá si contempla ambas posibilidades o sólo la primera, esto es, la que se materializa como una aportación de capital. Sin perjuicio de ello, y tal y como ha señalado también la doctrina, la realidad es que la mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros de la UE sólo han previsto la primera operación, esto es, la que se materializa en una aportación de capital. Ello se explica porque es la operación que mejor se alinea con los objetivos de la Directiva²⁰. La operación a la que nos referimos en este trabajo, la filialización de un EP, se trata precisamente de una operación de aportación de activos que se instrumenta como una aportación de capital. Por lo tanto, esta operación precisa de la entidad a la que se transmite el EP (rama de actividad) que emita nuevas acciones o participaciones.

El régimen fiscal que prevé la Directiva para la aportación de activos supone que no se permita al Estado de residencia de la sociedad transmitente gravar las plusvalías latentes resultantes de la diferencia entre el valor que se le atribuye a los elementos transmitidos a efectos fiscales —el VC al que nos referíamos en el epígrafe anterior— y su VM en el momento de llevar a cabo tal aporta-

¹⁹ Sobre el concepto de rama de actividad vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00 (NFJ011450), *Andersen og Jensen ApS v Skatteministeriet*. A este respecto debemos significar que el concepto de rama de actividad de la Directiva de Fusiones no comprende todos los supuestos que se conceptúan como EP, por lo menos en el marco del MC OCDE. Como consecuencia de ello, con carácter general, aunque toda rama de actividad conformará necesariamente un EP, no todos los supuestos de EP previstos en el artículo 5 del MC OCDE podrán configurar una rama de actividad. Así, por ejemplo, las obras o instalaciones de permanencia superior a los 12 meses, que a efectos del artículo 5.3 del MC OCDE constituyen un EP, no podrán ser consideradas generalmente como una rama de actividad a los efectos de la Directiva. Vid. THOMMES (2004), números marginales (NM) 79-90 e IBFD (1995), pág. 46.

²⁰ THOMMES (2004), NM 85.

ción —el VM al que nos referíamos también en el epígrafe anterior—²¹. La aplicación del régimen anterior se condiciona al cumplimiento de dos requisitos: a) que la sociedad beneficiaria mantenga dicho valor —el VC— a efectos del cálculo de amortizaciones y de ulteriores plusvalías; y b) que los elementos patrimoniales se afecten a un EP de esta sociedad (sociedad beneficiaria) en el territorio del Estado de residencia de la sociedad transmitente²². Estos dos requisitos pretenden, al mismo tiempo, conseguir los dos objetivos que persigue la Directiva: que la operación resulte neutral desde el punto de vista tributario pero salvaguardando a su vez los derechos de imposición de los Estados implicados.

Dentro de los supuestos que comprende la Directiva para la aportación de activos también se encuentra el caso en que entre los elementos que transfiere la sociedad transmitente se encuentra un EP situado en un Estado de la UE diferente al Estado donde dicha entidad tiene su residencia. Para este supuesto el artículo 10 de la Directiva obliga al Estado miembro donde se encuentra el EP a aplicar el régimen de diferimiento previsto para la aportación de activos siempre y cuando los activos que conforman dicho EP se mantengan en dicho Estado, bien como un EP perteneciente a una sociedad no residente en dicho Estado, bien como elementos patrimoniales de una sociedad residente en el mismo Estado donde antes se encontraba el EP²³.

Como consecuencia de lo anterior, la Directiva de Fusiones también comprende el supuesto que hemos analizado en el epígrafe anterior al hilo de los CDI. Lo que se trata ahora de estudiar es qué soluciones prevé la Directiva para eliminar la doble imposición internacional en el Estado donde reside la sociedad transmitente, teniendo en cuenta que en el Estado donde está situado el EP se aplica un régimen de diferimiento cuando el mismo se transmite a la sociedad beneficiaria. En particular veremos que la Directiva prevé soluciones específicas para la aplicación de los métodos de exención e imputación que resuelven los problemas derivados del hecho de que no se produzca tributación efectiva en el momento de aportación en el Estado donde se encuentra el EP como consecuencia de la aplicación de un régimen de diferimiento.

3.2. Aplicación del método de exención

El artículo 10.1 de la Directiva contempla el tratamiento que, con carácter general, tiene que aplicar el Estado de residencia de la sociedad transmitente a esta operación. Conforme a dicho precepto el Estado de residencia de la sociedad que aporta el EP debe aplicar el método de exención,

²¹ *Vid.* el cuadro 2 del epígrafe 2 de este trabajo.

²² *Vid.* artículos 4, 5, 6 y 9 de la Directiva.

²³ *Vid.* los párrafos 3 y 4 del artículo 10.1 de la Directiva. Hasta la modificación de la Directiva en 2005 no resultaba claro de su tenor si la misma comprendía también la operación de filialización de un EP cuando la filial residía en el mismo Estado donde antes se encontraba o estaba situado el EP. En principio parecía que el tenor literal de la Directiva sólo era aplicable cuando la filial a la que se aportaba el EP residía en un Estado diferente (de la UE) al Estado de situación del EP. El párrafo cuarto del artículo 10.1 de la Directiva, introducido en 2005, aclara que también resulta comprendida la filialización de un EP cuando el EP se encuentra en el mismo Estado donde reside la sociedad beneficiaria de la transmisión: «el presente apartado será, asimismo, aplicable en el supuesto de que el EP esté situado en el mismo Estado miembro que aquel en el que sea residente la sociedad beneficiaria». Sobre ello *vid.* THÖMMES (2004), NM 259 y LARKING (1992), pág. 307.

esto es, no puede someter a tributación la ganancia patrimonial que se pudiera poner de manifiesto como consecuencia de la enajenación del EP. Ésta es la interpretación que se deriva, en nuestra opinión, del tenor literal del artículo 10.1 de la Directiva (párrafo primero):

«[c]uando entre los bienes aportados con motivo de una fusión, de una escisión, de una escisión parcial o de una aportación de activos figure un EP de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto del de dicha sociedad, el Estado miembro de la sociedad transmitente renunciará a los derechos de imposición sobre dicho EP».

Este precepto, aunque en principio no hace referencia expresa al método de exención, debemos entender que implícitamente exige su aplicación, pues al señalar que el Estado de la sociedad transmitente «renunciará a los derechos de imposición sobre dicho [EP]» las consecuencias que materialmente se derivan de dicha renuncia equivalen a la aplicación del método de exención, esto es, a no gravar la posible ganancia que se produce para la sociedad que enajena el EP²⁴. Como consecuencia de ello, la Directiva obliga al Estado de residencia de la sociedad transmitente a declarar exenta la ganancia que se produce por la enajenación del EP, y ello a pesar de que el Estado de situación del EP no grave en ese momento tal ganancia por la aplicación de un régimen de diferimiento. Por este motivo, puede sostenerse que sería contrario al artículo 10.1 de la Directiva la introducción de una cláusula de sujeción efectiva que pudiera limitar la aplicación del método de exención a este tipo de operaciones. En suma, el Estado de residencia debe declarar exenta la ganancia a pesar de que en el Estado de la fuente no se haya gravado efectivamente por la aplicación de un régimen de diferimiento.

No obstante, debemos tener en cuenta que la Directiva no establece cómo deben regular los Estados miembros este régimen de exención. Se trata de una cuestión sobre la que la Directiva deja cierto margen de autonomía a los Estados miembros para que cada uno desarrolle este particular del modo que considere oportuno siempre y cuando se cumplan los objetivos marcados por la propia Directiva. Por este motivo, no sería contrario a la Directiva, por ejemplo, que un Estado regulara esta exención como una exención modificada –la ganancia se incluiría en la base imponible, pero en la cuota se aplicaría una deducción equivalente a la parte de la cuota que se hubiera producido por la inclusión de tal ganancia– o como una exención con progresividad que, como es sabido, tiene por resultado que la renta extranjera se incluya en la base imponible pero a los solos efectos de determinar el tipo de gravamen aplicable²⁵.

²⁴ Algunos autores consideran que el artículo 10.1 de la Directiva tiene un alcance mayor al expuesto por nosotros, en el sentido de que su aplicación exige algo más que el mero hecho de declarar exenta la posible ganancia que se produce en sede de la sociedad transmitente por la enajenación del EP [*vid.*, entre otros, THÖMMES (2004), NM 259]. En nuestra opinión, sin embargo, la renuncia a la que se refiere la Directiva implica simplemente la aplicación del método de exención, en los términos expuestos, toda vez que es evidente, incluso aunque no lo dijera la Directiva, que la sociedad que transfiere el EP pierde la posibilidad de gravar directamente la renta obtenida por él. Ahora bien, tal efecto se produce simplemente porque dicha sociedad lo transmite, y no tanto por la aplicación de la Directiva, toda vez que la pérdida de la posibilidad de gravar los beneficios futuros del EP se produce en todo caso, con o sin Directiva. Lo que la Directiva pretende es simplemente que el Estado de residencia de la sociedad que transmite el EP no grave la ganancia que se pueda producir por tal enajenación. En este sentido, entre otros, *vid.* IBFD (1995), pág. 50, STARINGER (2001), págs. 90-91 y LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005), pág. 23.

²⁵ IBFD (1995), pág. 50.

A pesar del cierto margen de libertad que deja la Directiva para desarrollar en el ámbito interno el método de exención, no hay que olvidar que es preciso que cada Estado miembro contemple expresamente en su legislación cómo se concreta la aplicación de dicho método en estos casos. Como consecuencia de ello, en principio no parece que sea un instrumento adecuado para implementar las exigencias de la Directiva acudir directamente a lo previsto en cada uno de los CDI celebrados por un Estado miembro de la UE con otros Estados miembros ²⁶. Sin embargo, el hecho de que ello sea así, no impide que la aplicación del método de exención a las operaciones (comunitarias) de filialización de un EP se base, *en casos particulares*, en el régimen establecido en un concreto CDI y no en lo que, con carácter general, haya establecido un Estado miembro en su Derecho interno ²⁷.

La opción de tratar una concreta operación conforme a lo establecido en un CDI, y no con base en el régimen general dispuesto en el ordenamiento interno de un Estado en aplicación de la Directiva, tiene especial sentido en aquellos casos en los que un Estado de la UE, al implementar la Directiva, haya decidido acogerse a la excepción prevista en el artículo 10.2 de la misma. Sin perjuicio de que este aspecto lo desarrollaremos en el siguiente epígrafe, conviene avanzar que el artículo 10.2 de la Directiva permite a los Estados miembros aplicar a las operaciones de filialización de un EP, en el Estado de residencia de la sociedad transmitente, el método de imputación en vez del método de exención que se deriva del artículo 10.1 de la misma norma.

El hecho de que un Estado de la UE haya establecido el método de imputación en su ordenamiento en cumplimiento de la Directiva (art. 10.2), no impide que un concreto CDI contemple la aplicación del método de exención para las ganancias puestas de manifiesto por la enajenación de un EP o elementos del mismo. Se trataría, por lo tanto, de un supuesto en el que el CDI celebrado entre el Estado de la sociedad transmitente y el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria –o Estado de situación del EP antes de su aportación–, prevea la aplicación del método de exención a la renta puesta de manifiesto por la enajenación de un EP. Cuando ello sea así, es posible aplicar a esta operación el método de exención previsto en el CDI, aunque la solución del Derecho interno, a los efectos del artículo 10 de la Directiva, sea la del método de imputación. No obstante, *la utilización del método de exención del CDI sólo sería posible si el convenio regula este método sin asociar su aplicación al hecho de que la renta exenta haya tributado efectivamente en el Estado de la fuente* (cláusula de sujeción efectiva).

Cuando el CDI contemple el método de exención, pero prevea a su vez una cláusula de sujeción efectiva vinculada al mismo, no sería posible acudir al CDI para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, toda vez que en este caso el CDI estaría introduciendo un requisito no previsto en la Directiva. En efecto, de la Directiva se desprende la obligación del Estado donde reside la sociedad transmitente de aplicar los métodos para eliminar la doble imposición internacional, a pesar de que en el Estado de la fuente no se haya producido tributación efectiva por la aplicación de un régimen de diferimiento. Como consecuencia de lo anterior, cuando un Estado de la UE haya optado en su legislación, en cumplimiento de la Directiva, por el método de imputación, no podría tratarse esta

²⁶ IBFD (1995), págs. 45-46.

²⁷ THOMMES (2004), NM 276.

operación conforme al método de exención previsto en un concreto CDI, si la aplicación de este método del CDI introduce una cláusula de sujeción efectiva. En estos casos la operación deberá tratarse conforme al método de imputación previsto expresamente por el ordenamiento interno en cumplimiento de la Directiva, que no puede estar condicionado en ningún caso por una cláusula de sujeción efectiva. Por el contrario, si el CDI prevé el método de exención y *no contempla cláusula de sujeción efectiva*, la operación se podrá tratar conforme al método de exención establecido en el CDI, a pesar de que la solución general del ordenamiento interno, en cumplimiento de la Directiva, haya sido el método de imputación.

Finalmente hay que señalar que el artículo 10.1 de la Directiva prevé en su segundo párrafo una regla especial que permite al Estado de residencia de la sociedad transmitente integrar en la base imponible de esta entidad las pérdidas procedentes del establecimiento permanente que con anterioridad a su enajenación se hubieran compensado. En particular dicho precepto señala lo siguiente:

«El Estado miembro de la sociedad transmitente podrá reintegrar en los beneficios imposables de dicha sociedad las pérdidas anteriores del EP que se hayan deducido, en su caso, del beneficio imponible de la sociedad en dicho Estado miembro y que no se hayan compensado.»

La Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer en estos casos una cláusula de recaptura de pérdidas, en la medida en que algunos ordenamientos permiten, en el marco de la aplicación del método de exención, la deducción de las pérdidas obtenidas en el extranjero a través de un EP²⁸. La razón de que sea posible contemplar una cláusula de recaptura de pérdidas se debe a que el Estado de residencia de la sociedad transmitente que ha permitido deducir las pérdidas obtenidas por el EP pierde la posibilidad de recuperar dichas pérdidas gravando, en su caso, los beneficios futuros que, en su caso, obtenga a través del EP. Tal pérdida se produce porque tras la enajenación del EP el Estado de la sociedad transmitente deja de tener el derecho a gravar directamente las rentas obtenidas por el EP. La Directiva, ante la imposibilidad de que dicho Estado grave los beneficios futuros del EP, permite integrar en la base imponible de la sociedad transmitente las pérdidas del EP previamente deducidas y que no se hayan compensado con cargo a beneficios del EP obtenidos antes de su enajenación²⁹.

El artículo 10.1 de la Directiva, aparte de señalar la posibilidad de los Estados miembros de reintegrar las pérdidas del EP previamente compensadas y no recuperadas, no establece ningún requisito o limitación adicional sobre cómo debe o puede configurarse esta cláusula de recaptura de pérdidas. Al ser eso así, es posible que un Estado de la UE establezca una cláusula de recaptura de pérdidas sin contemplar límite alguno de carácter temporal. Ello supondría que la sociedad transmitente tendría la obligación de reintegrar en su base imponible todas las pérdidas del EP previamente compensadas y que no se hubieran recuperado con cargo a beneficios obtenidos por el propio EP antes de su enajenación. Como veremos en un epígrafe posterior, la legislación española, en la actualidad, ha desarrollado esta cláusula de recaptura de pérdidas en ese sentido.

²⁸ Vid. los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE (para. 44).

²⁹ Vid. TERRA y WATTEL (2008), pág. 561.

3.3. Aplicación del método de imputación

3.3.1. Consideración previa

El artículo 10.2 de la Directiva establece la posibilidad de que los Estados miembros apliquen a este tipo de operaciones el método de imputación en vez del método de exención que, con carácter general, se deriva del artículo 10.1 de la misma norma. El tenor del artículo 10.2 de la Directiva es el siguiente ³⁰:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Estado miembro de la sociedad transmitente aplique un sistema de imposición de beneficios globales, ese Estado miembro podrá gravar cualesquiera beneficios o ganancias de capital del EP que sean resultado de fusión, escisión, escisión parcial o aportación de activos, [siempre que admita la deducción d] el impuesto [que], de no ser por las disposiciones de la presente Directiva, habría gravado esos beneficios o ganancias de capital en el Estado miembro en que esté situado el establecimiento permanente, [y que admita dicha deducción] del mismo modo y en igual cuantía que se habrían aplicado si el impuesto los hubiese gravado y se hubiese pagado.»

Este precepto pretende hacer compatible el método de imputación con el régimen que la Directiva otorga a este tipo de operaciones ³¹. En efecto, cuando analizamos el método de imputación en el marco de los CDI (epígrafe 2), vimos cómo este método no resultaba aplicable en el momento de la enajenación del EP, como consecuencia de que en el Estado de situación del EP no se había pagado efectivamente impuesto alguno, al aplicarse un régimen de diferimiento a la operación. Pues bien, el artículo 10.2 de la Directiva permite al Estado de residencia de la sociedad transmitente gravar la ganancia derivada de la enajenación del EP siempre y cuando permita la deducción en la cuota de un *impuesto equivalente al que se hubiera exigido en el Estado de situación del EP en el caso de que el régimen de diferimiento derivado de la Directiva no se hubiera aplicado*. Se trata, en cierto modo, de autorizar la deducción en el Estado de residencia de la sociedad transmitente de un *impuesto ficticio o nocial (notional tax credit)*, esto es, el impuesto que se hubiera pagado en el Estado de situación del EP de no haber habido diferimiento en el momento de su enajenación al efecto de su filialización.

El artículo 10.2 de la Directiva, como veremos en los epígrafes siguientes, plantea un buen número de interrogantes sobre la aplicación del método de imputación, con deducción del *impuesto nocial*, a este tipo de operaciones.

³⁰ Nótese que en la versión española de la Directiva 133/2009/CE se omite el texto que hemos añadido, el cual se encontraba en la redacción del artículo 10.2 en la Directiva 90/434/CEE. Esta omisión tiene su origen en la modificación de la Directiva 90/434/CEE por la Directiva 2005/19/CE y hacía que el tenor literal careciera de sentido, sin que en otras versiones (inglesa o francesa, por ejemplo) se hubiera modificado el tenor literal de este apartado, como acertadamente han advertido PALAO (2005), pág. 24, y MENÉNDEZ (2006b), págs. 57-58. A nuestro juicio, el legislador comunitario ha perdido aquí una buena oportunidad para enmendar el error con ocasión de la codificación de los textos de las citadas normas.

³¹ Hay que significar que la Propuesta de 1969 de la que hoy es la Directiva de Fusiones no contemplaba la posibilidad de aplicar a estas operaciones el método de imputación [vid. art. 11 de la propuesta originaria de la Directiva de Fusiones de 1969, Documento COM(69)5 final]. La razón de que originariamente sólo se contemplara el método de exención y no el de imputación se debe a que en ese momento ninguno de los que entonces eran Estados miembros de la UE utilizaba en su ordenamiento interno el método de imputación para eliminar la doble imposición internacional.

3.3.2. Alcance del artículo 10.2 de la Directiva

El primer interrogante que plantea el artículo 10.2 de la Directiva es el alcance que debe otorgarse al comienzo de su tenor literal: «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1».

El artículo 10.1 de la Directiva, que es del que se deriva el método de exención analizado en el epígrafe 3.2, consta de cuatro párrafos. La duda que plantea el artículo 10.2 es si la aparente derogación o excepción que supone al artículo 10.1 se refiere a todos sus párrafos o sólo a algunos de ellos ³².

En primer lugar, se puede afirmar que el artículo 10.2 de la Directiva no excluye la aplicación de los párrafos tercero y cuarto del artículo 10.1 porque no se refieren a la aplicación del método de exención en el Estado de residencia de la sociedad transmitente. En efecto, estos párrafos aluden a una cuestión distinta: qué tratamiento tiene que otorgar el Estado de situación del EP a las operaciones de filialización, aclarando que dentro de estas operaciones también están comprendidas aquellas en las que la filial reside en el mismo Estado donde está situado el EP con carácter previo a su filialización. Por lo tanto, es evidente que el artículo 10.2 de la Directiva no excluye la aplicación de los párrafos tercero y cuarto del artículo 10.1, pues no se refieren estrictamente al método de exención, sino a la obligación del Estado de situación del EP de conceder el diferimiento impositivo en aquellos casos en que el régimen contenido en la Directiva sea aplicable.

Por el contrario, puede afirmarse sin duda alguna que lo que el artículo 10.2 de la Directiva excluye realmente del artículo 10.1 es su párrafo primero, pues es de este párrafo del que se deriva la regla general de aplicar en el Estado de residencia de la sociedad transmitente el método de exención ³³. La Directiva permite a los Estados miembros tratar estas operaciones conforme al método de imputación, en vez del de exención, sin perjuicio de que tengan que permitir la deducción del impuesto nocial del Estado de situación del EP. Como consecuencia de ello, el artículo 10.2 permite al Estado de residencia de la sociedad transmitente gravar la renta puesta de manifiesto con ocasión de la operación, sin perjuicio de que deba permitir la deducción del impuesto nocial indicado.

Sin embargo, lo que no queda claro del artículo 10.2 de la Directiva es si excluye o no también el párrafo segundo del artículo 10.1, que es el que, como vimos al final del epígrafe 3.2, permite al Estado de residencia establecer una cláusula de recaptura de pérdidas en relación con las pérdidas compensadas del EP, y no recuperadas, que se hubieran producido con anterioridad a su filialización. Se trataría de analizar si la Directiva permite a los Estados miembros que opten por el método de imputación derivado del artículo 10.2 establecer una cláusula de recaptura de pérdidas equivalente a la que el artículo 10.1, párrafo segundo, permite aplicar cuando el método utilizado en aplicación de la Directiva es el de exención.

La posibilidad de establecer una cláusula de recaptura de pérdidas es perfectamente coherente con la configuración del *método de exención*, en la medida en que este método se basa en la simetría entre

³² Hay que significar que la versión española de la Directiva plantea menos problemas interpretativos en este punto que otras versiones como la inglesa o la francesa.

³³ En este sentido, entre otros, se pronuncian TOMSETT (2008a), § 2.2.10 y AA.VV. (1993), pág. 16. No obstante, se posiciona en sentido contrario THOMMES (2004), NM 268.

la no inclusión de rentas obtenidas en el extranjero, tanto si son de carácter positivo como negativo ³⁴. Como consecuencia de ello, podría considerarse que el artículo 10.2 de la Directiva excluye la posibilidad de establecer una regla de recaptura cuando el método elegido es el de imputación, pues la citada regla tiene su sentido fundamentalmente en el ámbito del método de exención y no en el de imputación. Ésta es la interpretación que implícitamente han adoptado un buen número de Estados miembros de la UE, que al transponer la Directiva a su ordenamiento interno, optando por la aplicación del método de imputación del artículo 10.2, no han introducido expresamente una cláusula de recaptura de pérdidas ³⁵.

Frente a lo que ocurre cuando es de aplicación el método de exención, *en el caso del método de imputación*, la propia dinámica de este método impone la integración en la base imponible de todas las rentas obtenidas, tanto si son de signo negativo como positivo ³⁶. Siendo esto así, la posibilidad de recuperar las pérdidas o rentas negativas previamente compensadas sería una cuestión extraña a la configuración de este método de imputación, por lo que parece razonable afirmar que la misma debería encontrarse limitada a la aplicación del método de exención ³⁷. Conforme a esta interpretación, podría considerarse que se estaría incumpliendo la Directiva si un Estado miembro, al regular el método de imputación en aplicación del artículo 10.2, introdujera directamente una cláusula de recaptura de pérdidas. Esta interpretación supondría admitir también que el artículo 10.2 de la Directiva excepciona la aplicación de los párrafos primero y *segundo* del artículo 10.1.

No obstante, como veremos a continuación, la posibilidad de tener o no en cuenta las pérdidas compensadas (y no recuperadas) del EP en el marco del método de imputación no es precisamente una cuestión del todo clara, pues existen Estados, como es el caso de España, que sí contemplan expresamente su aplicación ³⁸. Además, dentro de los Estados que no contemplan expresamente su aplicación, es decir, no establecen una cláusula de recaptura directa de las pérdidas compensadas y no recuperadas del EP, sí establecen medidas que, indirectamente, tienen en cuenta dichas pérdidas a la hora de aplicar el método de imputación: se trata no tanto de integrar directamente en la base imponible del ejercicio en que se enajena el EP las pérdidas previamente compensadas del mismo, junto a la ganancia producida por tal enajenación, sino de computarlas indirectamente a la hora de cuantificar el impuesto nocial que el artículo 10.2 de la Directiva obliga a los Estados miembros a reconocer cuando optan por el método de imputación.

Si se considerara que la Directiva excluye la posibilidad de llevar a cabo una recaptura de pérdidas de modo directa cuando el método de imputación es aplicable, las normas de transposición de los Estados miembros que así lo prevean, como es el caso de España, deberían reputarse contrarias a la Directiva. Sin embargo, creemos que pueden plantearse argumentos suficientes en contra de esta limitación.

³⁴ VOGEL (1997), artículo 23, NM 70-75.

³⁵ *Vid.* el estudio elaborado por ERNST & YOUNG (2009), promovido por la Comisión Europea, sobre cómo se ha implementado la Directiva de Fusiones por los Estados miembros de la UE tras su última modificación relevante. Con carácter general, los Estados que han optado por el método de imputación, Alemania (pág. 651), Grecia (pág. 679), Irlanda (pág. 740) y Reino Unido (pág. 1.111), no han establecido una regla de recaptura de pérdidas.

³⁶ VOGEL (1997), artículo 23, NM 170.

³⁷ *Vid.*, entre otros, THÖMMES (2004), NM 268 y CALDERÓN y MARTÍN (2008), pág. 1.005.

³⁸ También Finlandia ha introducido una cláusula de recaptura de pérdidas al acogerse a la posibilidad de optar por el método de imputación. *Vid.* ERNST & YOUNG (2009), pág. 558.

En primer lugar, del tenor literal de la Directiva se extrae que el Estado de la sociedad transmitente debe permitir la deducción del impuesto nocional «del mismo modo y en igual cuantía que se habrían aplicado si el» Estado de situación del EP hubiera gravado de modo efectivo la operación. Esta referencia contenida en el tenor literal de dicho precepto a la aplicación del método de imputación en la misma forma que si el impuesto hubiera sido efectivamente exaccionado por el Estado de la fuente, permite, a nuestro juicio, considerar que, si la aplicación *normal* del método de imputación de acuerdo con la normativa interna del Estado de residencia de la sociedad transmitente prevé la recaptura de pérdidas previa a la aplicación de la deducción, esta recaptura pueda tener también lugar cuando el régimen fiscal que implementa la Directiva sea aplicable. Dicho de otro modo, si lo que la Directiva quiere es que el crédito fiscal se conceda por el Estado de residencia de la sociedad transmitente en la misma forma en que se habría concedido de no mediar los beneficios del régimen previsto en su articulado, entonces habrá que considerar que la posibilidad de llevar a cabo la recaptura de pérdidas cuando sea aplicable el método de imputación se podrá hacer en tanto en cuanto la misma se hubiera realizado en la aplicación normal de dicho método ³⁹.

Junto a ello, debe recordarse que la recaptura de pérdidas previamente deducidas en estos casos sirve a su vez como mecanismo para evitar la realización de actividades abusivas, pues, de otro modo, sería factible aprovechar estas pérdidas en los años en que se obtienen en el Estado de residencia de la sociedad transmitente, por tanto reduciendo su cuota tributaria durante los años deficitarios; mientras que, cuando la perspectiva de obtención de beneficios a través del EP se fuera a materializar, la sociedad optaría por proceder a la filialización del EP, evitando así un incremento de la cuota a satisfacer en el Estado de la residencia. Mediante esta sencilla estructura se lograría diferir efectivamente la tributación de los beneficios del EP que sólo serían recuperados por el Estado de la residencia cuando la filial distribuyera dividendos o se enajenaran las participaciones en su capital ⁴⁰. Así pues, la exclusión de la recaptura directa de pérdidas en el marco de la aplicación del artículo 10.2 de la Directiva generaría una grave asimetría entre la aplicación de los métodos de imputación y exención que difícilmente podría ser considerada dentro de los objetivos del legislador comunitario.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que cuando es aplicable el método de exención y el Estado de la residencia ha optado por permitir que sus residentes deduzcan las pérdidas de fuente foránea, este Estado está decidiendo unilateralmente la inaplicación del principio de simetría en el marco del citado método de eliminación de la doble imposición. De hecho, los efectos de esta decisión hacen que cuando el EP únicamente haya generado pérdidas –situación habitual en los primeros años de la inversión–, se asemejen a aquellos que resultarían de haberse optado por la aplicación del método de imputación. En consecuencia, de no permitirse la recaptura de pérdidas cuando el método de impu-

³⁹ No se nos escapa el hecho de que esta posibilidad de que se lleve a cabo la recaptura de pérdidas por el Estado de la residencia de la sociedad transmitente de modo previo a la deducción del impuesto soportado en el Estado de situación del EP puede significar que dicho impuesto no llegue a ser deducido en el Estado de la residencia en aquellos casos en que el importe de las pérdidas supere el importe de las eventuales ganancias patrimoniales. En este caso, cabría plantearse la compatibilidad de tal recaptura con el mandato del artículo 10.2 al Estado de la residencia de permitir la deducción del impuesto nocional. En el caso español, como veremos, la previsión del artículo 31.4 de la LIS puede solventar estos problemas al permitir la deducción posterior (*carry-forward of unused foreign tax credit*) de este impuesto, o de la parte de su importe que no haya podido deducirse, en los 10 ejercicios siguientes.

⁴⁰ Estas estructuras son las que trataron de eliminarse en los EEUU mediante la introducción de la que actualmente es la sección 367 del *Internal Revenue Code*. Vid. AVI-YONAH, RING y BRAUNER (2005), pág. 421 y ss.

tación es el aplicable, el resultado sería desfavorable para el Estado que hubiera optado por la aplicación de este método frente a aquel en que se aplicara el método de exención asimétricamente. Con todo, no puede obviarse el hecho de que mediante el cálculo del impuesto nocial, como veremos, puede lograrse una recaptura indirecta de pérdidas. Ahora bien, en la medida en que las legislaciones del Estado de la fuente y el Estado de residencia en este extremo pueden ser dispares, la recaptura de pérdidas se vería determinada por el cálculo realizado conforme a la normativa interna del Estado de la fuente, conduciendo a un resultado distinto de aquel que se habría obtenido de proceder a una recaptura de pérdidas de modo directo. Otra cuestión es si habiéndose recapturado las pérdidas directamente por el Estado de la residencia, cabe considerar esa recaptura compatible con el cálculo de impuesto nocial en el que la base imponible se haya visto minorada por el importe de las pérdidas reconocidas en el Estado de la fuente.

3.3.3. *Las distintas modalidades del método de imputación y el artículo 10.2 de la Directiva*

El segundo interrogante que plantea el artículo 10.2 es el de considerar si en el marco del mismo caben las distintas modalidades del método de imputación, esto es, el método de imputación íntegra y el método de imputación ordinaria. Como es sabido, la diferencia entre ambas modalidades del método de imputación estriba en que en el segundo (imputación ordinaria), el Estado de residencia sólo admite la deducibilidad de los impuestos satisfechos en el extranjero hasta el límite de la imposición que hubiera sido soportada de proceder la renta gravada de fuente doméstica y no foránea. En el caso de la imputación íntegra, este límite no es aplicable, siendo deducibles los impuestos satisfechos en el extranjero sin restricción alguna ⁴¹.

Pues bien, la literalidad del artículo 10.2 de la Directiva podría llevar al error de considerar que dentro de su ámbito de aplicación sólo es válido el método de imputación íntegra, toda vez que dicho precepto alude a la admisibilidad de la deducción del impuesto nocial. De aceptarse la interpretación que propugnamos en el epígrafe anterior en relación con la aplicación de este precepto, es claro que no podría mantenerse en modo alguno la incompatibilidad de la modalidad de imputación ordinaria con la Directiva. En consecuencia, entendemos que la referencia a la deducción del impuesto extranjero en la misma forma y cuantía, que se habría calculado de no haberse aplicado la Directiva, permite que ambas modalidades del método de imputación sean igualmente compatibles con el precepto analizado ⁴².

Del mismo modo, hay que tener en cuenta que el artículo 10.2 de la Directiva no pretende armonizar los métodos para eliminar la doble imposición internacional de los Estados miembros de la UE. Su única pretensión es obligar a los Estados miembros a que apliquen el método de imputación cuando, como consecuencia de la aplicación de la Directiva, no exista gravamen efectivo de las ganancias patrimoniales manifestadas al realizarse la operación en el Estado de la fuente. Como consecuencia, tampoco deberían plantearse problemas particulares en aquellos casos en que los que el

⁴¹ Sobre el funcionamiento básico de ambas modalidades del método de imputación, *vid.* CALDERÓN (1997), pág. 178 y ss. y VOGEL (1997), artículo 23 (paras. 168 y ss.).

⁴² En este sentido, *vid.* HELMINEN (2009), págs. 203-204.

método de imputación aplicable, en cualquiera de sus modalidades, se deriva del CDI que exista entre los Estados de la residencia y de la fuente. Por este motivo puede plantearse la posibilidad de acomodar la aplicación de la cláusula convencional con los imperativos de la Directiva simplemente ajustando el método de imputación previsto en el CDI con el cálculo del impuesto nacional.

3.3.4. *El cálculo del impuesto nacional*

Ello nos lleva al tercer y más relevante interrogante que se nos plantea en la aplicación de este precepto: la determinación del impuesto nacional, esto es, el impuesto que habría sido satisfecho en el Estado de situación del EP de no haberse aplicado los beneficios de la Directiva de Fusiones⁴³. A priori, en la medida en que la Directiva no establece ninguna guía o directriz para proceder al cálculo del impuesto nacional, parece quedar a la discrecionalidad de los Estados miembros la determinación del impuesto nacional. Con todo, no parece que los distintos modos en que los Estados miembros han procedido a incorporar reglas para la determinación de este impuesto a deducir puedan ser consideradas completamente respetuosas con los fines perseguidos por la norma comunitaria.

Este aspecto pasa, en nuestra opinión, por ser uno de los más *conflictivos* en la aplicación de la Directiva de Fusiones. Del tenor del artículo 10.2 de la Directiva se extrae con claridad la idea de que el impuesto nacional debería corresponderse con aquel que se habría devengado en el caso de que el Estado de la fuente no hubiera aplicado un régimen de diferimiento. Ello determinaría, pues, que el Estado de la residencia de la sociedad transmitente deba calcular el impuesto a deducir conforme a las normas tributarias del Estado de la fuente que resultaran aplicables al caso concreto. En tal sentido, lo que se produciría aquí es una *remisión completa* a la normativa tributaria del Estado de la fuente a fin de calcular el importe del impuesto nacional. Ésta parece ser la posición que, entre otros Estados miembros, ha adoptado Reino Unido a la hora de implementar el artículo 10.2 de la Directiva de Fusiones.

En efecto, de acuerdo con las previsiones de la sección 815A de la Ley del Impuesto sobre la Renta y Sociedades de 1988 de Reino Unido (*Income and Corporation Income Tax Act*), la deducción por el impuesto nacional se calcula de acuerdo con la normativa del Estado de la fuente⁴⁴. A los efectos de llevar a cabo la determinación del impuesto nacional, la normativa de Reino Unido obliga, no sólo a

⁴³ Debe tenerse en cuenta que este problema no se encuentra únicamente limitado al ámbito del artículo 10.2 de la Directiva, sino también cuando un Estado miembro haga uso de la previsión del artículo 11.2 de la Directiva en relación con la aplicación del régimen fiscal de diferimiento a entidades que sean consideradas transparentes. *Vid.* al respecto RUSSO (2006), págs. 482-483.

⁴⁴ El tenor literal de este precepto se traduciría por:

«(2) En el caso de aportaciones en que las ganancias que hubiera obtenido la sociedad A hubieran sido gravadas de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro de no haber sido por las disposiciones de la Directiva de Fusiones, esta sección [...] se aplicará como si el importe del impuesto, calculado sobre la base requerida, que hubiera sido exigido sobre dichas ganancias de acuerdo con la normativa del Estado de la fuente, hubiera sido satisfecho.

[...]

(5) A los efectos de la aplicación de esta sección, la base requerida se determinará:

(a) Deduciendo, en la medida en que la normativa del Estado de la fuente lo permita, las pérdidas resultantes de las ganancias que resultaran de la aportación, y

(b) Considerando que cualquier beneficio fiscal aplicable a la operación hubiera sido solicitado.»

Sobre ello, *vid.* COOKLIN (2009), pág. 37 y ss.

realizar el cómputo de la base imponible conforme a la normativa del Estado de la fuente, sino también a realizar un doble ajuste a los efectos de reducir dicha base en el importe en que la normativa interna del Estado de la fuente hubiera compensado pérdidas anteriores del EP con las ganancias patrimoniales obtenidas en la operación, lo cual a nuestro juicio puede ser considerado como un mecanismo *indirecto* para proceder a la recaptura de pérdidas⁴⁵, y a presumir que cualesquiera beneficios fiscales que conforme a la normativa del Estado de la fuente se hubieran podido aplicar, fueron efectivamente aplicados.

Desde el punto de vista formal, entendemos que no puede hacerse ningún reproche a la normativa de Reino Unido, pues aparentemente cumple con el mandato al Estado de residencia de la sociedad transmitente emanado del artículo 10.2 de la Directiva. Sin embargo, la corrección formal de esta norma de transposición choca, en nuestra opinión, con ciertas dificultades a la hora de su aplicación práctica.

En principio, existen *dos posibilidades* de llevar a cabo la *remisión al Derecho del Estado de la fuente*. La primera de ellas pasaría porque la Administración tributaria del Estado de la residencia procediera a realizar el cálculo del impuesto nocal de modo directo, es decir, aplicar directamente la normativa extranjera para determinar el importe a deducir. A primera vista, esta opción puede plantear serias dificultades de orden práctico, al obligar a la Administración tributaria de un determinado Estado a aplicar la legislación de un Estado distinto sin recurrir, en principio, a la colaboración con la Administración tributaria del Estado de la fuente.

La segunda opción, en cambio, desplazaría los costes hacia el obligado tributario. El obligado debería recabar de la Administración tributaria del Estado de la fuente una certificación que detallara el importe del impuesto no exigido como consecuencia del diferimiento. Esta opción parece ser por la que han optado países como Reino Unido o Irlanda a la hora de implementar la Directiva de Fusiones⁴⁶. Con todo, esta opción no deja de plantearnos serias dudas acerca de su practicabilidad y su conformidad con la propia Directiva.

En primer lugar, no deja de ser cuestionable el hecho de que una Administración tributaria se encuentre obligada a expedir una certificación de los impuestos no exigidos como consecuencia de la aplicación de un régimen de diferimiento. Del artículo 10.2 de la Directiva entendemos que no puede extraerse, en principio, ninguna obligación explícita, ni implícita para el Estado de situación del EP sobre este extremo⁴⁷. Por lo tanto, parece complicado que el contribuyente pueda cumplir el

⁴⁵ En efecto, en la medida en que las pérdidas que hubiera obtenido el EP previas a la transmisión sean compensadas, en las condiciones previstas en la normativa interna del Estado de la fuente, con las ganancias que afloraran al realizarse la aportación, se produce una reducción del importe del impuesto nocal a deducir en el Estado de la residencia. Esta reducción del impuesto nocal como consecuencia de la compensación de pérdidas permite que el Estado de la residencia pueda recapturar, en cierta medida, las pérdidas que hubiera permitido deducir en sede de la sociedad transmitente. De hecho, en el caso en que las legislaciones de ambos Estados fueran coincidentes, este mecanismo permitiría al Estado de la residencia verse resarcido por la compensación de pérdidas previas del EP que hubiera permitido en sede de la sociedad transmitente hasta el límite de las ganancias que se hubieran obtenido al realizar la operación.

⁴⁶ En relación con la normativa de Reino Unido, *vid.* IBFD (2003), Anexo 15 (Reino Unido), pág. 23. Sobre la transposición de la Directiva de Fusiones en Irlanda, nos remitimos a ERNST & YOUNG (2009), págs. 741-742.

⁴⁷ A pesar de la inexistencia de una obligación en este sentido en el artículo 10.2 de la Directiva de Fusiones de la que sea destinatario el Estado de situación del EP, cabría plantear la posibilidad de que del principio de cooperación leal del actual artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea se derivara una obligación implícita del Estado de la fuente. Sin embargo,

requisito impuesto por las normativas referidas. Además, aunque pudiera considerarse que el Estado de la fuente tenga la obligación de expedir la certificación del impuesto diferido, la legislación interna de los Estados referidos exigiría que dicho impuesto se calculara por el Estado de la fuente admitiendo la deducibilidad de las pérdidas anteriores y la aplicación de los beneficios fiscales que hubieran podido ser solicitados, en su caso, por el contribuyente ⁴⁸.

Ahora bien, entendemos que la posibilidad de vincular de modo exclusivo la aplicación del método de imputación conforme a lo previsto en el artículo 10.2 de la Directiva al hecho de que el contribuyente obtenga un certificado de la Administración tributaria del Estado de la fuente no puede considerarse conforme a la propia Directiva, al imponer un requisito no establecido en su articulado para acceder a los beneficios en ella contenidos ⁴⁹. Así cabría plantearse qué consecuencias tiene para el contribuyente la negativa del Estado de la fuente a expedir un certificado en que se señale el importe de un impuesto que, en aplicación de la propia Directiva no ha sido exigido, sino diferido ⁵⁰.

El último reproche que nos plantea esta opción de transposición de la Directiva de Fusiones viene desde el punto de vista del propio contribuyente. Uno de los principales argumentos a favor de la aplicación de los regímenes de diferimiento en las operaciones de reorganización viene del hecho de que *en estas operaciones no se pone de manifiesto liquidez*. Como consecuencia de ello, la exigencia del impuesto, que de otro modo se habría devengado, puede plantear problemas para las empresas que optan por reorganizar sus patrimonios al no llevar aparejada la operación una manifestación de liquidez. De conformidad con ello puede colegirse que la opción de hacer depender la deducción del impuesto nocial de la actuación de la Administración tributaria extranjera puede generar, en su caso, un problema de liquidez. Esto sucedería en aquellos casos en que para la deducción del impuesto nocial fuera necesario acreditar la cuantía de dicho impuesto mediante la exhibición de un certificado, pues mientras dicho certificado no fuera exhibido, en principio, parece que las ganancias patrimoniales que se habrían puesto de manifiesto serán objeto de gravamen por el Estado de la residencia sin que provisionalmente se aplicara ninguna medida que permitiera eliminar el solapamiento de gravámenes entre los Estados intervinientes.

Piénsese, por ejemplo, en el caso en que fuera España el Estado de situación del EP. Hay que destacar, como punto de partida, que la normativa actual no establece ningún procedimiento que pudiera dar lugar a la acreditación de los impuestos diferidos en aplicación de la Directiva de Fusiones, y cuya finalidad fuera que el contribuyente no residente acreditara tal importe ante la Administración

entendemos que es difícil plantear la cuestión en estos términos, pues, en principio, no nos encontramos ante un supuesto en que se obstaculiza el efecto útil de las disposiciones de Derecho comunitario derivado por el Estado de situación del EP, sino ante una norma de transposición adoptada unilateralmente por un Estado miembro. *Vid.* DIEZ-HOCHLEITNER y MARTÍNEZ CAPDEVILLA (2001), § 2, artículo 10.

⁴⁸ *Vid.* nota 46 anterior.

⁴⁹ *Vid.* IBFD (1995), pág. 50.

⁵⁰ Aparentemente en el caso de Reino Unido el problema se soluciona mediante la aplicación del Derecho del Estado de la fuente por parte de las autoridades nacionales. Así, cuando las autoridades del Estado de la fuente no expiden el certificado de impuestos diferidos, el contribuyente tiene la posibilidad de acudir a la *Board of Inland Revenue*, la cual procederá, en su caso, a la determinación del impuesto nocial mediante el recurso a la legislación del Estado de la fuente. Sobre ello, *vid.* TOMSETT (2008b), § 4.10.1.1.

tributaria de su Estado de residencia a efectos de la deducción del impuesto nocial. En cualquier caso, aunque dicho procedimiento existiera, es probable que el mismo conllevaría, *cuanto menos*, la realización de las operaciones de comprobación y valoración propias del procedimiento de comprobación limitada, cuya duración puede prolongarse hasta los seis meses desde su inicio ⁵¹. Esta circunstancia podría suponer para la sociedad transmitente el citado problema de liquidez cuando en su Estado de residencia fuera exigible el gravamen sobre las plusvalías generadas en la filialización del EP *antes* de que hubiera concluido el procedimiento en el Estado español para certificar el impuesto nocial.

Pues bien, en el caso de España, a diferencia de lo que ocurre en las normativas referidas anteriormente, la remisión a la legislación del Estado de la fuente no parece realizarse con la misma intensidad, acercándose a una mera comparación de los tipos de gravamen a efectos de determinar la cuantía del impuesto nocial. Esta conclusión, como veremos en el epígrafe 4.2, permite una mejor practicabilidad a la hora de aplicar esta previsión, aunque puede considerarse en alguno de sus extremos conflictiva con la propia Directiva de Fusiones y, en ocasiones, podría cuestionarse su eficacia a la hora de eliminar la doble imposición que se habría producido sobre las ganancias patrimoniales manifestadas al realizarse la operación.

4. LA FILIALIZACIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL MARCO DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

4.1. Consecuencias cuando *no es de aplicación* el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones

La normativa española del Impuesto sobre Sociedades (IS) contempla la posibilidad de aplicar para eliminar la doble imposición internacional tanto el método de exención como el de imputación. Cuando *no* resulta aplicable el régimen previsto en un CDI, el método que con carácter general prevé la LIS es el de *imputación en su modalidad ordinaria o limitada* (vid. art. 31 LIS) ⁵². La aplicación de este método requiere que el contribuyente del IS haya satisfecho *efectivamente* un impuesto en el extranjero por la obtención de una concreta renta.

Al mismo tiempo, la LIS contempla la posibilidad de optar por la aplicación del *método de exención*. Sin embargo, este método no se prevé para cualquier tipo de renta de fuente extranjera, sino solamente cuando se trata de las rentas mencionadas en los artículos 21 y 22 de la LIS. En particular, nos interesa aquí el artículo 22 de la LIS que regula una exención sobre las rentas obtenidas en el extranjero a través de un EP situado fuera del territorio español. Como ha señalado la propia Dirección General de Tributos (DGT), esta exención alcanza también a las ganancias derivadas de la ena-

⁵¹ Vid. artículo 104.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

⁵² En efecto, el artículo 31.1 de la LIS permite la deducción de los impuestos satisfechos pagados en el extranjero pero con el límite del «importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por las mencionadas rentas si se hubieran obtenido en territorio español».

jenación de un EP⁵³. La aplicación de la exención precisa que el EP cumpla una serie de requisitos, destacando especialmente el hecho de que el EP deba desarrollar actividades económicas⁵⁴. Asimismo, esta exención se articula como un derecho de opción del contribuyente con respecto al método general de imputación del artículo 31 de la LIS. Lógicamente, la aplicación de un método excluye la aplicación del otro, como recuerdan los artículos 21.3 c) y 22.4 de la LIS.

Pues bien, cuando un contribuyente del IS español transmite un EP en el marco de una operación de reorganización o cualquier otra de naturaleza similar, puede optar por aplicar el régimen especial de diferimiento que prevé la LIS en su Capítulo VIII (arts. 83 a 96 LIS). Es aquí donde el ordenamiento español implementa la Directiva de Fusiones⁵⁵. No obstante, la normativa española amplía el ámbito de aplicación de este régimen, en la medida en que resulta aplicable tanto si el EP está situado en un Estado de la UE como cuando se encuentra en un Estado tercero, si bien para este último caso la LIS supedita la aplicación del régimen especial a que el EP situado en un territorio tercero se transmita a favor de un entidad residente en España, esto es, la sociedad beneficiaria de la filialización del EP debe ser contribuyente del IS español⁵⁶. En consecuencia, el régimen de diferimiento no se aplica cuando el EP situado en el extranjero se transfiere a una sociedad no residente en la UE.

En cualquier caso, bien cuando el régimen especial no es aplicable, bien cuando el contribuyente no opte por él (art. 96 LIS), los métodos de exención e imputación de los artículos 22 y 31 de la LIS resultan aplicables, en principio, a cualquier operación de filialización de un EP cuando la sociedad transmitente reside en España y el EP de esta entidad española está situado en el extranjero.

El primer problema que plantea la aplicación de cualquiera de estos dos métodos es similar al analizado en el epígrafe 2 al hilo de los CDI. Se trata de comprobar si es posible aplicar los métodos para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia cuando el Estado de la fuente no grava efectivamente la operación de filialización del EP por la concesión de un régimen de diferimiento.

En efecto, *aunque se trata de una cuestión discutible*, sobre todo en el marco de la exención del artículo 22 de la LIS cuando con el Estado de situación del EP España ha celebrado un CDI⁵⁷, los

⁵³ En la Consulta de 26 de diciembre de 2003, n.º 2478/2003 (NFC018938), la DGT señala expresamente la posibilidad de aplicar el artículo 22 de la LIS a la renta positiva puesta de manifiesto por la enajenación de un EP. Debemos significar que la consulta se refiere al precepto equivalente del artículo 22 de la LIS en la normativa anterior, esto es, el artículo 20 ter de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

⁵⁴ En particular, el artículo 22.1 a) de la LIS exige que las rentas del EP procedan de la realización de actividades económicas en el extranjero. Este requisito se cumple cuando al menos el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio se corresponden con rentas empresariales obtenidas en el extranjero. Por otra parte, el artículo 22.1 b) de la LIS exige otros dos requisitos que afectan al territorio donde el EP está situado: dicho territorio no debe tener la condición de paraíso fiscal a los efectos de la normativa española y el EP debe estar gravado allí por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS español. Este último requisito *se considerará cumplido* cuando el EP está situado en un Estado con el que España tenga suscrito un CDI con cláusula de intercambio de información [vid. arts. 21.1 b) y 22.1 b) LIS].

⁵⁵ El carácter opcional de este régimen se deduce del artículo 96 de la LIS.

⁵⁶ Vid. las letras «b» y «d» del artículo 84.1 de la LIS.

⁵⁷ Respecto al método de exención del artículo 22 de la LIS entendemos que podría resultar aplicable en algunos casos –sobre todo cuando es aplicable un CDI–, a pesar de que no haya habido tributación efectiva en el Estado de la fuente. Y ello porque el artículo 22.1 b) de la LIS sólo exige que el EP haya sido gravado por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS. En la medida en que este requisito se considera cumplido cuando el territorio donde está ubicado el EP ha firmado con España un CDI con cláusula de intercambio de información, sería posible aplicar la exención del artículo 22 de la LIS a pesar

métodos de exención e imputación que prevé la LIS no resultarían en principio aplicables cuando el Estado de la fuente no ha gravado efectivamente la operación de enajenación del EP, a pesar de que tal ausencia de gravamen tenga su causa en un régimen de diferimiento. Por su parte, la renta puesta de manifiesto por la filialización del EP sí resultaría gravada en España como Estado de residencia de la sociedad transmitente, toda vez que esta entidad tendría que integrar en la base imponible del IS del periodo impositivo en el que transmite el EP una renta equivalente a la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos (EP) y su VC (*vid.* apartados 1 y 3 del art. 15 LIS). Evidentemente, si el Estado de la fuente hubiera gravado de manera efectiva la operación, resultarían aplicables en España, como Estado de residencia, tanto los métodos para eliminar la doble imposición internacional previstos en la LIS como, en su caso, los que deriven de la aplicación de un CDI ⁵⁸.

Por otra parte, la aplicación de los métodos previstos en los artículos 22 y 31 de la LIS requiere tener en cuenta otros extremos. La normativa española permite imputar en la base imponible del IS las pérdidas obtenidas a través de un EP situado en el extranjero, incluso cuando el método utilizado por el contribuyente del IS en relación con dicho EP es el método de exención del artículo 22 de la LIS ⁵⁹. No obstante, la aplicación de este método, cuando con anterioridad el contribuyente del IS se ha deducido las pérdidas obtenidas a través de un EP, exige (re)integrar o recapturar dichas pérdidas. Por ello, cuando existen rentas negativas del EP previamente imputadas en la base imponible del IS, la exención del artículo 22 de la LIS sólo se puede aplicar sobre el exceso. De hecho, este requisito, como se deriva del artículo 22.2 de la LIS, es aplicable tanto en el ámbito del método de exención como en el de imputación: «cuando en anteriores periodos impositivos el [EP] hubiera obtenido rentas negativas netas que se hubieran integrado en la base imponible de la entidad, la exención prevista en este artículo o la deducción a que se refiere el artículo 31 de esta ley sólo se aplicarán a las rentas positivas obtenidas con posterioridad a partir del momento en que superen la cuantía de dichas rentas negativas».

A la vista de lo anterior, se advierte que los métodos de exención e imputación de la LIS, cuando anteriormente se han imputado rentas negativas del EP, sólo se pueden aplicar sobre el exceso, esto es, sobre las rentas positivas generadas a través del mismo EP que superen la cuantía de las de carácter nega-

de que no se haya soportado tributación alguna en el Estado de la fuente por la aplicación de un régimen de diferimiento. De hecho, aunque en el marco del artículo 21 de la LIS, la DGT ha admitido la aplicación de la exención que ahí se establece aunque la sociedad participada no tributaba o apenas tributaba en el Estado donde residía. Y ello como consecuencia de que esa sociedad residía en un Estado que tenía un CDI con España con cláusula de intercambio de información. *Vid.* las Consultas de la DGT de 5 de abril de 2005, n.º V0565/2005 (NFC020760) y de 4 de diciembre de 2007, n.º V2613/2007 (NFC028019).

⁵⁸ De hecho en España se viene admitiendo la posibilidad de renunciar a la aplicación del método de imputación previsto en un CDI cuando se cumplen los requisitos de la exención del artículo 22 de la LIS. Aunque no pretendemos profundizar aquí sobre ello, debemos significar que esta posibilidad de inaplicar el régimen de un CDI en beneficio de lo establecido por el Derecho interno podría considerarse un incumplimiento del CDI. Asimismo, esta posibilidad puede distorsionar el equilibrio que en esta materia pretenden establecer los CDI. *Vid.* CALDERÓN (2005), págs. 988-995 y HORTALÀ (2007), págs. 711-712.

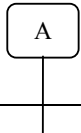
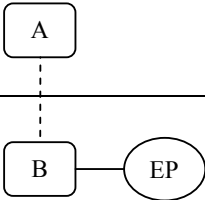
⁵⁹ Cuando se trata de aplicar el método de exención previsto en un CDI en relación con las rentas obtenidas a través de un EP, con carácter general no es posible compensar en el Estado de residencia las rentas negativas obtenidas a través del mismo, salvo que el CDI lo establezca expresamente, como sucede en los CDI celebrados por España con Bélgica (1970, art. 23.2) y los Países Bajos (1971, art. 25.5). A pesar de ello, las autoridades españolas han venido admitiendo la posibilidad de imputar las rentas negativas del EP si posteriormente, a la hora de aplicar el método de exención previsto en el CDI, las mismas se recapturaban. Para ello se ha exigido que se cumpliera lo previsto en el método de exención de la legislación española, aunque el CDI aplicable no estableciera la posibilidad de recapturar pérdidas. Sobre ello *vid.* CALDERÓN (1997), págs. 1.006-1.012.

tivo ya compensadas ⁶⁰. En suma, *la normativa española contempla una cláusula de recaptura de pérdidas (completa) que afecta por igual a ambos métodos para eliminar la doble imposición internacional.*

La razón de que se aplique a ambos métodos una cláusula de recaptura de pérdidas tiene por finalidad garantizar la de que funcionen de manera neutral ⁶¹.

A continuación pondremos una serie de ejemplos para explicar lo anterior.

CUADRO 3.

	Situación <i>antes</i> de la aportación	Situación <i>después</i> de la aportación
Estado de residencia (España)		
Estado de la fuente (Estado tercero ⁶²)		

EJEMPLO 1:

Partiendo de la base de que el VC del EP es 90 y su VM asciende a 125, la ganancia derivada de la enajenación del EP ascendería a 35. También partimos de la premisa de que previamente a la transmisión del EP dicho establecimiento hubiera generado rentas negativas por importe de 140 y que las mismas se han integrado en la base imponible del IS español de ejercicios anteriores de la sociedad transmitente, esto es, la entidad A conforme al esquema anterior. También, a los efectos de este ejemplo, partimos de la premisa que el Estado de la fuente considera que, en su territorio, se ha producido una renta positiva de igual cuantía (35) por la enajenación del EP.

En este caso, conforme a la normativa española, la entidad A tendría que tributar por la renta puesta de manifiesto por la enajenación del EP (35). Y ello con independencia de que el Estado de la fuente haya gravado o no la operación y de cuál fuera el método para eliminar la doble imposición que resultara aplicable. Nótese que tanto en aplicación del método de exención o imputación de la legislación española, tal y como están regulados, *ninguno sería aplicable en este caso* porque

⁶⁰ SERRANO (2007), pág. 31.

⁶¹ SERRANO (2007), pág. 32.

⁶² Podría tratarse también de un Estado de la UE cuando no se ha optado por el régimen especial que prevé la LIS en aplicación de la Directiva de Fusiones.

la renta derivada de la enajenación del EP (35) es inferior a las rentas negativas del EP previamente imputadas (140).

EJEMPLO 2:

Utilizamos los mismos datos del ejemplo anterior, si bien aquí el VM del EP sería 290. La ganancia ascendería, por lo tanto, a 200, al ser el VC 90.

La cláusula de recaptura de pérdidas prevista en el artículo 22.2 de la LIS obligaría a la entidad A a integrar en su base imponible del IS la cantidad de 140 –que son las rentas negativas previamente imputadas–. Por el exceso (60), esto es, la diferencia entre 140 y 200, se aplicarían los métodos de exención e imputación que prevé la LIS siempre y cuando la operación hubiera estado gravada efectivamente en el Estado de la fuente. No obstante, dichos métodos podrían resultar no aplicables si el Estado de la fuente no ha gravado la operación por aplicar un régimen de diferimiento⁶³.

En cualquier caso, antes de abordar las consecuencias de esta operación aplicando el régimen especial de la Directiva, tal y como lo recoge la LIS, debemos poner de manifiesto que el hecho de que también se aplique una cláusula de recaptura de pérdidas en el marco del método de imputación impide que el Estado de residencia pierda definitivamente la posibilidad de recapturar las pérdidas ya aplicadas⁶⁴. De lo contrario, esto es, *si no fuera posible tal recaptura*, el método de imputación podría resultar más favorable que el de exención, produciéndose, en cierto modo, un resultado asimétrico entre ambos métodos⁶⁵.

4.2. Consecuencias cuando se aplica el régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones

El artículo 92 de la LIS desarrolla el artículo 10 de la Directiva de Fusiones. Como hemos señalado en el epígrafe 3, este precepto de la Directiva es el que se refiere específicamente al régimen

⁶³ No obstante, si el EP estuviera situado en un país con el que España tiene un CDI con cláusula de intercambio de información se facilitaría la aplicación de la exención a pesar de no haber tributación efectiva en el Estado de la fuente.

⁶⁴ No obstante, si el Estado de la fuente ha tomado en cuenta, para calcular la renta puesta de manifiesto por la enajenación del EP, las rentas negativas previamente obtenidas por el mismo, es posible que se hubiera llegado a un resultado similar al que se deriva de la normativa española en su condición de Estado de residencia. Los propios Comentarios al artículo 24.3 del MC OCDE [paras. 40 c) y 40 d)] reconocen expresamente la posibilidad de que el Estado de la fuente, al calcular la renta derivada de la enajenación del EP, tenga en cuenta las rentas negativas anteriores en la medida en que no se hubieran ya compensado. En cualquier caso, para que el resultado fuera similar en ambos Estados, sería necesario que la renta negativa generada por el EP antes de su enajenación coincidiera tanto en el Estado de residencia como en el de la fuente. Es improbable que ello suceda, pues a pesar de ser el mismo EP y la misma renta, cada Estado determina dicha renta conforme a su propia normativa, por lo que no se asegura que el resultado sea el mismo.

⁶⁵ Nótese que, utilizando los mismos datos de los ejemplos anteriores, de no aplicarse la cláusula de recaptura de pérdidas, la entidad A, con el método de imputación, hubiera podido compensarse la renta negativa de 140 obtenida con carácter previo a la enajenación del EP y, al mismo tiempo, incluir la renta derivada de la enajenación del EP en la base imponible, pero deduciéndose el impuesto pagado en el extranjero *por la totalidad de la renta obtenida* y no sólo por el exceso sobre las rentas negativas del EP previamente aplicadas. Por el contrario, el método de exención sólo se habría aplicado sobre el exceso.

que el Estado de residencia de la sociedad transmitente tiene que aplicar, entre otras, a las operaciones de filialización de establecimientos permanentes.

Hasta la modificación que sufrió en 2006 dicho precepto, el método previsto por la LIS para tratar estas operaciones era el de exención. La aplicación de este método se complementaba con el establecimiento de una cláusula de recaptura de pérdidas, tal y como autoriza el apartado segundo del artículo 10.1 de la Directiva. Esta cláusula se caracterizaba porque si bien no establecía ningún *límite cuantitativo*, sí contemplaba un *límite de carácter temporal* (10 años) en relación con las pérdidas del EP que debían ser objeto de recaptura siempre y cuando se hubieran integrado *efectivamente* en la base imponible de la sociedad transmitente antes de la enajenación del EP ⁶⁶.

La modificación que sufrió en 2006 el artículo 92 no supuso la desaparición del método de exención. No obstante, haciendo uso de la posibilidad que contempla el artículo 10.2 de la Directiva, se aprovechó la ocasión para introducir también el método de imputación. Como tendremos ocasión de ver aquí, el resultado de esta modificación, en la que conviven los métodos de exención e imputación, es un régimen bastante más complejo que el que existía con anterioridad, si bien el mismo está estructurado de tal modo con el fin de que funcione de la manera más neutral posible, tanto cuando el Estado de la fuente aplica un régimen de diferimiento como cuando ese Estado grava efectivamente la operación de filialización del EP ⁶⁷.

En virtud del artículo 92 de la LIS, la ganancia puesta de manifiesto por la enajenación del EP está exenta siempre que cumpla los requisitos del artículo 22 de la misma norma. Dicho precepto es el que, como hemos visto, establece una exención sobre las rentas obtenidas a través de un EP situado en el extranjero. Asimismo, el artículo 92 de la LIS, en consonancia con el artículo 10.1 de la Directiva, establece una cláusula de recaptura de pérdidas, que afecta a las rentas negativas derivadas del EP, en la medida en que se hubieran integrado en la base imponible del IS de la sociedad transmitente y no se hubieran recuperado, en todo o en parte, con cargo a rentas positivas del EP producidas antes de su enajenación. El artículo 92 de la LIS *no prevé ningún límite temporal respecto a las rentas negativas del EP que hay que computar*, por lo que habrá que tener en cuenta *las que se hubieran producido e imputado* (y no se hayan recuperado) *a lo largo de toda la vida del EP*. No obstante, el artículo 92 de la LIS fija un límite cuantitativo: el importe de las rentas negativas objeto de recaptura nunca podrá superar «el límite de la renta positiva derivada de la transmisión del [EP]».

⁶⁶ El artículo 92 de la LIS, antes de su modificación en 2006 por la Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales, señalaba lo siguiente: «cuando se transmita un [EP] la base imponible de las entidades transmitentes residentes en territorio español se incrementará en el importe del exceso de las pérdidas sobre los beneficios imputados por el [EP] en los 10 ejercicios anteriores». Hasta el año 2000 dicho precepto tenía una redacción similar, si bien el límite temporal era de siete años. Al no contemplar la LIS ningún límite cuantitativo para la cláusula de recaptura de pérdidas, a salvo del límite de carácter temporal señalado, era perfectamente posible que la ganancia derivada de la enajenación del EP fuera inferior al importe de las rentas negativas aplicadas del EP que debían ser reintegradas en la base imponible de la sociedad transmitente. Como consecuencia de ello, era posible que hubiera que realizar un ajuste positivo en la base imponible de la sociedad transmitente, en el ejercicio en que filializa el EP, superior al importe de la ganancia obtenida. Esta situación fue criticada por la doctrina porque no favorecía que el régimen fuera neutral, y eso explica, como veremos ahora, que en la actualidad la LIS no contemple ningún límite temporal pero sí un límite cuantitativo a la obligación de recapturar las pérdidas, que coincide precisamente con el importe de la ganancia obtenida por la enajenación del EP. *Vid.* al respecto LÓPEZ-SANTACRUZ y ORTEGA (2009), NM 4.312.1 y ss.

⁶⁷ MENÉNDEZ (2006b), pág. 56.

En consecuencia, cuando se aplica el método de exención, aunque la renta positiva derivada de la enajenación del EP está exenta, la sociedad transmitente tiene que soportar las consecuencias derivadas de la cláusula de recaptura de pérdidas del artículo 92 de la LIS, lo cual supone en la práctica que la renta positiva derivada de la enajenación del EP «materialmente tributa», ya que procederá realizar un ajuste extracontable de signo positivo por el importe de las pérdidas que sean objeto de recaptura⁶⁸. O dicho de otro modo, la recaptura de pérdidas se articula aplicando el ajuste positivo sobre la base imponible, derivado de los artículos 22 y 92 de la LIS, *pero sólo hasta el límite de las pérdidas* que vayan a ser recuperadas por el Estado español, no produciéndose ajuste alguno por el exceso de ganancias estimadas sobre las pérdidas. Evidentemente, cuando no existieran pérdidas previas que hubieran sido compensadas y no reintegradas en años anteriores, sería innecesario practicar ajuste alguno, ni positivo ni negativo, en la base imponible del IS, ya que el efecto de la exención sería equivalente a las reglas de mantenimiento del VC derivadas de la nueva normativa contable. En suma, cuando sea aplicable la recaptura de pérdidas en el marco del método de exención será necesario realizar un ajuste, bien por parte del importe de las ganancias manifestadas, cuando las pérdidas a recuperar sean inferiores a la ganancia obtenida, bien por el total de las ganancias, cuando las pérdidas sean iguales o superiores al importe de la ganancia derivada de la transmisión⁶⁹.

Pues bien, hay que poner de relieve que las consecuencias que se derivan del artículo 92 de la LIS son exactamente las mismas que las que concurren en el marco del artículo 22 de la LIS: la aplicación de la exención sólo sobre la parte de la renta positiva que excede las rentas negativas, previamente imputadas, que prevé el artículo 92 de la LIS, tiene los mismos efectos que lo dispuesto en el artículo 22.2 de la LIS: «cuando en anteriores periodos impositivos el [EP] hubiera obtenido rentas negativas netas que se hubieran integrado en la base imponible de la entidad, la exención prevista [...] sólo se aplicarán a las rentas positivas obtenidas con posterioridad a partir del momento en que superen la cuantía de dichas rentas negativas». Por lo tanto, la aplicación del artículo 92 de la LIS *no mejora sustancialmente* la exención que prevé con carácter general el artículo 22 de la LIS.

El segundo párrafo del artículo 92 de la LIS prevé el método de imputación. Como hemos visto, este precepto supedita la aplicación del método de exención al cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 22 de la LIS. Cuando la renta (positiva) derivada de la enajenación del EP *no cumple* los requisitos de ese precepto, el artículo 92 de la LIS dispone que la operación se tratará conforme al método de imputación⁷⁰. En particular se señala lo siguiente:

⁶⁸ Entendemos que en estos casos sería aplicable la norma 21.2 del Plan General de Contabilidad en lo referido a aportaciones no dinerarias de negocio. Consecuentemente, no se reconocería beneficio contable por la operación, registrándose las participaciones recibidas conforme al VC del negocio (el EP). *Id.* SANZ GADEA (2009), pág. 140. De no ser aplicable esta norma, en la contabilidad deberá reconocerse beneficio (o pérdida) por la diferencia entre el VC y el valor razonable de los elementos aportados, lo cual determinaría, en el marco de la aplicación de la exención del artículo 92 de la LIS, que debiera realizarse un ajuste negativo a efectos de reflejar la aplicación del método de exención. Tal ajuste procedería *cuando no existieran pérdidas a recapturar*, en cuyo caso el ajuste se practicaría por el importe total de la ganancia exenta, o cuando aquéllas fueran inferiores al importe de la ganancia, en cuyo caso se realizaría el ajuste únicamente por la cuantía del exceso.

⁶⁹ El artículo 92 de la LIS, en su redacción anterior al 2006, al no establecer ningún límite cuantitativo a la cláusula de recaptura de pérdidas, podría implicar la obligación de practicar un ajuste positivo superior al referido. En efecto, al no establecerse como límite para la recaptura de pérdidas el importe de las ganancias obtenidas, el ajuste positivo procedería por el importe total de las pérdidas que se hubieran deducido y no reintegrado dentro de los límites temporales establecidos (*vid.* nota 66 anterior).

⁷⁰ MENÉNDEZ (2006b), págs. 54-56.

«[si la renta positiva derivada de la enajenación del EP] no cumple los requisitos establecidos en el [art. 22 LIS], el importe de la renta que supere el referido exceso se integrará en la base imponible de las entidades transmitentes, sin perjuicio de que se pueda deducir de la cuota íntegra el impuesto que, de no ser por las disposiciones de la [Directiva de Fusiones], hubiera gravado esa misma renta integrada en la base imponible, en el Estado miembro en que esté situado dicho [EP], con el límite del importe de la cuota íntegra correspondiente a esta renta integrada en la base imponible.»

Como se puede observar, lo que regula realmente aquí el artículo 92 de la LIS es la deducción del *impuesto nicional* derivado del artículo 10.2 de la Directiva, habida cuenta que es claro que el método de imputación del artículo 31 de la LIS no sería aplicable cuando el Estado de la fuente, esto es, donde se encuentra el EP que se filializa, no exige impuesto alguno por la aplicación de un régimen de diferimiento. En efecto, como hemos visto en el epígrafe 4.1, el artículo 31 de la LIS sólo resultaría aplicable si se ha satisfecho efectivamente un impuesto en el Estado de la fuente como consecuencia de la operación de filialización del EP.

El primer aspecto que hay que destacar del método de imputación que prevé el artículo 92 de la LIS es que establece una cláusula de recaptura de pérdidas, al igual que el método de imputación previsto, con carácter general, en el artículo 31 de la LIS. En efecto, aunque formalmente no se prevé dicha cláusula, materialmente se producen los mismos efectos, toda vez que el artículo 22.2 de la LIS establece que sólo se podrá practicar la deducción por doble imposición internacional del artículo 31 de la LIS sobre las rentas positivas que superen, en su caso, las rentas negativas netas procedentes de periodos impositivos anteriores de un EP que se hubieran integrado en la base imponible de la entidad. Al igual que sucedía en el ámbito del método de exención, la cláusula de recaptura de pérdidas implicará un ajuste en la base imponible, toda vez que la renta positiva derivada de la enajenación del EP no estará incluida en el resultado contable de la sociedad transmitente⁷¹. Evidentemente, al tratarse del método de imputación, no habrá que realizar ajuste negativo alguno sobre el resultado contable, todo ello sin perjuicio de que lo que proceda aquí es practicar la deducción en cuota que corresponda.

Pues bien, en consonancia con lo anterior, el artículo 92 de la LIS señala que la sociedad transmitente podrá deducirse el impuesto nicional, pero el mismo no se calculará sobre la totalidad de la renta positiva incluida en el resultado contable, sino sólo sobre la parte de dicha renta que exceda las rentas negativas del EP previamente aplicadas. Pues bien, como posteriormente veremos, el artículo 92 de la LIS, además de reconocerse la deducción del impuesto nicional sólo sobre dicho exceso, limita esta deducción en los mismos términos que lo hace el método de imputación ordinaria. En efecto, el importe del impuesto nicional –calculado sólo sobre el exceso– que puede deducirse de la cuota no puede ser superior a la parte de cuota del IS correspondiente a esa renta [*vid.* arts. 31.1 b) y 92 LIS].

En nuestra opinión, la regulación de la deducción del impuesto nicional que realiza el artículo 92 de la LIS plantea un buen número de interrogantes.

En primer lugar, hay que llamar la atención sobre que la deducción del impuesto nicional sólo es aplicable sobre la parte de la renta positiva derivada de la enajenación del EP que exceda, si es que se

⁷¹ Estas consideraciones se realizan partiendo de que es de aplicación la regla de continuidad valorativa prevista en la norma 21.2.2 del Plan General de Contabilidad (*vid.* nota 68 anterior).

han producido, las rentas negativas previamente compensadas del tal EP⁷². Evidentemente, si la renta positiva es inferior al importe de las rentas negativas, no podría deducirse impuesto nocial alguno.

Este régimen puede resultar especialmente conflictivo, porque la LIS se está refiriendo a la renta *calculada conforme la normativa española*. Como consecuencia de ello, la doble imposición que se produce en estos casos sólo se eliminaría completamente si conforme a la normativa del Estado de la fuente, en caso de haberse gravado efectivamente la operación, la renta del EP que se hubiera sometido a gravamen coincide en cuantía con la renta sobre la que España como Estado de residencia admite la aplicación de la deducción del impuesto nocial. Lógicamente, en la medida en que la normativa sobre imposición de la renta no está armonizada, ni siquiera en el contexto de la UE, es perfectamente posible, incluso muy probable, que dicha coincidencia no se produzca en la realidad, pudiéndose ser múltiples motivos los que expliquen este fenómeno. Si no se produce esta premisa, es posible que no se elimine completamente la doble imposición, sobre todo cuando la renta sobre la que se puede aplicar en España como Estado de residencia el impuesto nocial es inferior en cuantía a la determinada conforme a la normativa del Estado de la fuente. Sin embargo, las circunstancias anteriores no son suficientes para considerar que el artículo 92 de la LIS incumple la Directiva, porque el mismo problema se hubiera producido de no resultar aplicable. En efecto, la renta determinada conforme a la normativa del Estado de residencia, al ser distinta, no tiene por qué coincidir con la resultante a la luz del ordenamiento del Estado de la fuente.

En todo caso, el hecho es que *la normativa española sólo reconoce la aplicación del impuesto nocial sobre el exceso*. El cálculo del impuesto nocial que se puede deducir se realizaría, dada la dicción del artículo 92 de la LIS, tomando como punto de partida la renta determinada conforme a la normativa española, a la que se aplicaría el tipo de gravamen del Estado de la fuente y se compararía con el de España como Estado de residencia, para comprobar si se rebasa o no el límite inherente al método de imputación ordinaria⁷³. Cuando el tipo de gravamen del Estado de la fuente sea mayor que el español, tampoco se reconocería la posibilidad de deducir cuantía alguna por la diferencia.

La normativa española, por lo tanto, recoge a la hora de calcular el impuesto nocial una solución intermedia si se compara con la *remisión completa* al ordenamiento del Estado de la fuente que han hecho algunos Estados de la UE al desarrollar el artículo 10.2 de la Directiva. Se trata de una *remisión limitada o parcial*, pues la renta se calcula conforme a la normativa española, si bien el importe de la deducción se determina aplicando el tipo de gravamen del Estado de la fuente en comparación con el previsto en la normativa española. Este sistema facilita indudablemente a la Administración tributaria (española) la comprobación de si se ha aplicado correctamente la deducción del impuesto nocial. Los contribuyentes también salen beneficiados por este sistema de remisión incompleta, pues evitan los problemas de liquidez que se pueden plantear cuando la legislación de un Estado de la UE condiciona la deducción del impuesto nocial a que su importe sea certificado por la Administración del Estado de la fuente. Y ello porque puede dificultar seriamente la práctica de la deducción, bien porque el Estado de la fuente se niegue a emitir la certificación, bien

⁷² ALGUACIL (2006), pág. 66.

⁷³ MARTÍNEZ (2007), págs. 27-31. Debemos significar que este trabajo se refiere formalmente a la normativa alavesa, si bien la misma materialmente coincide con el régimen previsto en la LIS.

porque pueda necesitarse mucho tiempo para obtenerla, especialmente cuando el Estado de la fuente quiera comprobar previamente la situación tributaria del EP antes de comunicar cuál hubiera sido el impuesto que hubiera gravado la operación de filialización.

No obstante, a pesar de las ventajas señaladas, la remisión parcial al ordenamiento del Estado de la fuente que prevé la normativa española puede resultar problemática cuando nos encontramos ante una operación de filialización en la que *el Estado de la fuente ha certificado expresamente cuál hubiera sido el impuesto que se hubiera pagado de no aplicarse el régimen de diferimiento*. Cuando ello tenga lugar, podrían darse hasta tres situaciones posibles.

La primera sería la más sencilla de resolver: no se han aplicado rentas negativas del EP en España como Estado de residencia. Si es así, simplemente habría que comparar la cuota del IS derivada de la integración en la base imponible de la renta positiva derivada de la enajenación del EP con el impuesto (nacional) que se hubiera pagado en el Estado de la fuente de no haber diferimiento.

La segunda situación sería cuando las rentas negativas que se recapturan son superiores a la renta positiva obtenida por la enajenación del EP. Aquí el artículo 92 de la LIS no permite en ningún caso la deducción del impuesto nacional, porque el mismo sólo se prevé sobre la parte de la renta positiva que excede de las pérdidas que se recapturan. *Si no hay exceso no hay crédito nacional*. En esta situación, no sería posible deducir impuesto nacional alguno en el IS español ni siquiera cuando el contribuyente tuviera en su poder un certificado emitido por el Estado de la fuente en el que se acredita la obligación de haber pagado un impuesto (y su cuantía) de no haber habido diferimiento. Pues bien, incluso en estos casos consideramos que la LIS tampoco sería contraria a la Directiva, pues la misma situación se hubiera dado en ausencia de Directiva o de la aplicación en el Estado de la fuente de un régimen de diferimiento ⁷⁴.

La tercera situación se produce cuando conforme a la LIS sí cabe calcular el impuesto nacional sobre la diferencia de la renta positiva que excede las rentas negativas aplicadas y, al mismo tiempo, al igual que en el caso anterior, el contribuyente cuenta con un certificado del Estado de la fuente del impuesto nacional. Esta tercera situación plantea dos tipos de preguntas.

La primera sería si la Administración tributaria española tendría obligación de calcular de nuevo el impuesto nacional a la vista del certificado del Estado de la fuente. En nuestra opinión esta obligación existe siempre que el impuesto nacional que consta en el certificado es inferior a la cuota del IS que procede pagar por la renta sobre la que la LIS reconoce la aplicación del impuesto nacional ⁷⁵. Sin embargo, dicha obligación no existiría si el impuesto nacional que consta en el cer-

⁷⁴ Esta conclusión no deja de ser sorprendente, pues determina que la configuración que el Estado de residencia de la sociedad transmitente haya hecho del método de imputación pueda conducir a la exclusión de la posibilidad de deducir el impuesto nacional. Como resultado, la previsión del artículo 10.2 de la Directiva de Fusiones puede verse limitada por la propia normativa interna del Estado de la residencia en lo que se refiere a la posibilidad de reintegrar pérdidas al aplicar el método de imputación.

⁷⁵ Entendemos que esta situación es, en cierta medida, análoga a la que acontece cuando el método de imputación se aplica siguiendo el criterio de devengo y existe divergencia entre el impuesto devengado y el efectivamente satisfecho. Como consecuencia de la divergencia en estos importes, la deducción calculada conforme al primer criterio tendría carácter provisional. Sobre ello, *vid.* CALDERÓN (1997), págs. 218-223.

tificado es superior a la cuota de IS generada por dicha renta, toda vez que sólo sería deducible un impuesto igual a este último, pues la regulación española del impuesto nocial se somete al mismo límite que el método de imputación ordinaria.

La segunda pregunta es qué sucedería si el Estado de la fuente hubiera tenido en cuenta también las rentas negativas por el EP para calcular (y certificar) el impuesto que se hubiera exigido de no haberse aplicado a su enajenación un régimen de diferimiento. Cuando ello sea así, la propia configuración de la cláusula de recaptura de pérdidas que establece el artículo 92 de la LIS podría conducir a una doble recaptura de pérdidas: primero por España como Estado de residencia al sólo reconocer el impuesto nocial por el exceso y, segundo, por el Estado de la fuente a la hora de calcular el impuesto nocial. Sin duda alguna, no parece que la mejor solución en el marco de la Directiva sea permitir que puedan recapturarse dos veces las mismas pérdidas, por lo que una solución pasaría, por ejemplo, porque alguno de los dos Estados no las tuviera en cuenta. Así, por ejemplo, el Estado de la fuente podría calcular el impuesto nocial sin tener en cuenta las pérdidas del EP.

A continuación pondremos algunos ejemplos sobre cómo funciona esta operación cuando es aplicable el artículo 92 de la Directiva:

CUADRO 4.

	Situación antes de la aportación	Situación después de la aportación
Estado de residencia (España)	A	A
Estado de la fuente (Estado miembro)	EP	B EP

EJEMPLO 3:

Partiendo de la base de que el VC del EP es 90 y su VM asciende a 125, la ganancia derivada de la enajenación del EP ascendería a 35. También partimos de la premisa de que antes de la transmisión del EP dicho establecimiento hubiera generado rentas negativas por importe de 140 y que las mismas se han integrado en la base imponible del IS español de ejercicios anteriores de la sociedad transmitente, esto es, la entidad A conforme al esquema anterior. También, a los efectos de este ejemplo, partimos de la premisa de que el Estado de la fuente considera que, en su territorio, se ha producido una renta positiva de igual cuantía (35) por la enajenación del EP.

Por la aplicación de la Directiva el Estado de la fuente reconoce un régimen de diferimiento. El Estado de residencia, de ser España, recapturaría las pérdidas en virtud del artículo 92 de la LIS, si bien con el límite de la renta positiva producida (35). Si se compara este resultado con el del ejemplo 1 del epígrafe anterior (4.1), se advierte que el resultado que se deriva de la aplicación de la Directiva es exactamente el mismo al que se desprende del régimen general de la LIS, por lo menos cuando se trata de la tributación en el Estado de residencia y este Estado es España ⁷⁶.

EJEMPLO 4:

Utilizamos los mismos datos del ejemplo anterior, si bien aquí el VM del EP sería 290. La ganancia ascendería, por lo tanto, a 200, al ser el VC 90.

La sociedad transmitente tendría aquí que incluir la renta negativa ya aplicada por el EP, que asciende a 140. La diferencia (60) entre dicha renta negativa (140) y la ganancia (200), de no cumplirse los requisitos de la exención del artículo 22 de la LIS, sería sobre la que se calcularía la deducción del impuesto nocial en los términos del artículo 92 de la LIS. Pues bien, si conforme a la *normativa del Estado de la fuente* la renta positiva puesta de manifiesto por la operación fuera inferior, por ejemplo, a la rentas negativas del EP objeto de recaptura (140), podría alegarse que no es posible admitir en el Estado de residencia la deducción de impuesto nocial alguno, en la medida en que en el Estado de la fuente tampoco habría gravado efectivamente la operación, en ausencia de un régimen de diferimiento. Esta posición, sin embargo, no parece ser conforme a la Directiva.

En nuestra opinión, el artículo 92 de la LIS, que transpone el artículo 10.2 de la Directiva, debería interpretarse del modo siguiente. Como se ha dicho, la normativa española establece un sistema de remisión parcial a la legislación del Estado de la fuente, lo cual implica que la renta sobre la que se aplica el impuesto nocial se calcula conforme al Derecho español, y a efectos de la cuantificación de la deducción se aplica el tipo de gravamen del Estado de la fuente, que se compara con el tipo de gravamen del IS español. Sólo si el tipo de gravamen del Estado de la fuente es superior

⁷⁶ No obstante, entre el régimen general (arts. 15.3 y 22 LIS) y el especial derivado de la Directiva sí pueden producirse consecuencias significativas respecto a la valoración de las participaciones recibidas por la sociedad que transmite el EP. La sociedad transmitente, si realiza la operación en el marco de la Directiva, la LIS le obliga a valorar dichas participaciones por el valor histórico del EP (art. 85 LIS) y no por el VM cuando se filializó. Cuando no se acude al régimen especial se atribuiría a las participaciones el VM del EP en el momento de su aportación (art. 15.3 LIS), además de que sería posible aplicar a una futura transmisión de las participaciones la exención del artículo 21 de la LIS, circunstancia que no sería posible si la operación se hubiera acogido al régimen especial (art. 21.2 LIS). En particular, este requisito de valoración de las participaciones que exige la LIS cuando se acude al régimen especial podría ser considerado que no es conforme a la Directiva, como se ha señalado, por ejemplo, en IBFD (1995), pág. 51. No obstante, hay que remarcar que esta situación es distinta a la que se enjuicia por el TJCE en su Sentencia de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07 (NCJ047302), *A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*. Al ser así, entendemos que los razonamientos de este pronunciamiento no son trasladables a la normativa española. En efecto, aquí se enjuiciaba la normativa alemana que obligaba a valorar las participaciones recibidas por la sociedad transmitente por su valor histórico, a pesar de que en este caso Alemania, por la naturaleza de la operación, no tenía posibilidad alguna de gravar la renta generada cuando dichas participaciones se transmitieran en un momento posterior —en particular aquí era aplicable el CDI de 1959 entre Alemania y Francia, art. 7—. El caso que estamos enjuiciando es diferente, porque España como Estado de residencia de la sociedad transmitente puede gravar la posterior enajenación de las participaciones recibidas a resultas de la filialización del EP.

al español (30%, con carácter general, como es sabido), no se reconoce la deducción de la diferencia. En caso de ser inferior o igual se permite la deducción en la cuota del IS del resultado de aplicar el tipo de gravamen del Estado de la fuente sobre la renta que el artículo 92 de la LIS reconoce el derecho a aplicar el impuesto nocial. Como hemos visto, dicha renta puede verse limitada por el importe de las rentas negativas del EP previamente imputadas. En cualquier caso, la deducción del impuesto nocial, tal y como la regula el artículo 92 de la LIS, se aplica con independencia de que exista o no un certificado emitido por la Administración del Estado de la fuente sobre este extremo. Por este motivo, aunque la ganancia determinada en el Estado de la fuente fuera inferior a las rentas negativas previas del EP, la deducción del impuesto nocial que establece el artículo 92 de la LIS se aplicaría en todo caso, aunque sobre la diferencia, si conforme a la normativa española la renta positiva derivada de la enajenación del EP es mayor que las pérdidas del EP ya imputadas.

5. CONCLUSIONES

La concesión en el Estado de la fuente, en el caso de la filialización de un EP u otras operaciones de reorganización, de un régimen de diferimiento puede generar supuestos de doble imposición *económica* internacional, especialmente cuando el Estado de residencia no aplica los métodos para eliminar la doble imposición internacional como consecuencia de que en el Estado de la fuente no se ha producido una tributación efectiva de la operación. Ello ocurre cuando es aplicable en el Estado de residencia el método de imputación y también cuando se contempla el método de exención, en la medida en que su aplicación esté supeditada a que la operación haya tributado efectivamente en el Estado de la fuente. Con carácter general, estos problemas no suelen poder resolverse a la luz de los métodos para eliminar la doble imposición que prevén los CDI que siguen el MC OCDE.

La Directiva de Fusiones establece algunas medidas para evitar la situación anterior. Con carácter general, la Directiva obliga al Estado de residencia de la sociedad transmitente a declarar exenta la operación, aunque no se haya gravado efectivamente la operación en el Estado de la fuente. Paralelamente la Directiva autoriza la aplicación del método de imputación, lo que obliga al Estado de residencia a permitir la deducción de un impuesto ficticio o nocial, que consiste precisamente en el impuesto que se hubiera pagado en el Estado de la fuente de no haber sido aplicable el régimen de diferimiento. En principio, estas medidas que se derivan de la Directiva son adecuadas y contribuyen a eliminar la doble imposición económica sin imponer, al mismo tiempo, obligaciones demasiado onerosas a la sociedad transmitente en el Estado donde tiene su residencia. Es más, el régimen contemplado de la Directiva podría ser útil también para tratar esta cuestión en el marco del MC OCDE.

No obstante, la Directiva de Fusiones cuenta también con algunos puntos débiles, entre los que destaca la regulación que hace del método de imputación y la deducción del impuesto nocial. Como hemos visto en los epígrafes anteriores, su determinación y aplicación en la práctica es ciertamente compleja, incluso en el contexto europeo. El principal problema deriva de cómo debe calcularse el impuesto nocial que el Estado de residencia debe permitir a la sociedad transmitente deducirse en su impuesto sobre la renta (IS). La Directiva no establece criterios claros para su deter-

minación. Además, la colaboración que en esta materia puedan realizar los Estados miembros de la UE no parece ser suficiente para resolver este extremo.

En este sentido, algunos Estados miembros, para determinar el impuesto nocial que se deriva del artículo 10.2 de la Directiva, han realizando una *remisión completa* a la legislación del Estado de la fuente. Ello exige a la sociedad transmitente, que quiere deducirse el impuesto nocial en el Estado de residencia, comprobar cuál es el impuesto que el Estado de la fuente hubiera exigido de no aplicar un régimen de diferimiento a la filialización del EP.

Lamentablemente, en el momento actual no existe en esta materia un nivel de colaboración lo suficientemente ágil e intenso entre los Estados miembros de la UE que garantice a la sociedad transmitente la obtención, con cierta celeridad, de un certificado del Estado de la fuente comunicándole la cuantía del impuesto que se hubiera exigido en ausencia de diferimiento. Como consecuencia de ello, las entidades que realicen estas operaciones pueden sufrir situaciones de falta de liquidez nada despreciables, en la medida en que hasta que el Estado de la fuente no calcule el impuesto nocial y se lo certifique al Estado de residencia no podrán deducirse dicho impuesto en el IS de este último Estado. Es más, en muchos casos, aunque el Estado de la fuente esté dispuesto a realizar esta labor con la mayor celeridad posible, la fuerza de la realidad puede que lo impida, pues en un buen número de ocasiones ello puede requerir una previa comprobación de las obligaciones tributarias del EP que se filializa, la cual puede precisar un cierto tiempo. En este contexto, el hecho de que a una operación concreta sea aplicable un CDI no supone realmente una solución a este problema, pues los mecanismos de colaboración que prevén estos instrumentos internacionales tampoco garantizan que el Estado de la fuente calcule y certifique el impuesto nocial con cierta celeridad.

En este contexto, la solución (remisión) intermedia que prevé la legislación española, aunque no es la más correcta desde un punto de vista técnico, tiene la virtud de ser practicable. Y ello porque cuando España actúa como Estado de residencia la renta sobre la que se determina el impuesto nocial se efectúa conforme a la normativa española. Sobre dicha renta, a efectos de calcular la cuantía de la deducción, se aplica el tipo de gravamen del Estado de la fuente, siempre que no exceda del tipo de gravamen del IS español. La solución del legislador español, no obstante, no resuelve otro tipo de problemas, como es el hecho de que el impuesto nocial calculado conforme a la normativa española puede que no coincida con el que se hubiera derivado de aplicar en bloque, como sucede en otros países de la UE, la normativa del Estado de la fuente. Adicionalmente, puede provocar que se produzcan situaciones de doble recaptura de las rentas negativas previamente imputadas del EP antes de su enajenación: por un lado, la propia recaptura que establece el artículo 92 de la LIS y, por otro lado, la que en su caso pueda hacer el Estado de la fuente al determinar el impuesto nocial, en el caso de tener en cuenta también a tal efecto las rentas negativas previas del EP.

Bibliografía

- AA.VV. [1993]: *The Merger Directive: Practical Tax Issues*, IBFD Publications, Ámsterdam.
- ALGUACIL MARI, P. [2006]: «La nueva Directiva de fusiones y su transposición al Derecho interno», *Fiscal Mes a Mes*, n.º 120-121.
- ALONSO GONZÁLEZ, L.M. [2002]: «El régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial: diferimiento del Impuesto sobre Sociedades», en *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n.º 1 y 2.
- AVI-YONAH, R.S, RING, D.M. y BRAUNER, Y. [2005]: *U.S. International Taxation. Cases and materials*, Foundation Press, Nueva York.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. [1997]: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw-Hill, Madrid.
- [2005]: «Los métodos para eliminar la doble imposición», en RUIZ GARCÍA y CALDERÓN CARRERO (eds.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2008]: «La Directiva de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros», en CARMONA (ed.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia.
- COOKLIN, J. [2009]: «The European Mergers Tax Directive: Partial Divisions and Mergers», *British Tax Review*, n.º 1.
- DIEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C. [2001]: *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid.
- ERNST & YOUNG [2009]: *Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC (The Merger Directive, as amended)*, Comisión Europea, disponible en <http://ec.europa.eu>.
- GIL DEL CAMPO, M. [2005]: «Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores», en AA.VV., *Los regímenes especiales del Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Valencia.
- HELMINEN, M. [2009]: *EU tax law: direct taxation*, IBFD, Ámsterdam.
- HOFSTÄTTER, M. y HOHENWATTER, D. [2008]: «The Merger Directive», en LANG, PISTONE, SCHUCH y STARINGER (eds.), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, Linde, Viena.
- HORTALÀ I VALLVÉ, J. [2007]: *Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición*, Aranzadi, Cizur Menor.
- IBFD [1995]: *Survey of the Implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Ámsterdam.
- [2003]: *Survey on the Societas Europaea*, Comisión Europea, disponible en <http://ec.europa.eu>.
- LARKING, B. [1992]: «Permanent Confusion? The Role of the permanent Establishment in the Merger Directive», *European Taxation*, n.º 9.
- LÓPEZ IRANZO, F. [1992]: «La neutralidad fiscal en la nueva ley de las fusiones y escisiones de empresas», *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, vol. II.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. [2005]: «Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales», *Crónica Tributaria*, n.º 116.

- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. y ORTEGA CARBALLO, D. [2009]: *Reorganizaciones empresariales (Fusiones) 2009-2010*, Francis Lefebvre, Madrid.
- MARTÍNEZ ALONSO, J.I. [2007]: «Reforma del régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración empresarial», *Forum Fiscal de Álava*, n.º 8.
- MENÉNDEZ GARCÍA, G. [2006a]: «El régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», en RODRÍGUEZ ONDANZA (dir.), *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- [2006b]: «Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 25/2006, de 17 de julio, en el régimen tributario especial de las operaciones de reestructuración empresarial», *Nueva Fiscalidad*, n.º 8.
- NAVARRO EGEA, M. [1997]: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. Fusión y escisión*, Marcial Pons, Madrid.
- PALAO TABOADA, C. [2005]: «La modificación de la Directiva de fusiones», *RCyT. CEF*, n.º 268.
- RAVENTÓS CALVO, S. [2007]: «La reestructuración empresarial como instrumento de planificación fiscal internacional», en SERRANO ANTÓN (ed.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid.
- RUSSO, R. [2006]: «Partnerships and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives», *European Taxation*, n.º 10.
- SACCARDO, N. [2003]: «Art. 24(3) of the OECD Model Convention: the significance of the expression "taxation on a permanent establishment" in cross-border reorganizations», *Intertax*, n.º 8/9.
- SANZ GADEA, E. [2009]: «Impuesto sobre Sociedades y reforma contable (I)», *RCyT. CEF*, n.º 314.
- SERRANO GUTIÉRREZ, A. [2007]: *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Francis Lefebvre, Madrid.
- SPORI, P. [2001]: «The effects in the Source State of reorganizations made in the Residence State», en IFA (ed.) *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form. 54th IFA Congress. Munich 2000*, Kluwer Law International, La Haya.
- STARINGER, K. [2001]: «The impact of EC tax directives on dividends and cross-border reorganizations», en IFA (ed.), *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form. 54th IFA Congress. Munich 2000*, Kluwer Law International, La Haya.
- TERRA, B. y WATTEL, P. [2008]: *European Tax Law*, Kluwer law International, Alphen aan den Rijn, 5.ª ed.
- THÖMMES, O. [2004]: «Commentary on the Merger Directive», en THÖMMES/FUKS (eds.), *EC Corporate Tax Law (1991-2004)*, IBFD, Ámsterdam.
- TOMSETT, E. [2008a]: «Impact of EC Directives», en AA.VV., *Mergers and Acquisitions*, IBFD, Ámsterdam.
- [2008b]: «United Kingdom», en AA.VV., *Mergers and Acquisitions*, IBFD, Ámsterdam.
- VANISTENDAEL, F. [1998]: «Taxation of Corporate Reorganizations», en THURONYI (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, vol. 2.
- VOGEL, K. [1997]: *On Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, Londres.

EL PATRIMONIO DE LA EMPRESA A EFECTOS DE DERIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD AL ADMINISTRADOR

ÁNGEL GONZÁLEZ GARCÍA

Profesor del CEF

Extracto:

EN este artículo se exponen las causas que pueden llevar a la disolución de una sociedad anónima y limitada, y, por lo tanto, que pueden causar la responsabilidad del administrador analizando las distintas partidas que componen el patrimonio definido en el artículo 36 del Código de Comercio. Asimismo, se expone el tratamiento contable de las operaciones más comunes realizadas por las empresas para restablecer el equilibrio patrimonial, tanto aquellas que implican un aumento de las aportaciones a realizar por los socios como aquellas otras que suponen una reorganización de las principales masas contables que componen el patrimonio neto.

Palabras clave: patrimonio contable, responsabilidad administrador y disolución.

THE ESTATE OF A COMPANY IN ORDER TO HOLD THE ADMINISTRATOR RESPONSIBLE

ÁNGEL GONZÁLEZ GARCÍA

Profesor del CEF

Abstract:

THIS article outlines the causes that may lead to the dissolution of a public limited company or a limited liability company, and therefore may hold the administrator responsible, by means of analyzing the accounting entries comprising the estate of the company as defined in Article 36 from Commercial Law. It also sets out the accounting treatment of the most common operations performed by the companies to recover their assets, both those that involve an increase in contributions to be made by shareholders and those which represent a reorganization of the accounting items that compose equity, in order to limit the liability of the administrator for corporate debts.

Palabras clave: book equity, administrator's liability and dissolution of a company.

Sumario

1. El patrimonio social.
 1. Patrimonio a efectos de las cuentas anuales.
 2. Importe del capital suscrito no exigido.
 3. Importe del nominal y de las primas de emisión registrado como pasivo.
 4. Ajustes de valor de las coberturas de flujos de efectivo.
2. El patrimonio mercantil en las empresas inmobiliarias. referencia al Real Decreto-Ley 10/2008 y al Real Decreto-Ley 5/2010, de 31 de marzo.
3. Análisis de las operaciones más comunes de restablecimiento del equilibrio patrimonial
 1. La activación de bases imponibles negativas.
 2. La reducción de capital.
 3. La aportación de socios para compensación de pérdidas.
 4. Los préstamos participativos.
 5. La ampliación de capital con y sin prima.
 6. La elevación del nominal de las acciones.
 7. La operación acordeón.

Una de las causas que suelen llevar a constituir una empresa es la de proteger el patrimonio personal del empresario, separando el patrimonio personal del empresarial, y evitar que, en caso de pérdidas del negocio, éstas se trasladen también a pérdidas personales de tal forma que la sociedad actúe como muro de contención de la responsabilidad y no afecte a los bienes personales.

Esta protección no es ni total ni para siempre, porque la legislación mercantil establece varias formas de derivación de responsabilidad al administrador, siendo la causa más normal de derivación la prevista en el artículo 367 de Ley de Sociedades de Capital (LSC), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

«Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que (...)».

La causa legal de disolución se establece en el artículo 363 d) de la LSC y en el artículo 104 de la Ley de Sociedades Limitadas, que establecen:

«La sociedad se disolverá:

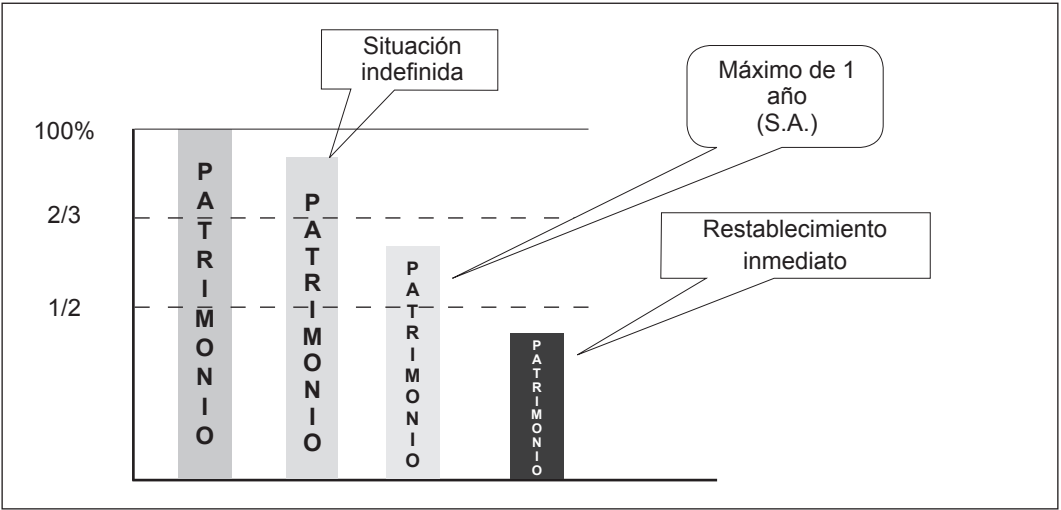
(...)

Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.»

Asimismo, también el artículo 327 de la LSC establece para las sociedades anónimas la obligación de restablecer el equilibrio patrimonial si el patrimonio es inferior a los dos tercios del capital social y esta situación permanece durante más de un ejercicio económico.

La obligación de disolver con relación al patrimonio de la empresa se puede resumir en:

- Patrimonio inferior a la mitad del capital social: se debe restablecer el equilibrio patrimonial o disolver.
- Patrimonio entre la mitad y los 2/3 del capital social: en sociedades anónimas, se puede continuar durante un año más hasta que surge la obligación de restablecer el equilibrio patrimonial.
- Patrimonio superior a la mitad del capital social en sociedades limitadas o a los 2/3 del capital social en sociedades anónimas. Pueden seguir en esta situación durante tiempo indeterminado.



Esta obligación de disolver impuesta a la sociedad no surge porque sea insolvente, situación en la que se debería solicitar el concurso, sino para evitar que caiga en insolvencia. La garantía básica que la sociedad anónima ofrece a sus acreedores es el capital social. Si el patrimonio es inferior a la mitad del capital social, la sociedad está, en cierta forma, engañando a sus acreedores, ya que está diciendo que tiene un capital social de, por ejemplo, 100.000 euros, y en realidad, es inferior. Los artículos antes mencionados obligan a la sociedad a que exista concordancia entre el capital social que dicen que tienen para responder de las deudas y la verdadera situación patrimonial que existe.

Así, por ejemplo, una sociedad con un capital social de 100.000.000 de euros y un patrimonio de 40.000.000 de euros, es, sin duda, más solvente que una sociedad con un capital de 3.000 euros y un patrimonio de 2.500 euros, pero la primera está en causa de disolución, respondiendo los administradores de las deudas sociales, la segunda, no.

EJEMPLO 1:

La sociedad «ENTRIN SOCIEDAD LIMITADA» presenta el siguiente balance expresado en euros al final del año 1. ¿Tiene obligación de disolver?

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
B) ACTIVO CORRIENTE		A) PATRIMONIO NETO	2.600
Bancos	3.600	Capital social (100)	5.000
		Resultado del ejercicio (129)	-2.400
		B) PASIVO CORRIENTE	
		Proveedores (400)	1.000
TOTAL	3.600	TOTAL	3.600

.../...

.../...

Los datos relevantes de la empresa son:

Patrimonio 2.600

Capital social 5.000

½ Capital social 2.500

Patrimonio neto > ½ Capital social

Como el patrimonio es mayor que la cifra del capital social, no existe ninguna obligación de disolución ni de restablecimiento del capital social.

1. EL PATRIMONIO SOCIAL

La cuestión clave para la derivación de responsabilidad al administrador es la cuantía del patrimonio neto y la relación de éste con el capital social. En la legislación mercantil y en la normativa contable nos encontramos varias definiciones de patrimonio.

- Plan General de Contabilidad: el patrimonio neto «constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten». Esta definición es coincidente con la señalada en el artículo 36 del Código de Comercio.
- El artículo 146 de la LSC establece una definición de patrimonio neto a efecto de adquisición de acciones propias, señalando «... se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal...».
- A efectos de que la responsabilidad pueda derivar al administrador, nos interesa el señalado en el artículo 36 del Código de Comercio, que dice:

«A los efectos de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto».

Este artículo es, en una primera lectura, difícil de comprender, y es preciso analizar cada una de las partes del mismo para entenderlo mejor, señalando los siguientes puntos:

- Patrimonio a efectos de las cuentas anuales.
- Importe del capital social suscrito no exigido.
- Importe del nominal y de las primas de emisión registrado como pasivo.
- Ajustes por cambio de valor de coberturas de flujos de efectivo.

1. Patrimonio a efectos de las cuentas anuales

El patrimonio a efectos de las cuentas anuales es el que resulta al elaborar el balance de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad. Este patrimonio está compuesto por tres apartados:

- Fondos propios.
- Ajustes por cambios de valor.
- Subvenciones, donaciones y legados.

Estas partidas son proporcionadas por las cuentas anuales y obedecen a las normas contables para su elaboración.

2. Importe del capital suscrito no exigido

Este apartado sólo es de aplicación a las sociedades anónimas, que son las que permiten la creación de sociedades con el capital social parcialmente desembolsado. Este capital aparece en el patrimonio del balance restando, derivado de la obligación que existe de mostrar la imagen fiel de la empresa, pero, sin embargo, sí tiene importancia mercantil.

EJEMPLO 2:

La sociedad «GEVORA, SOCIEDAD ANÓNIMA» tiene un capital social de 100.000 euros, desembolsado en el mínimo legal. Durante el ejercicio 1, el resultado ha sido de cero 0. Su balance es:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
B) ACTIVO CORRIENTE	26.000	A) PATRIMONIO NETO	25.000
Bancos	26.000	Capital social (100)	100.000
		Socios por desembolsos no exigidos, capital social (1030)	-75.000
		Resultado del ejercicio (129)	0
		C) PASIVO CORRIENTE	1.000
		Proveedores (400)	1.000
TOTAL	26.000	TOTAL	26.000

.../...

.../...

Según las cuentas anuales, el patrimonio de la empresa es de 23.000 euros, que si comparamos con los 100.000 euros de capital social, nos lleva a pensar que la sociedad está en causa de disolución.

Pero no es así. La presentación del balance obedece a normas contables, no mercantiles. El capital social de la sociedad es de 100.000 euros, aunque sólo están desembolsados 25.000 euros. Desde el punto de vista económico, no existe diferencia entre esta sociedad y una sociedad con un capital social de 25.000, ya que ambas tienen inicialmente el mismo patrimonio para funcionar y, por eso, el balance presenta a la sociedad «GEVORA» con un patrimonio de 25.000 (Capital social de 100.000 y, restando, las aportaciones pendientes de los socios por 75.000).

A efectos mercantiles, el patrimonio social es de 100.000:

«A los efectos de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas (...), se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido (...)»

Patrimonio conforme a las cuentas anuales	25.000
Capital suscrito no exigido	75.000
Patrimonio a efectos de disolución y reducción	100.000

3. Importe del nominal y de las primas de emisión registrado como pasivo

Como hemos comentado anteriormente, la posición de cada partida en el balance obedece a criterios contables, no mercantiles. La distinción contable entre patrimonio y pasivo obedece a la exigibilidad o no por parte de terceros, independientemente de su forma mercantil. Así, contablemente se considera pasivo cualquier obligación de pago que tenga la empresa, siempre que ésta no pueda evitar el pago, sea cual sea la instrumentación jurídica de la operación.

Esta premisa hace que el criterio contable, en algunas excepciones, no sea coincidente con el mercantil. Si de la ley, los estatutos, pactos sociales... se deriva un compromiso de pago de la empresa que pueda ser exigido por terceros, esa operación (independientemente de su forma mercantil) pasa a ser considerada a efectos contables como pasivo.

Algunos ejemplos de estas situaciones son las acciones sin voto, las acciones rescatables, acciones privilegiadas... que contablemente, al elaborar las cuentas anuales, se consideran pasivo, pero, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 36 del Código de Comercio, se considera patrimonio a efectos de disolución y reducción de capital.

EJEMPLO 3:

La sociedad «HELECHAL, SA», con un capital de 100.000 euros con voto, realiza una ampliación de capital de 15.000 euros en acciones **sin voto**. En los estatutos sociales se establece una retribución anual de 500 euros anuales en concepto de dividendo mínimo derivado de la ausencia de voto, además del dividendo ordinario que les pueda corresponder. El tipo de interés de mercado es del 8 por 100.

La sociedad ha tenido tradicionalmente beneficio en su cuenta de resultados y se espera que siga así.

Determinar el patrimonio contable y mercantil a efectos de disolución.

El artículo 99 de la LSC establece que «Los accionistas sin voto tendrán derecho a recibir el dividendo mínimo establecido en los estatutos. (...)»

Existiendo beneficios distribuibles, la sociedad está obligada a acordar el reparto del dividendo mínimo a que se refiere el párrafo anterior (...)»

De la emisión de acciones, se desprende un compromiso de pago de la sociedad de 500 euros anuales. Este pago, a diferencia del dividendo ordinario, no puede ser evitado por la empresa por decisiones del consejo, junta de accionistas..., por lo que en el balance deben aparecer como pasivos los compromisos adquiridos por la sociedad, al valor actualizado.

El importe de la deuda asumida por la sociedad es de 500 euros anuales, que aparecerá en el balance por el valor actualizado de la misma al tipo de interés de mercado. Este valor actualizado ¹, calculado mediante Excel, es de 6.250 euros.

El asiento realizado por la sociedad será:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	15.000	
150	Acciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros		6.250
100	Capital social (15.000 – 6.250)		8.750

El importe del capital social se saca por diferencia. La contabilidad establece una definición de patrimonio con carácter residual. Se considera patrimonio todo aquello que no es pasivo. De la emisión de 15.000 euros, se considera pasivo la cantidad de 6.250, por lo que patrimonio es la diferencia, $15.000 - 6.250 = 8.750$.

El balance resultante de la sociedad será:

¹ El valor correspondiente a la parte de patrimonio se obtiene mediante el cálculo del valor actual de una renta perpetua constante al tipo de interés de mercado, en este caso del 8 por 100. El valor actual se obtiene dividiendo el pago periódico entre el tipo de interés $500 \text{ euros} / 0,08 = 6.250 \text{ euros}$.

.../...

.../...

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
B) ACTIVO CORRIENTE	115.000	A) PATRIMONIO NETO	108.750
Bancos	115.000	Capital social (100)	108.750
		(100.000 + 8.750)	
		B) PASIVO NO CORRIENTE	6.250
		Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros (150)	6.250
TOTAL	115.000	TOTAL	115.000

El patrimonio contable asciende a 108.750, pero el patrimonio a efectos de reducción de capital y disolución, de acuerdo con lo señalado en el artículo 36, será:

Patrimonio conforme a las cuentas anuales	108.750
Capital suscrito no exigido	0
Capital registrado contablemente como pasivo	6.250
Patrimonio a efectos de disolución y reducción	115.000

4. Ajustes de valor de las coberturas de flujos de efectivo

Éste, quizás, sea uno de los puntos más novedosos y difíciles de ver a la hora de la determinación del patrimonio contable, ya que se deriva de la contabilización de los derivados de cobertura de flujos de efectivo.

La norma contable obliga a que todos los derivados, sea cual sea su forma y su destino, estén reflejados en el balance social. Los derivados de cobertura de flujos de efectivo son contratos por los que la empresa se asegura un precio de una operación cierta o altamente probable que realizará en el futuro que, como consecuencia de su valoración, implica un ajuste en el patrimonio de la empresa. Veamos, sin recurrir a asientos contables, algunos ejemplos.

EJEMPLO 4:

La sociedad «JEREZ», con un capital de 1.000 u.m., se dedica a la producción de radiadores y para su actividad consume aluminio, que compra a la sociedad «RESOPAL», siendo éste un producto que incide fuertemente en su coste de producción.

Esquemáticamente, su cuenta de resultados es:

.../...

.../...

Precio de venta	135
Coste aluminio	-100
Otros costes	-10
Beneficio	25

Con el objeto de asegurar el coste de este suministro, firma, en el año 1, un derivado en bolsa que le asegura la compra de aluminio a 100 u.m. para el año 2.

Si el aluminio vale, en el momento de la compra, 160 u.m., «JEREZ» pagará 160 a «RESOPAL» y cobrará 60 del derivado, por lo que quedará un pago neto de 100.

Si el aluminio vale, en el momento de la compra, 70 u.m., «JEREZ» pagará 70 a «RESOPAL» y pagará 30 como consecuencia del derivado, por lo que quedará un pago neto de 100.

Por lo tanto, el derivado consigue que, en el próximo ejercicio, el pago neto por el aluminio sea de 100 y, técnicamente, recibe el nombre de cobertura de flujos de efectivo.

La cuenta de resultados del año 2 será:

Cuenta de resultados del año 2			
Coste del aluminio a 160 u.m.		Coste del aluminio a 70 u.m.	
Precio de venta	135	Precio de venta	135
Coste aluminio	-160 + 60	Coste aluminio	-70 - 30
Otros costes	-10	Otros costes	-10
Beneficio	25	Beneficio	25

El derivado consigue estabilizar la cuenta de resultados, consiguiendo que el coste de la materia prima sea de 100, independientemente de su precio real. Los beneficios o pérdidas del derivado se ven «anulados» en el año 2 por el mayor o menor valor del aluminio.

Pero la norma contable obliga a que, al cierre del año 1, en el balance de la sociedad aparezca valorado el derivado. El beneficio o pérdida de éste, en el momento del cierre en el año 1, no se lleva a resultados, sino que se «aparca» en patrimonio hasta que se ejecuta, pero se valora a mercado con cambios en el patrimonio de la empresa.

Así, las cuentas de patrimonio en el balance de la sociedad en el año 1 y 2 será:

Patrimonio contable al cierre del año 1			
Coste del aluminio a 160 u.m.		Coste del aluminio a 70 u.m.	
a) Patrimonio	1.060	a) Patrimonio	970
Capital social	1.000	Capital social	1.000
Resultado ejercicio	0	Resultado ejercicio	0
Operaciones de cobertura	60	Operaciones de cobertura	-30

.../...

.../...

Patrimonio contable al cierre del año 2			
Coste del aluminio a 160 u.m.		Coste del aluminio a 70 u.m.	
a) Patrimonio	1.025	a) Patrimonio	1.025
Capital social	1.000	Capital social	1.000
Resultado ejercicio	25	Resultado ejercicio	25
Operaciones de cobertura	0	Operaciones de cobertura	0
En el año 2, el efecto de la cobertura se queda «en nada», porque se compensa con la compra del aluminio.			

Pues este efecto en el patrimonio, consecuencia de la obligación de valorar a mercado las coberturas, no se tiene en cuenta a la hora de determinar el patrimonio a efectos de disolución y reducción de capital.

Aunque en el balance el patrimonio fuera de 1.060 o de 970 en el año 1, se considera que es de 1.000 a efectos de disolución.

EJEMPLO 5:

En el balance de la sociedad «SAGRAJAS», aparecen, entre otras, las siguientes cuentas al cierre del año 1.

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
...	...	A) PATRIMONIO NETO	650
		Capital social	1.000
		Operaciones de cobertura	-350
		B) PASIVO NO CORRIENTE	
		Deudas a largo plazo	1.000
		...	

El epígrafe de Operaciones de cobertura por importe de -550 se origina por una operación de cobertura de tipo de interés de la deuda a largo plazo.

La deuda a largo plazo está contratada a tipo de interés variable, que en este momento es del 1,5 por 100. A comienzos del ejercicio 1, ante la inestabilidad de los mercados financieros, la sociedad contrató un derivado que conseguía fijar el pago por intereses de la deuda en el 5 por 100.

Si en el momento del pago de intereses el tipo era del 7 por 100, la sociedad pagaba un 7 por 100 de la deuda y cobraba un 2 por 100 como consecuencia del derivado, quedando un pago neto del 5 por 100.

.../...

.../...

Si en el momento del pago de intereses el tipo era del 4 por 100, la sociedad pagaba un 4 por 100 de la deuda y pagaba un 1 por 100 adicional como consecuencia del derivado, quedando un pago neto del 5 por 100.

Como al cierre del ejercicio 1, el tipo de interés de mercado es del 1,5 por 100, el derivado le obligará a pagar en el año 2 un interés adicional del 3,5 por 100, lo que origina un valor negativo del derivado de 350 (3,5% sobre 10.000), que se refleja en el año 1 en patrimonio.

En el año 2, para la empresa se originará un pago del 1,5 por 100 como consecuencia de la deuda bancaria y un pago del 3,5 por 100 como consecuencia del derivado.

El artículo 36 del Código de Comercio establece:

«A los efectos de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución (...) se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales (...). También a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto».

Por lo que el patrimonio será:

Patrimonio conforme a las cuentas anuales	650
Capital suscrito no exigido	0
Capital registrado contablemente como pasivo	0
± Ajustes coberturas de flujo de efectivo como pasivo	+ 350
Patrimonio a efectos de disolución y reducción	1.000

Un ejemplo donde se tienen en cuenta todas las posibilidades previstas en el artículo 36 del Código de Comercio sería el siguiente.

EJEMPLO 6:

La sociedad «SIRUELA, SA» tiene, al cierre del año 1, las siguientes cuentas formando parte de su patrimonio:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
...	...	A) PATRIMONIO NETO	120.000
		A-1) Fondos propios	205.000
		Capital social (100)	300.000
			.../...

.../...

.../...			
.../...			
		Socios por desembolsos no exigidos (1030)	-100.000
		Prima de emisión (110)	2.000
		Resultado del ejercicio (129)	3.000
		A-2) Ajustes por cambio de valor	-90.000
		Cobertura de flujos de efectivo (134)	-90.000
		A-3) Subvenciones	5.000
		Subvenciones oficiales de capital (130)	5.000
		B) PASIVO NO CORRIENTE	280.000
		Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros (150)	80.000
		Deudas a l/p con entidades de crédito (170)	280.000
		...	...

Información complementaria:

Los 100.000 euros recogidos en la cuenta «Socios por desembolsos no exigidos, capital social» corresponden a una ampliación de capital realizada en el ejercicio anterior que está pendiente de desembolso.

Los 90.000 euros recogidos en la cuenta «Cobertura de flujos de efectivo» corresponden a un derivado de flujos de efectivo con vencimiento en el próximo año.

Los 80.000 euros recogidos en la cuenta «Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros» (150) corresponden a una emisión de acciones que, atendiendo a sus especiales características, ha sido contablemente considerada como pasivo.

Determinar el patrimonio a efectos de disolución según lo señalado en el artículo 36 del Código de Comercio.

Patrimonio conforme a las cuentas anuales 120.000

Capital suscrito no exigido +100.000

Capital registrado contablemente como pasivo +80.000

± Ajustes coberturas de flujo de efectivo como pasivo + 90.000

Patrimonio a efectos de disolución y reducción 390.000

Si inicialmente, al ver el balance, parece que la sociedad está en causa de disolución, vemos, al analizar los componentes del balance, que no es así, y que la sociedad no tiene que disolverse.

2. EL PATRIMONIO MERCANTIL EN LAS EMPRESAS INMOBILIARIAS. REFERENCIA AL REAL DECRETO-LEY 10/2008 Y AL REAL DECRETO-LEY 5/2010, DE 31 DE MARZO

El patrimonio contable del que hemos hablado hasta ahora sufrió una revisión en diciembre de 2008, que establecía un régimen especial para su determinación en los ejercicios 2008 y 2009. Esta revisión ha sido prorrogada durante dos ejercicios más (2010 y 2011) al tener en cuenta las especiales circunstancias económicas actuales. El citado real decreto establece:

«A los solos efectos de la determinación de las pérdidas para la reducción obligatoria de capital regulada en el artículo 327 de la LSC y para la disolución prevista en el artículo 363 de la LSC, no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias y las existencias».

Esta nueva forma de calcular el patrimonio afecta, en la práctica, a las empresas inmobiliarias y promotoras o a aquéllas con una importante cartera de suelo y promociones. Supone, con carácter excepcional, que durante los ejercicios 2008-2011 no se tienen en cuenta las pérdidas derivadas de los deterioros del inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias y las existencias.

Como consecuencia de la caída del valor de mercado de los inmuebles, atendiendo a las normas contables, las empresas inmobiliarias, especialmente aquellas que tienen suelo sin edificar, tienen que reconocer en el resultado del ejercicio las pérdidas originadas por la diferencia entre el precio de adquisición y el importe recuperable a través de deterioros (llamadas anteriormente provisiones). Estas propiedades inmobiliarias pueden estar recogidas en las rúbricas contables de inmovilizado material, inversiones inmobiliarias o existencias. Pues, en base al real decreto-ley anterior, esas pérdidas no se tienen en cuenta al determinar el patrimonio a efectos de disolución.

EJEMPLO 7:

La sociedad «TALIGA», dedicada a la promoción inmobiliaria, tiene el siguiente balance al inicio del año 2010 y al final del año. La única operación realizada durante el 2010 ha sido el pago de las nóminas por importe de 1.000 y el reconocimiento de un deterioro de un inmueble de su propiedad por importe de 8.500, ya que su importe recuperable es de 500.

Activo	01-01-2010	31-12-2010	Neto y pasivo	01-01-2010	31-12-2010
Inmueble	9.000	500	Capital social	10.000	10.000
Bancos	1.000		Resultado*	0	-9.500
TOTAL	10.000	500	TOTAL	10.000	500

* El resultado del ejercicio 2010 se debe a la contabilización de un gasto de personal de 1.000 y unas pérdidas por deterioro del inmueble de 8.500.

Determinar el patrimonio a efectos de disolución a 31 de diciembre de 2010.

.../...

.../...

El inmueble puede estar recogido en el balance en los epígrafes de inmovilizado material, inversiones inmobiliarias o existencias, dependiendo de la actividad de la empresa. De acuerdo con el Real Decreto-Ley 10/2008 y el artículo 36 del Código de Comercio, el patrimonio a efectos de disolución será:

Patrimonio conforme a las cuentas anuales	500
+ Deterioro de inmuebles	+8.500
Patrimonio a efectos de disolución y reducción	9.000

Así, la sociedad no está en causa de disolución, ya que el patrimonio es superior a la mitad del capital social.

3. ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES MÁS COMUNES DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO PATRIMONIAL

Vamos ahora a analizar las distintas alternativas que tiene la empresa para evitar las situaciones de disolución.

1. La activación de bases imponibles negativas

Nos encontramos, quizás, con el remedio más común para evitar la disolución de la empresa. Consiste, en aplicación de la norma contable, en activar las bases imponibles negativas. Veamos la operativa con un ejemplo.

EJEMPLO 8:

La sociedad «VALDIVIA» presenta el siguiente balance antes de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades (IS) del ejercicio:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Maquinaria (213)	49.000	Capital social (100)	100.000
		Resultado del ejercicio (129)	-51.000
Total	49.000	Total	49.000

Comentar la situación del patrimonio de la sociedad suponiendo un tipo impositivo del 30 por 100.

En este momento, los datos a efectos de disolución son:

.../...

.../...

Patrimonio 49.000

½ Capital social 50.000

Por lo que, al ser el patrimonio inferior a la mitad del capital social, la sociedad está en causa de disolución.

El artículo 25 de la LIS establece:

«1. Las bases imponibles negativas que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los periodos impositivos que concluyan en los 15 años inmediatos y sucesivos (...).»

Así, si en este ejercicio hemos perdido 51.000 euros, estas pérdidas se compensarán con los posibles beneficios de los próximos 15 ejercicios, lo que supondrá un ahorro del $30\% \times 51.000 = 15.300$, siempre que se obtengan beneficios en los próximos ejercicios.

El asiento a realizar sería:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4745	Créditos por pérdidas a compensar	15.300	
6301	Impuesto diferido		15.300

El balance resultante después de esta operación sería:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Maquinaria (213)	49.000	Capital social (100)	100.000
Créditos por pérdidas a compensar (4745)	15.300	Resultado del ejercicio (129) (51.000 – 15.300)	–35.700
Total	64.300	Total	64.300

En esta situación, los datos a efectos de disolución serían:

Patrimonio 64.300

½ Capital social 50.000

Con lo que la sociedad ya no está en causa de disolución.

Esta operación, conocida como «activación de bases imponibles negativas», implica reconocer en el activo el futuro ahorro de impuestos, por lo que se deben cumplir los requisitos señalados en el marco conceptual para el reconocimiento de activos, que dice:

«1. Los activos deben reconocerse en el balance cuando sea probable la obtención a partir de los mismos de beneficios o rendimientos económicos para la empresa en el futuro, y siempre que se puedan valorar con fiabilidad.»

En este mismo sentido, en la norma de valoración número 13, referente al IS, se señala:

«De acuerdo con el principio de prudencia, sólo se reconocerán activos por impuesto diferido en la medida en que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras que permitan la aplicación de estos activos.

Siempre que se cumpla la condición anterior, se reconocerá un activo por impuesto diferido en los supuestos siguientes:

(...)

c) Por las deducciones y otras ventajas fiscales no utilizadas, que queden pendientes de aplicar fiscalmente.

(...)

En la fecha de cierre de cada ejercicio, la empresa reconsiderará los activos por impuesto diferido reconocidos y aquellos que no haya reconocido anteriormente. En ese momento, la empresa dará de baja un activo reconocido anteriormente si ya no resulta probable su recuperación o registrará cualquier activo de esta naturaleza no reconocido anteriormente, siempre que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras en cuantía suficiente que permita su aplicación.»

El reconocimiento contable en ningún momento afecta a la fiscalidad. Podemos reconocer o no el derecho en contabilidad, pero siempre existirá el derecho en la fiscalidad si se cumplen los requisitos marcados en la LIS; pero contablemente, sólo se reconocerán los créditos por pérdidas si se espera que en el futuro se generen suficientes beneficios para compensar estas pérdidas y por el importe estimado de ahorro (la base imponible negativa por el tipo de gravamen).

El sistema de activación de bases imponibles negativas siempre está sujeto, en la práctica, a disputas con los auditores respecto al cumplimiento o no de las condiciones establecidas en la norma 13, que se basan en que exista un plan de futuro para la compañía. Cuando las pérdidas se derivan de la actividad de la empresa y no de operaciones extraordinarias, es dudoso el cumplimiento de los requisitos contables necesarios para la activación de los créditos fiscales.

Podemos resumir las características de este método de evitar la responsabilidad de los administradores:

- Ventajas.
 - Simplicidad del método. Sólo requiere un asiento contable.
 - No es necesario aportar fondos por los socios.
 - Coste cero.

- Inconvenientes.
 - Se exige acreditar que en el futuro se generarán beneficios que al menos sean iguales a las pérdidas incurridas, por lo que sólo sirve cuando las pérdidas son coyunturales.

2. La reducción de capital

Como hemos señalado antes, el artículo 363 de la LSC (aprobada por RDLeg. 1/2010, de 2 de julio) establece la obligatoriedad de disolución de la sociedad cuando el patrimonio social quede reducido por debajo de la mitad del capital social como consecuencia de pérdidas «... a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente...». La reducción de capital es, pues, la alternativa más cómoda en un principio, siempre que la sociedad tenga capital suficiente para realizar la operación.

La operación consiste en reducir todas las cuentas de neto para compensar las pérdidas. Veamos la situación con un ejemplo.

EJEMPLO 9:

La sociedad «PELOCHE» tiene el siguiente balance:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Resto de activos	5.500	Capital social (100)	12.000
		Prima de emisión (110)	1.000
		Reserva legal (112)	2.000
		Reservas voluntarias (113)	3.500
		Resultado del ejercicio (129)	-13.000
Total	5.500	Total	5.500

Ante la situación patrimonial, la junta de accionistas acuerda reducir las cuentas de reservas y capital social para compensar dichas pérdidas.

Los datos a efectos de disolución son:

Patrimonio 5.500
½ Capital social 6.000

Como el patrimonio es inferior a la mitad del capital social, la sociedad está en causa de disolución, que se puede evitar si la sociedad reduce las cuentas de patrimonio para compensar las pérdidas. El asiento será:

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	3.500	
110	Prima de emisión	1.000	
112	Reserva legal	2.000	
100	Capital social	6.500	
129	Resultado del ejercicio		13.000

Después de este asiento, el balance queda de la siguiente forma:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Resto de activos	5.500	Capital social (100)	5.500
Total	5.500	Total	5.500

Ahora, aunque el patrimonio de la sociedad no ha cambiado (sigue siendo de 5.500), hemos reequilibrado la cuenta de capital social, con lo que evitamos la situación de disolución.

Como regla general para una sociedad con un patrimonio dado, cuanto más baja sea la cifra de capital social, más lejos nos encontraremos de la reducción de capital social. En este ejemplo si la sociedad en vez de constituirse con un capital social de 12.000 euros, se hubiese constituido con un capital social de 3.000 y el resto, hasta los 12.000, se hubiese aportado como prima de emisión, los socios hubiesen puesto la misma cantidad (sólo cambia la forma mercantil) y se hubiese evitado la situación de disolución.

La regulación mercantil de la reducción de capital social está contenida en el artículo 327 de la LSC, que, básicamente, establece la prohibición de repartir dividendos hasta que la reserva legal alcance el 10 por 100 del capital ya reducido y la prohibición de la reducción de capital social si existiese cualquier cuenta de reservas voluntarias o si la reserva legal superase el 10 por 100 del capital social ya reducido.

Con el objeto de no tener ninguna limitación futura para el reparto de dividendos, se puede realizar una reducción mayor de capital social para dejar una parte del patrimonio en la cuenta de reserva legal. El planteamiento de la operación, con los datos de la sociedad «PELOCHE», sería:

Cuentas	Situación de partida	Situación final
Capital social (100)	12.000	X
Prima de emisión (110)	1.000	0,10 X
Reserva legal (112)	2.000	-
Reservas voluntarias (113)	3.500	-
Resultado del ejercicio (129)	-13.000	-
Patrimonio	5.500	5.500

Resolviendo la ecuación ($5.500 = X + 0,10 X$) quedaría el balance de la sociedad de la siguiente forma:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Resto de activos	5.500	Capital social (100)	5.000
		Reserva legal (112)	500
Total	5.500	Total	5.500

Con lo cual, la sociedad ya podría repartir dividendos en cuanto tenga 1 euro de beneficios.

Otra posibilidad es reducir capital justo hasta el límite, quedando el patrimonio en la mitad del capital social. Con nuestro ejemplo, la operación sería:

Patrimonio neto = $\frac{1}{2}$ Capital social (ya reducido)

$5.500 = \frac{1}{2}$ Capital $\rightarrow$ Capital = 11.000, por lo que, si queremos que el capital social quede en 11.000, la reducción sería de 1.000 ($12.000 - 11.000$).

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	3.500	
110	Prima de emisión	1.000	
112	Reserva legal	2.000	
100	Capital social	1.000	
129	Resultado del ejercicio		7.500

El balance quedaría:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Resto de activos	5.500	Capital social (100)	11.000
		Resultado	-5.500
Total	5.500	Total	5.500

Con esta reducción hemos salvado la situación de disolución. Desde nuestro punto de vista, esta situación es un caso de laboratorio no aplicable en la práctica, excepto en las situaciones en las que el capital se quede en el límite legal (3.005,06 € en sociedades limitadas y 60.101,21 € en sociedades anónimas), ya que si en el ejercicio en el que se realiza la reducción de capital se produce 1 euro de pérdidas, incurre la sociedad otra vez en causa de disolución. Además, deben tenerse en cuenta los gastos de la reducción de capital, que también reducen el patrimonio.

Como resumen de las características de este método podemos señalar:

- Ventajas.
 - Los socios no deben aportar fondos a la sociedad.
- Inconvenientes.
 - Costes de la operación (notarios, abogados, registro...) que pueden ser elevados dependiendo de la estructura societaria.
 - Se reduce la cifra de capital social y el nominal de las acciones y si, simultáneamente, no se dota la reserva legal, existen limitaciones para el reparto futuro de dividendos.

3. La aportación de socios para compensación de pérdidas

Es quizás el método más simple para evitar la disolución y la responsabilidad del administrador. Ante la situación de la empresa, los socios acuerdan entregar a la sociedad la cantidad necesaria. No existe una cobertura clara de la operación ni en la LSC ni en la ley de sociedades limitadas, si bien está regulada tanto en el Plan General de Contabilidad como en la Ley de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD).

La operación se recoge únicamente en el acta de la junta general, no es necesario inscripción registral y surte los mismos efectos económicos que la ampliación de capital. Los socios aportan unas cantidades a la sociedad, pero sin tener que cumplir los requisitos legales para la ampliación. Elegimos otra forma jurídica para aportar fondos a la sociedad. Posteriormente se debe proceder al pago de los impuestos en la comunidad autónoma.

EJEMPLO 10:

La sociedad «VALDIVIA» presenta el siguiente balance al cierre del ejercicio:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Resto de activos	49.000	Capital social (100)	100.000
		Resultado del ejercicio (129)	-51.000
Total	49.000	Total	49.000

Los socios, para salvar la situación de disolución, acuerdan aportar la cantidad mínima necesaria para evitar la situación de disolución.

En este momento, los datos a efectos de disolución son:

Patrimonio 49.000
 ½ Capital social 50.000

.../...

.../...

Por lo tanto, con la aportación de 1.000 euros por parte de los socios sería suficiente, ya que así el capital queda justo en la mitad del capital social.

El asiento a realizar sería:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	1.000	
118	Aportaciones de socios o propietarios		1.000

El balance resultante es:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Resto de activos	49.000	Capital social (100)	100.000
Bancos, c/c (572)	1.000	Resultado del ejercicio (129)	-51.000
		Aportaciones de socios o propietarios (118)	1.000
Total	50.000	Total	50.000

Desde nuestro punto de vista, el principal inconveniente de este tipo de operación es, además del coste tributario, la imposibilidad de recuperar las cantidades aportadas por los socios, que se realizan a fondo perdido. Tampoco existe una situación jurídica clara que regule la negativa de alguno de los socios a aportar la cantidad que le correspondiera, situación que suele plantearse en sociedades que tienen accionistas con participaciones pequeñas, donde suele ser más barato realizar las aportaciones necesarias para evitar la disolución por parte de los accionistas mayoritarios que arriesgarse a una posible impugnación de la junta, cuentas... que implicaría mayores gastos para la sociedad.

Desde el punto de vista tributario, la situación en la que uno de los socios aporta cantidades superiores a las que le correspondería, en base a su porcentaje de participación, está regulada en el artículo 21 bis del Reglamento del IS que señala que se trata de una renta para la sociedad, debiendo integrar dicha cantidad en la base imponible.

La regulación contable de estas operaciones está en la norma de valoración número 18 del Plan General de Contabilidad, que señala que «... las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables recibidos de socios o propietarios no constituyen ingresos, debiéndose registrar directamente en los fondos propios, independientemente del tipo de subvención, donación o legado de que se trate».

- Ventajas.
 - Sólo es necesario acuerdo en junta general.

- No existen gastos legales.
- No es necesaria inscripción registral.
- Inconvenientes.
 - El dinero aportado por los socios es a fondo perdido. No hay posibilidad de devolución.
 - Pago del 1 por 100 en concepto de ITP y AJD.
 - No existencia de cobertura legal clara para la operación.

Un caso especial de este tipo de operaciones lo constituyen las operaciones entre empresas vinculadas a un precio inferior al valor razonable de la operación. El ejemplo más normal suele ser los préstamos de los socios o de la matriz a interés cero. En este caso, la diferencia entre el precio pactado y el valor de mercado se considera una aportación de socios, teniendo el mismo efecto que el señalado anteriormente sobre el patrimonio de la empresa.

EJEMPLO 11:

La sociedad «PALOMAS» presenta el siguiente balance:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Maquinaria (213)	2.300	Capital social (100)	5.000
		Resultado del ejercicio (129)	–2.700
Total	2.300	Total	2.300

Los socios prestan a la sociedad 1.210 euros a dos años a un tipo de interés del 0 por 100. El valor de mercado es del 10 por 100.

De acuerdo con la norma de valoración número 21 del Plan General de Contabilidad, las operaciones entre partes vinculadas deben realizarse a valor de mercado que, en este caso, es del 10 por 100. Asimismo, también se establece que las deudas deben figurar en balance por el coste amortizado, que es el valor actualizado de todos los pagos. En este caso, el coste amortizado de la deuda será:

$$\text{Coste amortizado} = \frac{1.210}{(1 + 10\%)^2 \text{ años}} = 1.000$$

El asiento a realizar por la concesión del préstamo será:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	1.210	
163	Otras deudas a largo plazo con partes vinculadas		1.000
118	Aportaciones de socios o propietarios		210

.../...

.../...

El balance de la sociedad después de esta operación será:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Maquinaria (213)	2.300	Capital social (100)	5.000
Bancos c/c (572)	1.210	Resultado del ejercicio (129)	-2.700
		Aportaciones de socios o propietarios (118)	210
		Otras deudas a largo plazo con partes vinculadas (163)	1.000
Total	3.510	Total	3.510

La situación del patrimonio será:

Patrimonio contable (5.000 – 2.700 + 210) 2.510

½ Capital social 2.500

La sociedad ya no está en causa de disolución. Esta operación está sujeta a las obligaciones de documentación previstas en el artículo 21 del Reglamento del IS y a la liquidación del correspondiente impuesto autonómico.

4. Los préstamos participativos

Los préstamos participativos están regulados por el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 20 de junio, que señala:

«1. Se considerarán préstamos participativos aquellos que tengan las siguientes características:

La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.

Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos se situarán después de los acreedores comunes.

Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.»

De acuerdo con lo anterior, los *préstamos participativos* son préstamos normales que tienen una característica especial: el interés está ligado a la evolución de la actividad de la empresa, además de poder tener un interés fijo adicional. De esta forma, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, se consideran fondos propios a los únicos efectos de reducción y liquidación de capital.

En la práctica, se trata de documentar o poner una cláusula a los préstamos que los socios tienen concedidos a la sociedad, donde se liga la retribución a la evolución de la firma y, de esa forma, evitar la situación de disolución.

EJEMPLO 12:

La sociedad «CR9» presenta el siguiente balance:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Bancos, c/c (572)	13.000	Capital social (100)	3.000
		Resultado del ejercicio (129)	-5.000
		C/C con socios (551)	15.000
Total	13.000	Total	13.000

Los socios deciden establecer la retribución del préstamo concedido a la sociedad y contabilizado en la cuenta C/C con socios (551) en un 2 por 100 del beneficio social, con un plazo de seis meses con renovación automática.

Se pide:

Asientos y comentarios sobre la operación.

La situación de partida de la sociedad es:

Patrimonio -2.000

½ Capital social 1.500

La sociedad está en causa de disolución, teniendo los administradores responsabilidad personal sobre las deudas sociales. Al añadir esa cláusula al contrato de préstamo, la cuenta corriente con socios se ha convertido en un préstamo participativo que cumple los requisitos señalados en el artículo 20, ya que una parte de la retribución es «... variable y se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria».

.../...

.../...

Por lo tanto, la situación patrimonial de la empresa será:

Patrimonio social -2.000

Patrimonio a efectos de disolución (-2.000 + 15.000) 3.000

El patrimonio de la empresa es, pues, superior a la mitad del capital social, por lo que la sociedad no está en causa de disolución.

El balance de la sociedad, después de esta modificación de las cláusulas de los préstamos, será:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
B) ACTIVO CORRIENTE	13.000	A) PATRIMONIO NETO	-2.000
Bancos, c/c (572)	13.000	Capital social (100)	3.000
		Resultado del ejercicio (129)	-5.000
		B) PASIVO CORRIENTE	15.000
		C/C con socios (551)	15.000
Total	13.000	Total	13.000

Sin embargo, no está en causa legal de disolución.

Los préstamos participativos son, desde nuestro punto de vista, la alternativa más cómoda, rápida y flexible para resolver la situación de disolución de la empresa y de responsabilidad de los socios. Al realizarse mediante contrato privado, siempre es problemática la prueba ante terceros de la existencia de los mismos, ya que en el balance aparecen como una deuda, sin que se diferencie entre préstamos participativos y préstamos normales, por lo que suele ser habitual realizarlo en documento notarial o declararlo ante la comunidad autónoma, operación que no lleva asociado ningún coste para la empresa. Por otro lado, es obligatorio la inclusión de la información de la operación en la memoria de la sociedad.

En cuanto a la prelación en el cobro en caso de insolvencia de la sociedad, los préstamos participativos se sitúan entre los fondos propios y las deudas, siendo los últimos de los prestamistas en cobrar pero antes que los accionistas.

Como resumen, las principales características de los préstamos participativos son:

- Ventajas.
 - Flexibilidad de la operación. Es un acuerdo entre el prestamista y la sociedad y con las renovaciones que fijen las partes.

- No existen gastos fiscales ni registrales, al no ser obligatoria la inscripción.
- El dinero aportado por los socios es plenamente recuperable por éstos.
- Inconvenientes.
 - La apariencia del balance es de insolvencia, al aparecer dichos préstamos en el pasivo no corriente.

5. La ampliación de capital con y sin prima

La ampliación de capital es, quizás, una de las operaciones más comunes para resolver la situación de insolvencia de una sociedad, en la que los socios ponen dinero y reciben a cambio acciones de la sociedad. Veamos las operaciones con un ejemplo.

EJEMPLO 13:

La sociedad «LLORENTE, SL» presenta el siguiente balance:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Maquinaria (213)	8.000	Capital social (100)	3.000
		Resultado del ejercicio (129)	–5.000
		Proveedores (400)	10.000
Total	8.000	Total	8.000

Los accionistas acuerdan realizar una ampliación de capital con desembolso total por el importe mínimo permitido por la ley, es decir, hasta que el patrimonio neto sea igual a la mitad del capital social.

Se pide:

Determinar el importe de la ampliación.

La situación de partida de la sociedad es:

Patrimonio –2.000

½ Capital social 1.500

El objetivo de la ampliación es que el patrimonio social sea igual que la mitad del capital social. La ecuación a plantear será:

.../...

.../...

Cuentas	Situación de partida	Situación final
Capital social (100)	3.000	3.000 + X
Prima de emisión (110)	0	0
Resultado del ejercicio (129)	-5.000	-5.000
Patrimonio	-2.000	-2.000 + X

La condición que se debe cumplir es:

$$\text{Patrimonio (nuevo)} = \frac{1}{2} \text{Capital social (nuevo)}$$

El incremento del patrimonio y el incremento de capital social se produce por la misma cantidad, por lo que la ecuación será:

$-2.000 + X = \frac{1}{2} (3.000 + X)$, despejando, obtenemos que la ampliación de capital será por importe de 7.000.

El asiento, resumido, será:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	7.000	
100	Capital social		7.000

Por lo que el balance de la sociedad, después de la ampliación, será:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Maquinaria (213)	8.000	Capital social (100)	10.000
Bancos, c/c (572)	7.000	Resultado del ejercicio (129)	-5.000
		Proveedores (400)	10.000
Total	15.000	Total	15.000

Los datos a efectos de disolución son:

Patrimonio (10.000 – 5.000)..... 5.000

$\frac{1}{2}$ Capital social ($\frac{1}{2} \times 10.000$)..... 5.000

La sociedad ya no está en causa de disolución, ya que el patrimonio social es igual a la mitad del capital social.

Otra posibilidad de la ampliación de capital es realizar la ampliación con prima. Con el objeto de tener que poner menos dinero por parte de los socios, se incrementa el capital social sólo en una acción y el resto del dinero necesario es aportado como prima de emisión.

EJEMPLO 14:

La sociedad «LLORENTE, SL» presenta el siguiente balance:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Maquinaria (213)	8.000	Capital social (100)	3.000
		Resultado del ejercicio (129)	-5.000
		Proveedores (400)	10.000
Total	8.000	Total	8.000

Los accionistas acuerdan realizar una ampliación de capital de una acción de nominal 1 euro con desembolso total al precio de emisión necesario para equilibrar el patrimonio social.

El patrimonio social se incrementa por el aumento de capital social (1 €) y por el incremento de la prima de emisión (X).

Cuentas	Situación de partida	Situación final
Capital social (100)	3.000	3.000 + 1
Prima de emisión (110)	0	P
Resultado del ejercicio (129)	-5.000	-5.000
Patrimonio	-2.000	-2.000 + 1 + P

La condición que se debe cumplir es:

$$\text{Patrimonio (nuevo)} = \frac{1}{2} \text{Capital social (nuevo)}$$

Por lo que $-2.000 + 1 + P = \frac{1}{2} (3.000 + 1)$, despejando, obtenemos que la ampliación de capital será de 1 euro por acción emitida con una prima de 3.499,5.

El asiento resumido de la ampliación será:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	3.500,5	
100	Capital social		1
110	Prima de emisión		3.499,5

Por lo que el balance de la sociedad, después de la ampliación, será:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Maquinaria (213)	8.000	Capital social (100)	3.001
Banco c/c (572)	3.500,5	Prima de emisión (110)	3.499,5
		...	...
		...	...

.../...

.../...			
		Resultado del ejercicio (129)	-5.000
		Proveedores (400)	10.000
Total	11.500,5	Total	11.500,5

Los datos a efectos de disolución son:

Patrimonio ($3.001 + 3.499,5 - 5.000$)	1.500,5
$\frac{1}{2}$ Capital social ($\frac{1}{2} \times 3.001$)	1.500,5

La sociedad ya no está en causa de disolución, ya que el patrimonio social es igual a la mitad del capital social. En este caso, se ha tenido que poner menos dinero por parte de los accionistas.

Como principales características de este método, podemos señalar:

- Ventajas.
 - Es fácil de entender y explicar a todos los socios, quienes reciben acciones a cambio de su aportación.
- Inconvenientes.
 - Obliga a efectuar gastos notariales, impuestos, registros...
 - Si todos los accionistas acuden a la ampliación, aunque reciben más acciones, no cambia su porcentaje de participación.

6. La elevación del nominal de las acciones

Éste es un caso especial de la ampliación de capital que, por sus especiales características, tratamos aparte. Sólo puede aplicarse en sociedades anónimas, no en limitadas, y se basa en la posibilidad prevista en la LSC de realizar una ampliación de capital parcialmente liberada.

El artículo 79 de la LSC prevé una aportación mínima del 25 por 100 del nominal de cada acción.

Lo que se plantea, en este caso, es una elevación del nominal de la acción. Veamos la operación con un ejemplo.

EJEMPLO 15:

La sociedad «VILLA, SA» presenta el siguiente balance:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Bancos, c/c (572)	10.000	Capital social (100)	60.000
		Resultado del ejercicio (129)	-50.000
Total	10.000	Total	10.000

El capital social está compuesto por 60.000 acciones de 1 euro.

Ante la situación de disolución, la junta general acuerda, cumpliendo todos los requisitos legales, una ampliación de capital de 180.000 euros, mediante la elevación del nominal de las acciones de 1 a 4 euros. La aportación se hará efectiva en el plazo marcado en los estatutos sociales.

Se pide:

Confeccionar el balance después de la ampliación.

Los asientos, resumidos, de la operación son:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social	180.000	
100	Capital social		180.000

El balance de la sociedad, después de la ampliación, será:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
B) ACTIVO CORRIENTE	10.000	A) PATRIMONIO NETO	10.000
Bancos, c/c (572)	10.000	Capital social (100)	240.000
		Socios por desembolsos no exigidos, capital social (1030)	-180.000
		Resultado del ejercicio (129)	-50.000
Total	10.000	Total	10.000

El capital social está compuesto por 60.000 acciones de 4 euros (240.000), del que está desembolsado únicamente el 25 por 100.

Los datos de la sociedad, a efectos de disolución, son:

Patrimonio a efectos de disolución (10.000 + 180.000)	190.000
(Art. 36 Código Comercio)	
½ Capital social (½ × 240.000)	120.000

Por lo que la sociedad ya no está en causa de disolución.

Las principales características de este método son:

- Ventajas.
 - No es necesario aportar fondos por parte de los socios.
 - Los administradores limitan su responsabilidad: de ser ilimitada a responder únicamente por 240.000 euros más.
- Inconvenientes.
 - Obliga a efectuar gastos notariales, impuestos, registros...
 - Es una solución ficticia. No aporta nuevos recursos a la sociedad.

7. La operación acordeón

La operación acordeón es una variación de la ampliación de capital que consiste en una reducción previa de capital social, con el objeto de eliminar las pérdidas existente en el balance y una posterior ampliación.

EJEMPLO 16:

La sociedad «PUYOL» presenta el siguiente balance:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Mercaderías (300)	500	Capital social (100)	10.000
		Resultado del ejercicio (129)	-10.000
		Proveedores (400)	500
Total	500	Total	500

De acuerdo con el artículo 169 de la ley, se plantea una reducción del capital social a cero y un posterior aumento hasta la cifra de 3.000.

Los asientos resumidos de la operación serán:

Por la reducción de capital:

Código	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	10.000	
129	Resultado del ejercicio		10.000

.../...

.../...

Por el posterior aumento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	3.000	
100	Capital social		3.000

El balance, después de la ampliación, será:

Activo	Importe	Neto y pasivo	Importe
Mercaderías (300)	500	Capital social (100)	3.000
Bancos, c/c (572)	3.000	Proveedores (400)	500
Total	3.500	Total	3.500

De esta forma, el balance de la sociedad ha quedado limpio, eliminando todos los resultados negativos, y ya no está en causa de disolución. Es, de las alternativas de ampliación de capital, en la que las cantidades aportadas por los socios son menores.

Desde nuestro punto de vista, el inconveniente principal de este método radica en cómo afecta al derecho de los minoritarios. Los accionistas antiguos ven anuladas sus acciones, que pasan a valer cero, pero, aunque mantienen el derecho de suscripción, si desean mantener una participación en la nueva sociedad, deben aportar más fondos. Con cualquiera de los métodos anteriores, los accionistas antiguos, aunque no aportasen más fondos, mantenían una participación en la sociedad, si bien generalmente se veía diluida. Consideramos que la operación acordeón, llevada a su extremo, permite expulsar de la sociedad a los accionistas minoritarios, ya que la ampliación sería tomada en una junta controlada por los mayoritarios.

- Ventajas.
 - Se soluciona la situación de disolución con una ampliación de capital en la que los socios tienen que poner menos fondos.
 - Desaparecen del balance los resultados negativos.
- Inconvenientes.
 - Obliga a efectuar gastos notariales, impuestos, registros...
 - Puede usarse para expulsar a los minoritarios.

NOTA: Este artículo también ha sido publicado en la *Revista Cefgestión*. CEF, núm. 142, junio 2010 y núms. 144-145, agosto-septiembre 2010.

PROBLEMAS SUSCITADOS POR LA COMPROBACIÓN DE VALORES EN LAS TRANSMISIONES INMOBILIARIAS GRAVADAS POR EL ITP: UNA REFERENCIA ESPECIAL A LA APLICACIÓN DEL «VALOR HIPOTECARIO»

PILAR ÁLVAREZ BARBEITO

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Facultad de Derecho de La Coruña*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Francisco GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

Extracto:

EN este trabajo se abordan, en primer lugar, los problemas que suscita la determinación del «valor real» a efectos de calcular la base imponible del Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales respecto de las operaciones de transmisión de inmuebles gravadas por este tributo. Establecidas las premisas fundamentales en ese sentido, se han tratado, a continuación, las dificultades que rodean a las comprobaciones que, sobre tales valores, puede efectuar la Administración. Mención especial en ese sentido ha merecido el «valor de tasación de las fincas hipotecadas» como medio de comprobación de valores previsto en la Ley General Tributaria, y aplicado efectivamente por alguna Administración autonómica.

El examen de estas cuestiones nos ha permitido detectar algunos de los más relevantes problemas que presenta la actual regulación de esta cuestión cuya solución, a nuestro juicio, debería venir acompañada de algunos cambios normativos en relación con los temas abordados.

Palabras clave: valor real, Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales, comprobación de valores y valor de tasación.

PROBLEMS INVOLVED IN THE REVISION OF VALUES IN THE TRANSFER OF PROPERTIES SUBJET TO TRANSFER TAX AND STAMP DUTY: A SPECIAL MENTION TO THE «APPRAISED VALUE»

PILAR ÁLVAREZ BARBEITO

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Facultad de Derecho de La Coruña*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Francisco GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

Abstract:

IN this paper we have studied, first, the problems involved in determining the «real value» to calculate the tax base of the Transfer tax and stamp duty in the operations of transfer of property subject to this tax. Then, it discusses the difficulties surrounding the revision by the administration of the value determined by the taxpayer. In this regard, special mention has been made to the «appraised value of the mortgaged properties» as a means of assessing the tax base established in the General Tax Law.

This study has allowed us to point out some of the most important problems deriving from the current regulation of this issue. In our view, to solve all these problems would require a reform of the tax legislation analyzed.

Keywords: real value, Transfer tax and stamp duty, checking values and appraised value.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El concepto de «valor real» en el ITP.
 1. Relación entre «valor real» y «valor declarado».
 2. Relación entre «valor real» y «valor comprobado».
 3. Primeras conclusiones acerca del concepto de «valor real» en el ITP.
- III. El «valor asignado para la tasación de fincas hipotecadas» como medio de comprobación del «valor real» en el ITP.
 1. Concepto.
 2. Problemas que suscita la aplicación del «valor hipotecario».
 3. Primeras manifestaciones judiciales sobre la idoneidad de recurrir al medio de comprobación recogido en el artículo 57.1 g) de la LGT.
- IV. La revisión del valor comprobado a través de la tasación pericial contradictoria. Problemas suscitados por su regulación en algunas comunidades autónomas.
 1. Consideraciones generales.
 2. Competencias de las comunidades autónomas para alterar la regulación de la TPC.
 3. Conclusión.
- V. Consideraciones finales y propuestas de reforma.
 1. Conclusiones en torno a las normas vigentes sobre comprobación del «valor real» en el ITP y los problemas de su aplicación en la práctica.
 2. Propuesta de reforma. Una referencia a las soluciones adoptadas en otros países.

Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los problemas que generan las cuestiones relativas a la determinación del valor de los bienes a efectos tributarios han suscitado gran interés entre la doctrina, al mismo tiempo que han constituido el objeto de multitud de pronunciamientos judiciales propiciados por el desacuerdo entre Administración y contribuyentes a la hora de cuantificar la cuota de aquellos tributos cuya base imponible recae, precisamente, sobre la valoración que en cada caso haya de darse a los bienes. Ese es concretamente el caso, entre otros, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) (modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas ¹), tributo cuya base imponible se identifica con el «valor real» del bien transmitido (o del derecho que se constituya o se ceda), expresión ésta cuyo significado no es fácil de determinar, como tendremos ocasión de exponer.

Pues bien, éste será precisamente el tributo que nos sirva de base para tratar el tema de este trabajo que, partiendo del análisis de la problemática que encierra la valoración en el contexto del ITP, centraremos en torno al valor que habrá de otorgarse a los bienes inmuebles objeto de las transmisiones que resultan gravadas por este impuesto, señaladamente a aquellos cuyo uso se destina a vivienda. A partir de estas operaciones trataremos de analizar las consecuencias que puede acarrear una eventual comprobación de valores por parte de las Administraciones autonómicas basada, en concreto, en alguno de los nuevos medios de comprobación incorporados al artículo 57 de la Ley General Tributaria, en virtud de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

En efecto, ha sido una ley orientada a luchar contra el fraude fiscal, la que ha arbitrado nuevos medios de comprobación de valores que van a tener especial incidencia sobre los bienes inmuebles, sector este en el que, como señaló el propio Plan de Prevención de Fraude Fiscal de 2005, «la multitud de transacciones económicas, su opacidad y la falta de organización de los mercados provocan disparidades en los precios, dificultando la utilización de referencias de valoración válidas, lo cual facilita la manipulación de los valores ya desde las primeras transmisiones, lo que, a su vez, posibilita la ocultación del verdadero valor» de tales operaciones.

Una realidad indiscutible como la apuntada exige que tanto el legislador como la Administración pongan en marcha los mecanismos necesarios para paliar sus efectos. Ahora bien, no es menos cierto que habrán de adoptarse también las cautelas oportunas para que dichas medidas sean compatibles con las garantías de los contribuyentes ya que, como tendremos ocasión de analizar, la aplicación práctica de las mismas puede conducir a una peligrosa indefensión de los ciudadanos.

Partiendo de las consideraciones anteriores estructuraremos el trabajo, básicamente, en tres partes. Así, en primer lugar, abordaremos como cuestión previa, pero necesaria para la comprensión de los problemas que suscita este tema, la problemática que encierra la concreción de la expresión «valor real»,

¹ En adelante TPO.

utilizada por el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRITP y AJD) para definir la base imponible del tributo. Su significado, identificado en muchas ocasiones, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, con el «valor de mercado», habrá de matizarse ahora como consecuencia de la incorporación al listado del artículo 57 de la LGT, referido a la comprobación de valores, de nuevos medios de los que puede servirse la Administración para dicho fin, como es el caso del «valor asignado para la tasación de fincas hipotecadas».

Precisamente al análisis de este valor dedicaremos la siguiente parte del trabajo, en la que trataremos de esclarecer tanto el significado que debe atribuirse al mismo, como la oportunidad de su utilización para las comprobaciones de valores realizadas en el ámbito del ITP sobre las operaciones de compra de viviendas, tal y como ha sucedido en alguna comunidad autónoma. Como tendremos ocasión de exponer, ello ha generado importantes complicaciones a los administrados que, además, en algunos casos se han visto afectados también por la aprobación de normas autonómicas en virtud de las cuales los medios con los que cuentan para oponerse a la valoración resultante de la aplicación de ese medio suponen una clara merma de sus garantías jurídicas.

La problemática que encierran esas cuestiones trasciende de ese concreto medio de comprobación constituyendo, a nuestro juicio, un ejemplo más, aunque muy clarificador, de la problemática que encierra el propio procedimiento de comprobación de valores respecto de las operaciones sobre las que pivota este estudio. Así las cosas, la última parte del trabajo se ha destinado a fijar las conclusiones que pueden extraerse del conjunto del mismo teniendo en cuenta la relación existente en la actualidad entre la regulación legal del procedimiento de comprobación de valores y la aplicación práctica del mismo por parte de las Administraciones autonómicas. A partir de las reflexiones realizadas en torno a esta cuestión, así como de las medidas adoptadas respecto de este tema en otros países, hemos propuesto, en último lugar, las líneas por las que pensamos que debería discurrir la necesaria modificación legal que precisa el tema aquí abordado.

II. EL CONCEPTO DE «VALOR REAL» EN EL ITP

Centrado el tema objeto de este trabajo en torno al ITP y, más concretamente, en las operaciones de transmisión inmobiliaria gravadas por este tributo en la modalidad de TPO, la primera referencia normativa de la que debe partir este estudio ha de ser, necesariamente, el artículo 10 del TRITP y AJD, de donde cabe extraer que la base imponible del tributo vendrá determinada por «el valor real del bien transmitido».

Así pues, teniendo en cuenta el carácter del ITP como tributo autoliquidable, ése debe ser el valor consignado por los contribuyentes en la base imponible del impuesto y, por otra parte, aquél debe ser también el valor a cuya concreción debe aspirar la Administración en los casos en los que decida comprobar el valor declarado por los contribuyentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, será preciso concretar el significado que debe atribuirse a tal expresión, extremo sobre el que existen multitud de manifestaciones que no hacen sino poner de manifiesto

una conclusión ya apuntada tanto por la doctrina ² como por el Tribunal Constitucional (TC), en Sentencia 194/2000 ³, en el sentido de indicar que la expresión «valor real» «es una magnitud indeterminada, en tanto que ni determina qué debe entenderse por valor real, ni especifica los parámetros que deben emplear en todo caso los sujetos pasivos del ITP para determinarlo, razón por la cual las discrepancias en relación con la valoración de bienes y derechos no sólo son lógicas y razonables, sino incluso frecuentes».

Efectivamente, partimos de una expresión difícil de concretar cuya aplicación se traduce en una permanente litigiosidad derivada de la disconformidad, primero, de la Administración con el valor declarado como valor real por los contribuyentes y, en segundo lugar, de éstos con el valor comprobado por la Administración.

Lo apuntado introduce ya las dificultades de un tema donde nos encontramos al término «valor» rodeado de adjetivos diferentes tales como «real», «declarado» o «comprobado». Es preciso, por tanto, profundizar en el examen de estas expresiones con el fin de encontrar la relación que existe entre todas ellas, análisis que debe realizarse partiendo de la propia finalidad o función que la jurisprudencia ha identificado en la expresión «valor real». En ese sentido, se le ha atribuido una misión antifraude ⁴, necesaria en un sector en el que la ocultación del verdadero importe abonado por el comprador de los inmuebles y, por tanto, el percibido por el vendedor, se ha convertido en un «fenómeno sociológico de fraude generalizado ⁵».

Éste puede constituir el punto de partida para una interpretación teleológica del concepto «valor real» que, a nuestro modo de ver, conlleva la necesidad de diferenciar, a la vista de la actual normativa, varias situaciones susceptibles de clasificarse en dos grandes grupos. Así, en primer lugar, abordaremos aquellos casos en los que el valor declarado por el contribuyente en su autoliquidación de ITP (modalidad de TPO) adquiere, por diferentes circunstancias, la condición de valor real. De otra parte, se analizarán el resto de los supuestos en los que el valor declarado es revisado por la Administración y, finalmente, sustituido por el valor comprobado.

1. Relación entre «valor real» y «valor declarado»

1.A. La identificación entre «valor real» y «precio cierto» declarado

Atendiendo a la clasificación apuntada, existe un primer grupo de supuestos en los que la expresión «valor real» se concreta en términos de «precio o contraprestación pactada», extremo que exige la certeza indubitada acerca de esa magnitud por parte de la Administración. Dicha identificación terminológica, que hoy cuenta con una sólida base legal y jurisprudencial, permite concluir, por tanto, que si la Administración tiene constancia del precio cierto abonado en la transacción, ése será el importe

² CHECA GONZÁLEZ, C.: «La comprobación de valores (Problemas que suscita y medios de garantía a favor de los contribuyentes)», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, n.º 5, Aranzadi, Pamplona, 1997.

³ STC 194/2000, de 19 de julio (NFC009087). Sobre esta cuestión, MARCOS CARDONA, M.: *La comprobación de valores de inmuebles. Soluciones adoptadas por las Comunidades Autónomas*, Dijusa, Madrid, 2002, pág. 17.

⁴ En ese sentido, PLAZA VÁZQUEZ, A.: *El «valor real» tributario. Estudio en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y de sus relaciones con otros valores tributarios*, Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 441.

⁵ *Vid.* STS de 1 de diciembre de 1993 (NFJ003225).

que habrá de incluirse en la base imponible del impuesto ⁶. Por tanto, el concepto de «valor real» podrá identificarse con el de «contraprestación pactada» en aquellos casos en los que no existen dudas sobre la veracidad de la misma ⁷. Ello es así porque, tal y como se ha señalado, en los casos en los que existe constancia del precio satisfecho por la operación, «desaparece la indefinición propia del concepto que justifica la valoración de la Administración» ⁸. A mayor abundamiento, el TC, en la Sentencia 194/2000 (F.J. 8), apuntó con acierto que si el contribuyente tuviese que tributar por una cantidad superior al precio real de la operación, se le estaría obligando a tributar por una riqueza irreal o inexistente, que no puede ser objeto de gravamen sin vulnerar el artículo 31 de la Constitución Española (CE).

Así las cosas, la regla general insertada en el artículo 46 del TRITP y AJD, en virtud de la cual «la Administración podrá, *en todo caso*, comprobar el valor real de los bienes o derechos transmitidos (...)», es objeto de algunas excepciones incorporadas, algunas, en la propia normativa reguladora del impuesto, mientras que otras han adquirido carta de naturaleza por vía doctrinal y jurisprudencial ⁹.

En esa línea, y aunque el análisis detallado de las mismas excede de los límites de este trabajo, podemos destacar, a los efectos que aquí interesan, las siguientes:

- a) Las transmisiones de bienes y derechos que se produzcan en un procedimiento concursal, en las que se aceptará el valor fijado a esos efectos por el juez y respecto de las cuales el artículo 46.5 del TRITP y AJD excluye expresamente la posibilidad de una comprobación de valores.
- b) De igual modo, tampoco procederá ésta en los supuestos a los que alude el artículo 39 del RITP y AJD, donde se apunta que «en las transmisiones realizadas mediante subasta pública, notarial, judicial o administrativa, servirá de base el valor de adquisición», con lo que ése será el «valor real» de la operación ¹⁰, en este caso, claramente identificado con el precio satisfecho por el adquirente ¹¹.

⁶ En ese sentido, la STS de 7 de mayo de 1991 (NFJ001200) señalaba que «Valor real será, por tanto, la estimación económica o precio verdadero, no ilusorio, meramente imaginario o aparente de una cosa». Así pues, éste será el valor que debe aspirar a fijarse mediante la comprobación que realice la Administración cuando esté en desacuerdo con el valor declarado por el contribuyente, comprobación de la que quedarán al margen aquellos valores diferentes, superiores o inferiores a los que la Administración pudiera llegar a determinar como "real", cuando sean ciertos o verdaderos».

⁷ En ese sentido, la STS de 19 de noviembre de 1996 (NFJ005431), en línea con sentencias anteriores como la STS de 1 de diciembre de 1993 (NFJ003225), señaló que «cuando existe la completa certeza acerca de la veracidad del importe de la transmisión y de la normalidad de su formación, la identificación de los conceptos "valor real" y "precio auténtico" se impone». En contra de esta posición se manifestó FORNESA RIBÓ, R: *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales inter-vivos*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1974, pág. 97, sosteniendo una posición que a día de hoy debe considerarse superada. Radicalmente diferente ha sido la postura sostenida por CERVERA TORREJÓN, F. y MAGRANER MORENO, F.: «El control judicial del valor comprobado: una cuestión abierta», *Civitas REDF*, n.º 87, 1995, 469 y ss. Una posición intermedia entre ambas es la compartida por PLAZA VÁZQUEZ, A.: *El «valor real» tributario. Estudio en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y de sus relaciones con otros valores tributarios*, op. cit., pág. 441.

⁸ PÉREZ ROYO, F. y AGUALLO AVILÉS, A.: *Comentarios a la reforma de la Ley General Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 136.

⁹ Sobre esta cuestión CALVO VÉRGEZ: «El expediente de comprobación de valores en el ITP y AJD: aspectos sustantivos y procedimentales a la luz de la vieja (RCL 1963, 2490) y la nueva (RCL 2003, 2945) Ley General Tributaria», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 2004, págs. 3-24.

¹⁰ Vid. FENELLÓS PUIGSERVER, V.: «Límites a la comprobación de valores tributaria. Adquisición y subasta», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, tomo I, 1994.

¹¹ Vid. SSTs de 14 de enero de 1994 (RJ 1994/602) o la de 19 de noviembre de 1996 (NFJ005431).

- c) Un caso especial es el que se plantea respecto de las viviendas de protección oficial, cuyo valor de enajenación está condicionado por el valor máximo legal otorgado a las mismas por la normativa reguladora del sector. En estos casos, tal y como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ¹², se ha considerado «innecesaria la comprobación de valores (...) cuando el valor declarado coincidiera con el fijado oficialmente para su posible venta» ¹³. Únicamente cuando estas viviendas adquieran la condición de «libres», estarán sujetas al aludido procedimiento. En la misma situación se hallan las viviendas militares, cuyo precio se fija de acuerdo con la normativa prevista a estos efectos ¹⁴.
- d) Igualmente, la comprobación de valores no procedería en aquellos casos en los que pueda constatarse «la intervención de la propia Administración, como parte contratante», toda vez que aquí no hay que descubrir precio alguno oculto ¹⁵.

Así las cosas, en los casos en los que exista un precio fijado por ley o determinado por autoridades o funcionarios idóneos para ello, éste será la base impositiva que corresponda al acto gravado, sin que la Administración pueda realizar en dichos supuestos una comprobación de tales valores. Significativa es, en este sentido, la modificación que la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, realizó sobre el apartado 3 del artículo 46 del TRITP y AJD, en el que expresamente se alude a los casos en los que tanto el valor declarado como el comprobado habrán de ceder ante el «precio o contraprestación pactada» a efectos de calcular la base imponible del impuesto, extremo que, lógicamente, implicará que dicha magnitud sea conocida con certeza, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

1.B. Supuestos en los que se declara en función del «valor fiscal» facilitado por la Administración

Al margen de los supuestos anteriores, existen otros en los que tampoco cabría, en principio, la comprobación de valores. Nos referimos a aquellos casos en los que el contribuyente declara como «valor real» la cantidad en la que la Administración, ya sea de un modo objetivo y genérico, ya a petición del propio interesado, considera que debe cifrarse el valor del inmueble de que se trate, valoración a la que nos referiremos con la expresión «valor fiscal».

¹² A la doctrina del TS se refiere la DGT en Consulta V1342-06, de 5 de julio de 2006 (NFC023076), donde señala que «es conveniente recordar que las viviendas de protección oficial, precisamente por esta característica, tienen en general un valor inferior a las de renta libre, como ha establecido el Tribunal Supremo en una consolidada jurisprudencia, de la que cabe señalar las Sentencias de 26 de marzo de 1963, 22 de abril de 1985 y 24 de febrero de 1986, referidas a transmisiones inter vivos, y las de 19 de junio de 1989 y 28 de junio de 1991 relativas a sucesiones mortis causa. A este respecto, en la última de ellas, el Tribunal Supremo hacía en su fundamento de derecho segundo las siguientes afirmaciones: «... tales viviendas se hallan sometidas a una serie de limitaciones respecto de su venta, uso y arrendamiento que inciden en la atribución de su precio real, precio máximo legal que debe coincidir con el precio de mercado, lo que hace innecesaria la comprobación de valores, ya que para alterar el precio máximo sería necesario eliminar unas limitaciones que son las que condicionan el precio máximo. Como tales viviendas entran en el mercado inmobiliario no en condiciones de igualdad, sino de inferioridad económica respecto de las de renta libre, debido a la intervención administrativa durante el tiempo que dura la calificación, el heredero o legatario que adquiere por este título una vivienda de protección oficial adquiere un bien que siempre tiene menor valor que el que tendría de no habersele atribuido aquella naturaleza, minoración que ha de tener su reflejo a efectos tributarios, en la estimación de su valor».

¹³ STS de 18 de julio de 1998 [rec. 9912/1997 (NFJ006803)].

¹⁴ Vid. SSTSJ de Extremadura de 19 de octubre de 2006 (JUR 2006/256800) o la de 29 de noviembre de 2006 (NFJ026383).

¹⁵ Vid. STS de 29 de septiembre de 1996 (RJ 1996/7247).

En ese sentido, la LGT regula en diferentes preceptos estos supuestos que, de nuevo sin intención de profundizar en los mismos, pasamos a enumerar.

- a) En primer término, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 134 de la LGT y 157 del Reglamento General de Gestión, Inspección y de Aplicación de los Tributos (RGGIAT) ¹⁶, en virtud de los cuales no cabría la comprobación de valores en los supuestos en los que el obligado hubiera declarado utilizando valores publicados por la propia Administración actuante en aplicación de alguno de los medios señalados en el artículo 57.1 del citado cuerpo legal. Como tendremos ocasión de examinar, este sistema se aproxima a la fórmula italiana de la *valutazione automatica* arbitrada a efectos del Impuesto de Registro aplicable en ese país, cuestión sobre la que volveremos más adelante. En esa línea, la práctica totalidad de comunidades autónomas han publicado, sobre todo respecto de los inmuebles urbanos, los valores de referencia u orientativos (unos basados en el valor catastral multiplicado por un coeficiente, mientras que otras comunidades autónomas utilizan precios medios), que servirán de ayuda a los contribuyentes a la hora de autoliquidar el tributo, y cuya aplicación como valor mínimo de tales inmuebles debería excluir, en términos generales, la posterior comprobación administrativa. Utilizamos el condicional para referirnos a esta cuestión porque la normativa aplicable en algunas comunidades autónomas se aparta de lo señalado en los preceptos mencionados cuando, en lugar de excluir la comprobación en dichos casos, simplemente la declaran como «no prioritaria», lo cual, evidentemente, deja la puerta abierta para tal actuación administrativa ¹⁷.
- b) Por otra parte, y a tenor del artículo 90 de la LGT, «Cada Administración tributaria informará, a solicitud del interesado y en relación con los tributos cuya gestión le corresponda, sobre el valor a efectos fiscales de los bienes inmuebles que, situados en el territorio de su competencia, vayan a ser objeto de adquisición o transmisión», información que «tendrá efectos vinculantes durante un plazo de tres meses, contados desde la notificación al interesado, siempre que la solicitud se haya formulado con carácter previo a la finalización del plazo para presentar la correspondiente autoliquidación o declaración y se hayan proporcionado datos verdaderos y suficientes a la Administración tributaria». En estas condiciones, por tanto, no cabe la comprobación de valores, que únicamente podría afectar a los «elementos de hecho y circunstancias manifestados por el obligado tributario», cuando se considere que pueden ser falsos o insuficientes ¹⁸.
- c) En último término, podríamos mencionar también el supuesto de los denominados «acuerdos previos de valoración» que los obligados pueden solicitar en virtud del artículo 91 de la LGT y cuando la normativa reguladora de cada tributo así lo prevea, para que la Admi-

¹⁶ Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

¹⁷ Así, por ejemplo, *vid.* Instrucción de 30 de junio de 2009, del Director de la Agència Tributària de Catalunya, o la Instrucción de la DGT, de 7 de diciembre de 2005, aplicable en la Comunidad Valenciana.

¹⁸ *Vid.* en ese sentido, para la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 24 de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre o para la Comunidad Autónoma de Galicia, la disposición adicional 1.ª de la Ley 9/2008, de 28 de julio, modificada por Ley 9/2009, de 22 de diciembre. Sobre este tema, GARCÍA BERRO, F.: «Análisis jurídico de la obligación administrativa de informar sobre el valor de los inmuebles», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 81, 2008, págs. 55 y ss.

nistración determine con carácter previo y vinculante la valoración a efectos fiscales de bienes tales como los inmuebles. En ese sentido, la mayoría de las Comunidades Autónomas han hecho uso de tal posibilidad a efectos del ITP, aunque variando el plazo durante el cual estos acuerdos serán vinculantes para la Administración ¹⁹.

La nota común más significativa de los valores mencionados puede resumirse en la mayor seguridad jurídica en la que debería traducirse su utilización para los contribuyentes, toda vez que les permitirá conocer la valoración que la Administración estima que tienen los bienes cuya transmisión resulta gravada a efectos del ITP. No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que estamos ante un tributo cedido a las comunidades autónomas, por lo que existe la posibilidad de que algunas de ellas no publiquen de forma oficial tales valores y, por tanto, las mismas no queden vinculadas por las valoraciones objetivas y generales a las que hicimos referencia en primer lugar; o bien, en el caso de los «acuerdos previos de valoración», que los mismos no hayan sido incluidos en la normativa aplicable a esos efectos en todas las autonomías, ya que en este caso la LGT se remite a la previsión que sobre este tema efectúe la normativa reguladora de cada tributo.

En todo caso, lo cierto es que la intención del legislador en los supuestos apuntados pasa por intentar reducir la litigiosidad que rodea a este tema cuando los contribuyentes se «avienen» a los valores prefijados por la Administración ²⁰, aspecto sobre el que habremos de volver más adelante pues, aunque la finalidad de dichas medidas es loable, su consecución pensamos que debería conducir al legislador a acometer algunas modificaciones sobre la normativa aplicable en esta materia.

1.C. Otros supuestos en los que el «valor declarado» adquiere la condición de «valor real». Una referencia a los efectos de la prescripción

Al margen de los casos en los que el obligado cuantifica la base imponible del ITP en función del precio cierto de la transmisión, así como de aquellos otros en los que efectivamente se descarte la comprobación de valores por parte de la Administración al haberse declarado en función del «valor fiscal» facilitado por ella, existen otros supuestos en los que el valor declarado por el contribuyente habrá de identificarse con el «valor real» al que hace referencia el artículo 10 del TRITP y AJD.

Así, en primer lugar, esto sucederá en aquellos casos en los que, aun existiendo comprobación de valores por parte de la Administración, el resultado que ésta arroja es un valor inferior al declarado por el contribuyente, en cuyo caso este último será el que prevalezca, tal y como se desprende del artículo 46.3 del TRITP y AJD ²¹.

¹⁹ Véase, a modo de ejemplo, el artículo 16 del Decreto Legislativo 62/2008, de 19 de junio, para la Comunidad Autónoma de Cantabria, o el artículo 44 de la Ley 1/2008, de 25 de septiembre, para Castilla y León.

²⁰ Así, la Instrucción 1/2009, de 18 de febrero, de la Directora de la Agencia Tributaria de las Illes Balears, explica cómo «La aprobación de unas reglas internas de valoración en la gestión tributaria de los citados impuestos, una vez conocidas por los contribuyentes, permiten a éstos consignar en sus declaraciones unos valores que, en principio, van a admitirse como válidos. Este sistema ha demostrado ser de una gran utilidad, en la medida en que favorece el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes y agiliza la tarea de revisión de los valores».

²¹ Previsiones similares las encontramos en el Derecho comparado. Así *vid.* el artículo 52 de la Ley reguladora del Imposta di registro en Italia, (D.P.R. n. 131 de 26 aprile 1986), o artículo 684 del Code General des Impôts français. *Vid.* a este respecto, la teoría del «mayor valor» esgrimida por CALVO ORTEGA, R. «Impuesto sobre las Donaciones», en *Fiscalidad de las Sucesiones y Donaciones*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 1991, págs. 354-355.

Además, también existe la posibilidad de que la Hacienda autonómica no inicie, o en su caso no culmine con éxito, un procedimiento de comprobación sobre el importe consignado en la base imponible del ITP, en cuyo caso habrá de concluirse que el valor declarado por el contribuyente resulta finalmente asimilado al valor real de la transmisión ²².

Para que esta identificación terminológica pueda predicarse en términos absolutos tiene que haber transcurrido, lógicamente, el periodo de prescripción, a cuyo término, sin haberse puesto en marcha una comprobación de valores o, en el caso de que sí se hubiera iniciado, la misma bien no hubiese tenido éxito, la Administración habrá de aceptar la valoración declarada por el contribuyente.

No obstante lo anterior, lo cierto es que son numerosos los conflictos surgidos en torno a la prescripción del derecho de la Administración a comprobar problemas de diferente índole que, por otra parte, no siempre se han solucionado con el mismo criterio por parte de la jurisprudencia.

A este respecto, la mayor parte de los supuestos enjuiciados en torno a esta cuestión están directamente relacionados con la posibilidad de que el plazo de prescripción se vea interrumpido por una comprobación de valores que, posteriormente, se invalida, supuesto en la mayor parte de los casos relacionado con la falta de motivación de los actos administrativos.

Aunque será más adelante cuando abordemos la importancia y significado que cabe atribuir a la motivación de las actuaciones de comprobación, interesa ahora adelantar los efectos que la ausencia de la misma puede provocar, extremo sobre el que se ha manifestado la jurisprudencia con interpretaciones no sólo divergentes, sino incluso opuestas, que conviene poner de relieve.

Dichas manifestaciones, en su mayoría, guardan estrecha relación con la calificación que haya de darse a los actos de comprobación de valores carentes de motivación, entendida ésta como suficiente y no en términos de exhaustividad ²³. Esto es, si los mismos deben calificarse como nulos de pleno derecho –privando al acto administrativo de existencia y eficacia, extremo que lleva a negar en estos casos la interrupción de la prescripción de dichos actos– o simplemente anulables ²⁴, diferencia plenamente asentada en el Derecho Administrativo ²⁵ así como en el Derecho tributario ²⁶.

En la línea de esa diferenciación se sitúa la mayor parte de nuestra doctrina y jurisprudencia que, partiendo de afirmaciones como la realizada por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en Resolución de 28 de mayo de 2004 ²⁷, señalando que «no puede surgir una eficacia interruptiva de

²² Téngase en cuenta que, de conformidad con la normativa actual, la comprobación de valores no es una obligación, sino una facultad en manos de la Administración que, evidentemente, puede declinar su derecho a ponerla en marcha. *Vid.* PÉREZ ROYO, F. y AGUALLO AVILÉS, A.: *Comentarios a la Reforma de la Ley General Tributaria*, *op. cit.*, pág. 133.

²³ *Vid.* entre otras, STS de 9 de junio de 2003 (NFJ016849), donde se señala respecto de los actos de comprobación de valores que «su motivación no tiene que ser exhaustiva, la específica suficiencia de cada comprobación dependerá de que sirva para llevar al conocimiento del contribuyente las razones en que se funde para que pueda aceptarlas o impugnarlas».

²⁴ *Vid.* FERNÁNDEZ JUNQUERA, M: «La prescripción de la obligación tributaria. Un estudio jurisprudencial», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 56-57. En el mismo sentido se había manifestado también DE JUAN LOZANO, A.M.: *La interrupción de la prescripción tributaria*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 79-80.

²⁵ *Vid.* artículos 62 y 63 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

²⁶ *Vid.* artículos 153 y 154 de la LGT de 1963 y artículo 217 de la LGT de 2003.

²⁷ Resolución TEAC n.º 00/1903/2001 (NFJ017396).

la prescripción, pues sólo puede, obviamente, interrumpirse la prescripción de algo que existe y no la de algo que no tiene existencia ni eficacia para el derecho», reconoce únicamente la posibilidad de interrumpir la prescripción por parte de aquellos actos que hayan sido anulados por algún vicio o defecto que provoque su anulabilidad ²⁸, como sucedería con los actos de comprobación de valores faltos de motivación ²⁹.

Esta clasificación realizada en torno a los efectos de los actos administrativos ineficaces es la que ha determinado el fallo de la mayor parte de los pronunciamientos jurisprudenciales en el sentido apuntado, aunque también es cierto que algunos tribunales han defendido tesis diferentes, algunas de las cuales merecen ser destacadas.

En ese sentido, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana ha mantenido en varias sentencias una opinión opuesta a la mayoritaria, en el sentido de entender que «cualquiera que fuera el grado de invalidez que afectase a un acto administrativo, sea nulo de pleno derecho o simplemente anulable, ese acto, ineficaz, no puede producir efecto alguno, y en razón de esa ineficacia carece de virtualidad interruptiva. Afirmar lo contrario sería ir contra la naturaleza de las cosas, pues un acto contrario a derecho produciría efectos, concretamente el de interrumpir la prescripción» ³⁰. Este tipo de afirmaciones llevaron a este tribunal, aludiendo expresamente a la retroactividad del efecto jurídico de la anulación y no sólo de la declaración de nulidad de pleno derecho, a negar los efectos interruptivos de la prescripción de todos los actos de comprobación, ya fueran nulos o simplemente anulables, e incluso a afirmar que aunque la Administración puede realizar comprobaciones de valores al amparo de lo dispuesto en la LGT y el TRITP y AJD, «la ley no la habilita para hacerlo reiteradamente, hasta que alguna vez acierte, sino que el ejercicio de la comprobación sólo puede realizarse una sola vez, como una sola vez puede solicitar la comprobación contradictoria el contribuyente» ³¹.

Ciertamente, el criterio sostenido por el tribunal valenciano en torno a esta cuestión se aparta de la opinión mayoritaria sustentada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que en ocasiones se ha referido a dicho argumento señalando que «no es el que se adecua al ordenamiento jurídico ni es el que ha establecido la jurisprudencia de este Alto Tribunal» ³². Sin embargo, analizando las manifestaciones vertidas por el citado tribunal, consideramos que es necesario establecer una diferenciación entre las distintas afirmaciones que ha realizado a través de algunos de sus fallos. En ese sentido, limitar el ejercicio de la comprobación por parte de la Administración a un solo intento cuando se incurre en un defecto o vicio que, como la falta o insuficiencia de motivación, determina la anulabilidad del acto, nos parece una opinión difícil de sustentar a la vista de lo dispuesto, por

²⁸ A las diferencias entre los efectos que en el ámbito de la prescripción producen los actos nulos y los anulables aluden, entre otras muchas, las SSTs de 29 de diciembre de 1998 (NFJ007601), la de 19 de junio de 2004 (RJ/2004/7633) o, más recientemente, la de 29 de junio de 2009 (NFJ035201), donde señala que «la ineficacia de que se trata no es absoluta, sino relativa (anulable) y, por ende, tuvo virtualidad para interrumpir la prescripción alegada».

²⁹ En ese sentido, la falta de motivación del acto, cuando es exigida por el ordenamiento jurídico, es determinante de la anulabilidad, por dar lugar a indefensión, tal y como se desprende del artículo 63.1 de la LRJ-PAC.

³⁰ En ese sentido, *vid.* SSTSJ de Comunidad Valenciana, de 2 de diciembre de 2002 (JT/2003/467) o la de 6 de mayo de 2005 (JUR/2005/166614).

³¹ *Vid.* SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de abril de 1995 (JT/1995/508), de 1 de octubre de 1996 (JT/1996/1262) o de 2 de diciembre de 2002 (JT/2003/467).

³² STS de 29 de junio de 2009 (NFJ035201).

ejemplo, en el artículo 67 de la Ley de Procedimiento Administrativo, donde expresamente se señala que «La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan». En esa línea se manifiesta la jurisprudencia mayoritaria apuntando que «la Administración no sólo está facultada para dictar uno nuevo en sustitución del anulado, debidamente motivado, sino que está obligada a ello, en defensa del interés público y de los derechos de su Hacienda»³³.

Diferente, aunque susceptible de ser matizada, es la opinión que nos merece la eficacia que el tribunal valenciano atribuye a estos actos a efectos del cómputo del plazo de prescripción, considerando, en el contexto de la comprobación de valores, que al igual que sucede con los actos nulos, tampoco los anulables interrumpen dicho periodo. Ya hemos visto que la interrupción de la prescripción de los actos anulables es algo comúnmente admitido y, por tanto, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias discrepan de la opinión del tribunal valenciano. Sin embargo, consideramos necesario tener en cuenta que, en un tema como el que nos ocupa, aceptar dicha teoría permite a la Administración interrumpir la prescripción con actos anulables incluso si se dictan con conocimiento de su defecto de anulabilidad, con el único objetivo de interrumpir la prescripción. No resultan extrañas las comprobaciones masivas de valores sobre la compra de inmuebles en algunas comunidades autónomas a través, en muchos casos, de la notificación de actuaciones faltas de motivación y, por tanto, anulables.

A esta situación no ha sido ajeno tampoco el TS que, sin alterar el criterio de la eficacia interruptiva de la prescripción de los actos de comprobación anulables —que deben ser corregidos en los defectos de que pudieran adolecer antes de volver a ser notificados, y siempre dentro del nuevo plazo de prescripción que se abrió con el anterior acto que devino anulable—, considera que el derecho y deber de convalidación de dichos actos «no puede ser ilimitado por exigencias del principio de seguridad jurídica»³⁴. Partiendo de esa consideración, especialmente relevante en el contexto que nos ocupa, el citado tribunal considera de manera reiterada que, además de la prescripción, otro de los límites que operan respecto del derecho a corregir actuaciones anulables es el que se deriva de «la santidad de la cosa juzgada, es decir, si se repite la valoración con la misma o similar ausencia o deficiencia de motivación, comportaría la pérdida, entonces sí, del derecho a la comprobación de valores (...) y la Administración había de pasar por la valoración formulada en su día por el contribuyente»³⁵.

Ciertamente, con este criterio, se matizan y limitan las consecuencias negativas que podrían derivarse de comportamientos por parte de la Administración³⁶ con los que, a nuestro juicio, resultarían claramente lesionados los derechos de los contribuyentes³⁷. Téngase en cuenta que si los actos

³³ Vid. SSTs de 29 de diciembre de 1998 (NFJ007601), de 19 de septiembre de 2008 (NFJ034847) o de 29 de junio de 2009 (NFJ035201).

³⁴ STS de 19 de septiembre de 2008 (NFJ034847).

³⁵ SSTs de 7 de octubre de 2000 (NFJ009526), de 22 de septiembre de 2008 (NFJ030790) o de 29 de junio de 2009 (NFJ035201).

³⁶ Una valoración positiva del mismo se sostiene también por VILLASVERDE GÓMEZ, M.B.: «Límites a la reiteración de comprobaciones de valores de la Administración: Abuso de Derecho», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n.º 10, 2002, págs. 9 y ss.

³⁷ En ese sentido, LOZANO SERRANO, F.: «¿La anulación de la comprobación de valores permite una nueva valoración?», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, tomo II, 2000, págs. 2006 y ss., analiza «si las comprobaciones anuladas mantienen el efecto interruptivo de la prescripción que en su día provocaron, o, por el contrario, si pierden aquella eficacia interruptiva, como en buena lógica jurídica debería suceder ante la anulación del acto; de lo contrario, por grosera, superficial y arbitraria que resultara la valoración, podría la Administración mantener indefinidamente abierta la posibilidad de com-

anulables interrumpen la prescripción, las Administraciones autonómicas podrían colocar a los contribuyentes en una situación de pendencia indefinida a efectos de la comprobación de las valoraciones realizadas a efectos del ITP, realizando envíos masivos y periódicos de ese tipo de actuaciones aun a sabiendas de que las mismas pudieran adolecer de defectos que, sin el límite establecido por el TS, podrían repetirse continuamente ³⁸.

Así pues, en las condiciones analizadas relativas a la prescripción y a la santidad de cosa juzgada, los actos anulables que no sean debidamente convalidados en tiempo y forma provocarán que decaiga la posibilidad de la Administración de comprobar los valores consignados por los contribuyentes a efectos del ITP y, por tanto, el valor declarado en estos casos habrá adquirido la condición de valor real.

2. Relación entre «valor real» y «valor comprobado»

2.A. Consideraciones generales

A salvo de los supuestos en los que existe un precio cierto o, en su caso, una valoración fiscal del inmueble con efectos vinculantes para la Administración, lo cierto es que, atendiendo al artículo 134 de la LGT, así como al artículo 46 del TRITP y AJD, la Administración podrá comprobar el valor real de los bienes o derechos transmitidos, por cualquiera de los medios a los que hace referencia el artículo 57 de la LGT.

A través de ellos, y cuando como resultado de su aplicación se determine un valor diferente al declarado, y superior a éste, será ese valor comprobado el que la Administración habrá identificado como valor real. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta la posibilidad que los obligados tributarios tienen de oponerse al resultado de tales actuaciones de valoración. Piénsese así en el papel que a la tasación pericial contradictoria le atribuye actualmente la LGT, considerándola como un medio de corrección del valor obtenido con los diferentes medios de comprobación del artículo 57.1 de la LGT. En ese sentido la doctrina ha descartado la identificación en términos absolutos entre valor comprobado y valor real, ya que ello no haría sino convertir la determinación de tal valor en una competencia exclusiva de la Administración, con la merma evidente que ello implicaría respecto de las garantías de los contribuyentes ³⁹. De ese modo, y como consecuencia de su aplicación, el «valor comprobado» puede ceder ante el resultante de la aplicación de dicho procedimiento, así como ante

probación y liquidación del tributo, mediante sucesivas interrupciones del plazo de prescripción, aunque luego se anularan sus actuaciones».

³⁸ De esa idea parecía participar el TSJ de Murcia, en Sentencia de 27 de septiembre de 2000 (JUR/2000/228086), al afirmar que, con el único límite de la prescripción, «la Administración puede practicar las liquidaciones conducentes a la determinación de la deuda tributaria que estime oportunas en tanto no haya transcurrido el indicado plazo prescriptorio». Sobre esta cuestión *vid.* ALONSO ARCE: «La prescripción en los procedimientos tributarios y el Régimen de Concierto Económico de la Comunidad Autónoma del País Vasco», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 85.

³⁹ ALGUACIL MARÍ, P.: *Discrecionalidad técnica en la comprobación tributaria de valores. La problemática de su control judicial*, Ed. Diálogo, Valencia, 1999, pág. 274.

el «precio o contraprestación pactada», cuando éste sea conocido en términos de certeza, como se desprende del artículo 46.3 del TRITP y AJD.

De acuerdo con lo anterior, y sin olvidar que el «valor declarado» puede decaer en beneficio de otros valores, lo cierto es que cuando la Administración pone en marcha una comprobación de valores en torno a una transmisión inmobiliaria sujeta a TPO, debe aspirar a fijar el «valor real» de la misma con ayuda de alguno de los diferentes medios que con ese objetivo se relacionan en el artículo 57 de la LGT. Pues bien, en ese sentido, ha de repararse en el hecho de que la LGT no establece ningún orden de prelación respecto de la utilización por parte de la Administración de tales medios, por lo que debería escoger aquel que fuera más idóneo con la naturaleza del bien a valorar⁴⁰, teniendo en cuenta que la utilización de uno u otro de tales medios no tiene por qué arrojar la misma cantidad a materializar en la base imponible y, de hecho, en raras ocasiones coincidirán. Así las cosas, en función del medio elegido por la Administración, el «valor real» del inmueble transmitido así calculado puede variar, de donde cabe afirmar que, en este contexto, es preciso encontrar un significado para esa expresión. Hablamos de «un» significado y no de «el» significado, ya que consideramos que en este tema ha de partirse de la premisa, apuntada por el TS⁴¹, en virtud de la cual «no existe un valor real, entendido éste como un carácter o predicado ontológico de las cosas, en cuanto tal»⁴².

2.B. El papel del «valor de mercado» como valor de referencia de las comprobaciones de valores

Pues bien, en ese intento de concreción, tanto la doctrina⁴³ como la jurisprudencia del TS han aludido en varias ocasiones a la posibilidad de equiparar el «valor real» con el «valor de mercado»⁴⁴. Ahora bien, esta asimilación, defendida incluso en el pasado como el único modo de interpretar el concepto «valor real»⁴⁵, no puede predicarse hoy⁴⁶, ya que ello impediría, por ejemplo, la identificación analizada entre «valor real» y «precio cierto».

De todos modos, aunque con esas salvedades, lo cierto es que el TS ha aludido también en múltiples ocasiones a la posibilidad de que la Administración, iniciada la comprobación, concrete el concepto de «valor real» asimilándolo al «valor de mercado», entendido éste como el «importe neto

⁴⁰ Vid. KIRCHHOF, P.: *Die Steuerwerte des Grundbesitzes*, Dr. Peter Deubner, Köln, 1985, pág. 18.

⁴¹ STS de 5 de octubre de 1995 (NFJ004034).

⁴² En ese sentido, TIPKE, K.: *Die Steuerrechtsordnung*, vol. II, Dr. Otto Schmidt, Köln, 1993, págs. 848-849, insiste también en la inexistencia de un concepto intrínseco de valor, aludiendo al carácter relativo del concepto de valor.

⁴³ ESEVERRI MARTÍNEZ, E.: «La valoración en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales», en *Valoración en Derecho tributario*, IEF, Madrid, 1991, pág. 146.

⁴⁴ Vid. DGT de 27 de marzo de 2007, n.º V0626-07 (NFC033536), al señalar que «El concepto de valor real constituye un concepto jurídico de difícil determinación, que el TS viene considerando como el valor intrínseco o por naturaleza del bien o derecho, o valor verdadero, asimilándolo al valor de mercado cuando esto sea posible por existir un mercado de los bienes o derechos transmitidos (Sentencia de 7 de mayo de 1991)».

⁴⁵ Dicha identificación en términos absolutos sirvió a la jurisprudencia, en una línea ya abandonada, para justificar que el valor de los bienes adjudicados en subasta podía ser comprobado cuando la Administración considerara que el precio de adjudicación en subasta estaba por debajo del de mercado. Vid., en ese sentido, SAN de 19 de junio de 1994 (JT/1994/847) o STSJ de Castilla y León de 18 de octubre de 1994 (JT/1994/1211).

⁴⁶ Vid. GARCÍA MARTÍNEZ: *El valor tributario: su determinación objetiva y convencional*, Bosch, Barcelona, 2006, págs. 58 y ss.

que razonablemente podría esperar recibir un vendedor por la venta de una propiedad en la fecha de la valoración, mediante una comercialización adecuada y suponiendo que existe al menos un comprador potencial correctamente informado de las características del inmueble, y que ambos, comprador y vendedor, actúan libremente y sin un interés particular en la operación (...)»⁴⁷.

Este tipo de manifestaciones asimilando «valor real» y «valor de mercado» han sido objeto de críticas al entender que si bien dicha identificación puede ser útil en un mercado «abierto y claro, como puede ser el bursátil»⁴⁸, la misma pierde su virtualidad si tenemos en cuenta que, como continúa señalando el aludido tribunal, «en la realidad predominan versiones o variedades de mercados imperfectos», en los que las relaciones de cambio que se producen en la vida económica son «expresión y cuantificación del valor o apreciación que cada una de ellas tiene para los sujetos que desean adquirirlas o transmitirlas»⁴⁹.

Pues bien, teniendo en cuenta las operaciones sobre las que pivota el objeto de este trabajo, esto es, las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, de entre las cuales aquellas que tengan por objeto la vivienda centrarán la mayor parte de la problemática que en cuestiones de valoración generan aquéllas, tales afirmaciones despliegan toda su virtualidad⁵⁰. Piénsese que el mercado de la vivienda se ve especialmente condicionado por una serie de características que hacen de él uno de los más imperfectos, toda vez que existen unos factores que no hacen sino modificar de forma sustancial los parámetros con los que opera un mercado perfecto⁵¹.

Pese a ello, lo cierto es que la Administración ha de poder determinar un valor en aquellos casos en los que considere que el declarado por los contribuyentes no se ajusta al real, por lo que también ha sido frecuente encontrar en la normativa específica sobre valoración la correspondencia entre «valor real» y «valor de mercado»⁵², expresión esta completada en algunos casos con la mención a dicho valor teniendo en cuenta el «uso óptimo del bien inmueble»⁵³. Ésa es precisamente la

⁴⁷ STS de 5 de octubre de 1995 (NFJ004034). En ese sentido, la Orden ECO/805/2003, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, a la que haremos referencia posteriormente, recoge también un concepto de «Valor de mercado o venal de un inmueble (VM)», con un significado similar al señalado *supra*. En la misma línea podemos ver la definición de valor de mercado en la norma internacional de valoración n.º 1 (NIV n.º 1), *Market value basis of valuation*, en la que se define el valor de mercado como «la cantidad estimada por la cual, en la fecha de valoración, se intercambiaría voluntariamente una propiedad entre un comprador y un vendedor en una transacción libre después de una comercialización adecuada en la que cada una de las partes ha actuado experimentada, prudentemente y sin presiones». *Vid.* BOWMAN, S.A.: «Built-in gain discounts for transfer tax valuation: a resolution for the big debate», en *Akron tax journal*, n.º 24, 2009, pág. 120.

⁴⁸ PERIS GARCÍA, P.: «La valoración de los bienes en el Ordenamiento Tributario Español», *Palau* 14, n.º 22, 1994, pág. 36.

⁴⁹ *Vid.* STS de 5 de octubre de 1995, ya citada (F.J. 4.º).

⁵⁰ Sobre las diferentes consecuencias de la valoración en función de la naturaleza del bien. *Vid.* LANG, J.: «Steuergerechtigkeit durch Steuervereinfachung», en la obra *Steuervereinfachung*, C.F. Müller, Heidelberg, 1994, pág. 43.

⁵¹ Los factores causantes de la imperfección que acompaña al mercado de la vivienda son detallados por TRILLA, C. y LLERA, S.: «Elementos explicativos del comportamiento del precio de la vivienda», *Revista del Colegio de Economistas de Madrid*, Madrid, 2003.

⁵² La indefinición que, al igual que sucede con el valor real, acompaña también a la expresión «valor de mercado», es analizada por GALAPERO FLORES, R.: «La referencia al valor de mercado en los tributos que gravan la renta y la titularidad de elementos patrimoniales», *RDFHP*, n.º 257, 2000, págs. 623-625.

⁵³ Por «uso óptimo» entiende dicha Resolución de la DGT, «el más probable, financieramente factible y adecuadamente justificado que se hace de un bien dentro de las posibilidades físicas y legales y que da como resultado el mayor valor del

expresión utilizada por la DGT en Resoluciones como la de 1 de diciembre de 2008, sobre la normativa técnica de las valoraciones inmobiliarias. Ahora bien, de la lectura de la definición que ahí se ofreció de «valor de mercado para el uso óptimo del bien inmueble», entendiendo por tal «*la cantidad estimada* por la cual, en la fecha de valoración, se intercambiaría voluntariamente un activo entre un comprador y un vendedor en una transacción libre después de una comercialización adecuada en la que cada una de las partes ha actuado experimentada, prudentemente y sin coacción», se desprende ya lo que, a nuestro juicio, debe ser una de las conclusiones de este estudio.

En ese sentido ha de tenerse en cuenta que la propia DGT, a través de la definición de ese concepto, reconoce que el valor de mercado sólo facilitará a la Administración una cantidad «estimada», que será útil para llegar a concretar el valor del inmueble en los casos en los que la Administración esté en desacuerdo con el valor declarado, pero que no puede identificarse con el valor por el que las partes han efectuado la transmisión en términos de certeza, en cuanto que precio verdadero, magnitud necesariamente desconocida para la Administración cuando exista presunción de ocultación ⁵⁴.

Sin embargo, el desconocimiento de esa magnitud no debería ser interpretado en el sentido de entender que el legislador aspira a determinar y, por tanto, a gravar, a efectos del ITP, una cantidad diferente al verdadero importe por el que se ha realizado la transmisión del inmueble ⁵⁵. En este entendimiento resulta ilustrativa una de las modificaciones que sobre el TRITP y AJD, realizó la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que, entre otras cuestiones, se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio. En la propia exposición de motivos de esta norma se señala textualmente la introducción de «una regla de cuantificación del valor de los bienes y derechos en el procedimiento de comprobación de valores por parte de la Administración consistente en fijar dicho valor, al menos, en el *precio o contraprestación de la operación* de que se trate, puesto que, como mínimo, alcanza tal valor para las partes». Como consecuencia de ello, el artículo 46 del TRITP y AJD fue modificado en su apartado 3, para señalar que «Cuando el valor declarado por los interesados fuese superior al resultante de la comprobación, aquél tendrá la consideración de base imponible. Si el valor resultante de la comprobación o el valor declarado resultase inferior *al precio o contraprestación pactada*, se tomará esta última magnitud como base imponible».

Así las cosas, el legislador ha venido a normar una cuestión ya aceptada anteriormente. Esto es, cuando exista constancia del precio acordado entre las partes, éste será el que habrá de consignarse a efectos de la base imponible del ITP, prevaleciendo sobre el valor declarado e incluso sobre el comprobado. En esa línea, algunas de las últimas normas aprobadas en materia de medios de valo-

bien valorado». En ese sentido, la resolución sigue a la NIV n.º 1, *Market value basis of valuation*. Vid. MCPARLAND, C., MCGREAL, S. y ADAIR, A.: «Concepts of price, value and worth in the United Kingdom. Towards a European perspectiva», *Journal of Property Investment & Finance*, vol. 18, n.º 1, 2000, págs. 84 a 102; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A.: «Reflexiones en torno a la adaptación en la normativa contable española del criterio del valor razonable: pasos futuros a seguir», *Contaduría Universidad de Antioquia*, n.º 53, págs. 103-120.

⁵⁴ SEER, R.: *Verständigungen in Steuerverfahren*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 1996, pág. 198.

⁵⁵ En el Derecho comparado encontramos muestras de impuestos que gravan las transmisiones patrimoniales entre particulares cuya base imponible está expresamente definida como «el valor de la contraprestación pactada». Así, por ejemplo, en Alemania, vid. el § 8, apartado 1 GrEStG («Grunderwerbsteuergesetz»). Ilustrativo resulta también que el artículo 1, apartado 497 de la ley financiera italiana de 2006, donde se permite que la base imponible del Impuesto de Registro venga determinada por el «valor catastral actualizado» del inmueble, sin perjuicio de que haya de consignarse también en la escritura el «precio o contraprestación pactada» entre las partes, cuestión que analizaremos más adelante con mayor profundidad.

ración, como es el caso de la Orden de 4 de marzo de 2010, de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda de Castilla-La Mancha, prescinden en los aludidos supuestos de la referencia al «valor real» o al «valor de mercado», señalando que «los valores declarados no pueden ser inferiores *al precio o contraprestación pactada*».

En el mismo sentido se manifiesta también la Orden de 18 de diciembre de 2009, de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, aunque esta norma da un paso más al señalar, en su artículo 3.3, último párrafo, que la «Administración podrá iniciar un procedimiento de comprobación del precio o contraprestación pactada». A nuestro juicio, este inciso trasciende de aquellas operaciones en las que existe un precio cierto e indubitado, sobre las que la comprobación no tiene cabida en términos generales, pareciendo querer situar al procedimiento de comprobación de valores en el ámbito del ITP, no ya en torno a un abstracto «valor real», sino sobre un concepto similar al utilizado para definir la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), centrado en el importe de la contraprestación.

Si ello fuese finalmente así, extremo que debería provocar una modificación de la redacción del artículo 10 del TRITP, al menos respecto de la definición de la base imponible de las operaciones que aquí hemos tratado, se pondría fin a una situación manifestada habitualmente en el desarrollo de la labor administrativa de comprobación de valores. Nos referimos a las diferencias sustanciales que a esos efectos ha venido introduciendo la Administración en materia de comprobación, en función del tributo, IVA o ITP, en cuyo ámbito se realice dicha actividad, sin que, en ocasiones, exista una justificación fundada para ello. En este sentido, ha de tenerse en cuenta la delgada línea que determina la tributación de algunas operaciones inmobiliarias, bien por IVA, bien por ITP, tal y como sucede, por ejemplo, con las transmisiones inmobiliarias que tienen por objeto las segundas y ulteriores entregas de edificaciones. Así, cuando estas operaciones son realizadas por un promotor, la LIVA las califica como las entregas de bienes exentas⁵⁶, habiendo de tributar por TPO. Repárese en el hecho de que no se trata de operaciones no sujetas, sino que, por el contrario, son transmisiones susceptibles de ubicarse en el ámbito del hecho imponible del IVA, pero que el legislador ha decidido exonerar de gravamen, exención a la que el sujeto pasivo podrá, además, renunciar en determinados casos y cumpliendo los requisitos legales previstos para ello.

Pues bien, ante este tipo de operaciones, si lo que procede es aplicar el IVA, por renuncia a la citada exención, la labor de comprobación de la Administración se ha venido centrando en la contraprestación efectivamente satisfecha, mientras que si la transacción resulta gravada por el ITP, como sucederá en la mayoría de los casos, la Administración trataría de hallar «aquel montante dinerario que más se adecue a un artificioso "valor real" del bien o derecho transmitido»⁵⁷. A nuestro juicio, este tipo de situaciones ponen de manifiesto un absurdo, toda vez que el valor de una misma operación, realizada por los mismos sujetos, que en supuestos como el que nos ha servido de ejemplo pueden «elegir» el impuesto por el que tributarán (renunciando o no a la citada exención cuando cumplan los requisitos establecidos al efecto), determinará que la labor de comprobación adminis-

⁵⁶ Vid. artículo 20 de la LIVA.

⁵⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I.: «Las actuaciones de la Inspección de los Tributos en materia de comprobación de valores», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, vol. III, 1997; MOCHÓN LÓPEZ, L.: «El valor real de los inmuebles como valor de referencia tributario y su comprobación mediante la referencia al valor catastral como medio de lucha contra el fraude», *Quincena Fiscal*, n.º 22, 2008, pág. 43.

trativa tenga un objetivo distinto en términos del valor que pretende alcanzar, y ello en función del tributo que resulte aplicable⁵⁸.

Por todo lo anterior, la aludida modificación del artículo 46.3 del TRITP y AJD, así como las normas autonómicas que se han adaptado al mismo introduciendo incluso la referencia expresa al «precio o contraprestación pactada» como objetivo del valor a determinar vía comprobación nos parece positiva, aunque insuficiente por sí sola para poder articular un procedimiento coherente de comprobación de valores en el ámbito de las operaciones que nos ocupan.

3. Primeras conclusiones acerca del concepto de «valor real» en el ITP

De todo lo expuesto hasta el momento pueden extraerse ya algunas consideraciones. Así, en primer lugar, pensamos que la interpretación de la expresión «valor real» debe realizarse partiendo de la finalidad que lleva implícita, esto es, teniendo muy presente la importante bolsa de fraude que generan las transmisiones inmobiliarias. Será precisamente la presunción de que ha existido una ocultación de parte del precio por los contratantes la que debería provocar la actuación comprobadora por parte de la Administración, situación que debería estar siempre suficientemente motivada huyendo de las comprobaciones en masa a las que nos tienen acostumbrados las haciendas autonómicas⁵⁹.

Así pues, si atendemos a la finalidad antifraude atribuida a la expresión «valor real» en el ámbito del ITP, en aquellos casos en los que la Administración esté en desacuerdo con el valor declarado por el contribuyente, pondrá en marcha una comprobación de valores con la que sólo podrá llegar a determinar un valor teórico, estimado⁶⁰ o razonable a efectos tributarios⁶¹, y es que, como ha señalado ALGUACIL MARÍ, «si la actividad comprobadora tiende a la consecución de la certeza, su resultado no se corresponde necesariamente con ésta, puesto que, como toda actividad de reconstrucción de los hechos o del dato histórico, supone siempre, en alguna media, la emisión de un juicio de probabilidad»⁶².

⁵⁸ Cfr. CERVERA TORREJÓN, F.: «La conveniencia de otorgar competencia normativa a las comunidades autónomas en relación con la base imponible del gravamen sobre "transmisiones patrimoniales onerosas", en *IV Jornada Metodológica Jaime García Añoveros. La reforma de la financiación autonómica en el marco de los nuevos estatutos*, IEF, Doc. 11/2008, pág. 42.

⁵⁹ Como ya se ha señalado, la motivación en los actos de comprobación de valores no se exige en términos de exhaustividad, pero sí de suficiencia, entendiéndose que «la específica suficiencia de cada comprobación dependerá de que sirva para llevar al conocimiento del contribuyente las razones en que se funde para que pueda aceptarlas o impugnarlas». *Vid.* STS de 9 de junio de 2003 (NFJ016849), entre otras. Afortunadamente, tanto el TEAC como el TS han considerado la motivación de estos actos como una exigencia fundamental del principio de no indefensión de los contribuyentes, lo que les ha llevado a impugnar todos los actos de comprobación en los que no aparece una fundamentación explícita de las valoraciones. Sobre esta cuestión *vid.* GIL CRUZ, E.M.^a: «La motivación de los actos tributarios», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 37 y ss., así como la jurisprudencia allí citada.

⁶⁰ En ese sentido, la oficina virtual de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía se refiere expresamente a la posibilidad de obtener el *valor real estimado* de bienes inmuebles urbanos, a efectos de determinación de la base imponible del ITP y AJD.

⁶¹ ROZAS VALDÉS, J.A.: «Reiterar y motivar la comprobación de valores», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, 2003, tomo II, pág. 2.192.

⁶² ALGUACIL MARÍ, P.: *Discrecionalidad técnica en la comprobación tributaria de valores. La problemática de su control judicial*, *op. cit.*, pág. 130. En el mismo sentido, BRANDÃO LEAL, M.T.: *A avaliação indirecta da matéria tributável reflexão*

De ese modo, cualquiera que sea la denominación que se otorgue finalmente al aludido valor, lo que debería buscar la Administración es una cantidad que, ante la presunción de ocultación por parte de los contribuyentes, ha de consignarse como valor real, y que debería identificarse con el precio más probable por el cual el inmueble se habrá transmitido entre las partes, para cuya tarea la ley prevé diferentes medios de comprobación. Es en ese momento cuando, como ya apuntamos, se van a plantear mayores problemas como consecuencia de las diferencias existentes entre dichos medios y la inexistencia de un orden estipulado para la Administración en la elección del más idóneo en cada caso. Así, respecto de los inmuebles valorados a efectos del ITP, no es difícil constatar la preferencia de las distintas comunidades autónomas por medios diferentes de comprobación de los enumerados en la LGT y, entre ellos, como veremos, algunos se separan claramente del referido concepto de «valor de mercado» antes reproducido. Esto, unido a la alusión expresa por parte de algunas normas de valoración autonómicas al procedimiento de comprobación referido al «precio o contraprestación pactada», nos lleva a concluir la pérdida de peso específico del «valor de mercado» como referente de las comprobaciones administrativas de valor en el ámbito de las operaciones que nos ocupan.

Al margen de lo anterior, lo cierto es que la libertad que tanto la LGT como el TRITP y AJD confieren a la Administración para elegir, de entre diferentes medios de comprobación, el que estime más conveniente en cada caso, provoca, además de una posible lesión de otros principios de justicia tributaria, una notable inseguridad jurídica para el contribuyente, que no puede conocer a priori el valor que, ante una eventual comprobación, asignará la Administración al inmueble objeto de transmisión.

Pues bien, esta situación no se ha solucionado, ni mucho menos, con los cambios que la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ha introducido sobre el tenor literal del citado precepto. Así, en primer lugar, el legislador ha normativizado⁶³ una práctica que venía siendo habitual por parte de las comunidades autónomas, que consideraban como valor real a efectos del ITP el valor catastral de los inmuebles actualizado a través de coeficientes multiplicadores, situación que había sido objeto de críticas por parte de la jurisprudencia⁶⁴. En nuestra opinión, esta modificación podría haber sido aprovechada para situar a este medio de comprobación de valores de carácter «objetivo» en el centro de este procedimiento cuando la comprobación aspire a concretar el valor de las transmisiones inmobiliarias a efectos del ITP, de forma que, advertida la presunción de ocultación, debidamente motivada, el valor a aplicar fuese siempre la «valoración fiscal» determinada con carácter previo y general para cada inmueble, con los matices a los que luego aludiremos.

sobre a responsabilidade penal do arguido, Faculdade de direito da universidade do porto, 2008, pág. 24, «As dúvidas sobre o valor tributável são apenas as conaturais ao próprio acto de apuramento de um valor por meio de métodos indirectos, onde o valor encontrado é sempre um valor probabilístico e não um valor absolutamente certo». En esa línea se manifestó también TIPKE, K: *Die Steuerrechtsordnung*, vol. II. *op. cit.* pág. 848.

⁶³ *Vid.* artículo 57.1 b) de la LGT y artículo 158.1 del RGIT. Sobre esta cuestión *vid.* MOCHÓN LÓPEZ, L: «El valor real de los inmuebles como valor de referencia tributario y su comprobación mediante la referencia al valor catastral como medio de lucha contra el fraude», *op. cit.*, págs. 50 y ss.

⁶⁴ Ante este tipo de prácticas la jurisprudencia reaccionó en sentido negativo. Así, el TS, en Sentencia de 9 de abril de 2002 [rec. 2133/2001 (NFJ012199)], señaló, en línea con lo apuntado por el Ministerio Fiscal, que «la Administración puede acudir a cualquiera de los medios indicados en el artículo 52 de la LGT, pero lo que no es admisible es, como ha ocurrido en este caso, emplear un medio de comprobación basado en el valor obrante en un registro oficial y, luego, modificarlo, actualizarlo o completarlo mediante un coeficiente, con el fin de obtener el valor de mercado del bien, pues con tal proceder se están mezclando dos criterios de valoración perfectamente diferenciados en la citada ley».

Otra de las novedades introducidas sobre el artículo 57 de la LGT ha sido la desaparición de la mención a la «tasación pericial contradictoria» de entre los medios de comprobación de valores, pasando a considerarse, en la línea ya manifestada anteriormente por la doctrina, como un «medio de impugnación de una comprobación de valores acordada por la Administración»⁶⁵. En torno a la aplicación de este procedimiento va a girar también una parte importante de este trabajo ya que, como veremos, la normativa de algunas comunidades autónomas ha incorporado modificaciones en el procedimiento de las tasaciones periciales contradictorias promovidas contra actuaciones de comprobación de valores, las cuales, como tendremos ocasión de analizar, están planteando en la práctica importantes problemas de indefensión para los contribuyentes.

Por último, es también significativa la incorporación al artículo 57 de la LGT de tres nuevos métodos de valoración, a saber: valor asignado a los bienes en las pólizas de contratos de seguros; valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas en cumplimiento de lo previsto en la legislación hipotecaria, y precio o valor declarado correspondiente a otras transmisiones del mismo bien, teniendo en cuenta las circunstancias de éstas, realizadas dentro del plazo que reglamentariamente se establezca.

Todas estas novedades suscitan cuestiones de interés que contrastan con las escasas manifestaciones doctrinales al respecto. Si bien, la necesidad de acotar el tema de este trabajo nos ha llevado a centrarnos especialmente, como ya hemos adelantado, en uno de esos nuevos criterios de valoración, el denominado «valor de tasación hipotecaria». Tal y como ya se ha adelantado, esta elección ha estado motivada por los efectos que en la práctica se han puesto de manifiesto por su aplicación efectiva en alguna comunidad autónoma, así como por la manifestación expresa que sobre la oportunidad de utilizar tal medio de comprobación ha realizado recientemente algún TSJ.

El examen de dicho valor, que acometeremos a continuación, no sólo servirá para concretar su significado y función respecto de las operaciones inmobiliarias que nos ocupan, sino para cuestionar la propia idoneidad de la actual regulación del procedimiento de comprobación, cuyas fisuras aconsejarían acometer reformas susceptibles de dotar al sistema de una mayor coherencia.

III. EL «VALOR ASIGNADO PARA LA TASACIÓN DE FINCAS HIPOTECADAS» COMO MEDIO DE COMPROBACIÓN DEL «VALOR REAL» EN EL ITP

1. Concepto

Es el apartado g) del artículo 57.1 de la LGT el que incorporó como nuevo medio de comprobación de valores⁶⁶ el «valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas en cumplimiento

⁶⁵ VV.AA.: *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria*, coordinador HUESCA BOADILLA, R., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 895,

⁶⁶ La aplicación de este método cuenta con algún antecedente legal y jurisprudencial. Desde la jurisprudencia se admitió en alguna ocasión, antes incluso de la modificación operada sobre el artículo 57 de la LGT incorporando al valor de tasación como medio de comprobación, que se pudiese utilizar como tal. Así, el TSJ de Castilla-La Mancha [Sentencia n.º 296/2006, de 1 de junio (NFJ025474)], señaló que «En cuanto a que se utilice un medio no permitido por el artículo 52 de la LGT, hay que poner de manifiesto que este precepto acepta la valoración por referencia a "precios de mercado"; siendo así, si se acepta por la norma

de lo previsto en la legislación hipotecaria», remisión que, en principio, ha de entenderse referida básicamente a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, así como a la norma reglamentaria que la desarrolla, aprobada por Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre Régimen Jurídico de Homologación de los Servicios y Sociedades de Tasación.

Es esta última norma la que alude a las diferentes finalidades que pueden atribuirse a las tasaciones en nuestro país ⁶⁷, de entre las cuales interesan aquí especialmente aquellas que tienen por objeto ofrecer garantía hipotecaria a los préstamos concedidos por entidades de crédito. Como es sabido, los inmuebles adquiridos con financiación bancaria requieren una tasación previa, esto es, un documento suscrito por un profesional competente cuyo fin es el de establecer de forma justificada el valor del bien, de acuerdo con unos criterios previamente establecidos y desarrollando una metodología adecuada a dicho fin.

A esos efectos, la referida Ley hipotecaria establece, en su artículo 7.Dos a), la necesidad de atender a las normas generales sobre tasación de bienes hipotecados, por lo que será la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, parcialmente modificada por la Orden EHA/3011/2007, de 4 de octubre, la norma que ha de servir de referencia para concretar el significado que debe atribuirse al nuevo medio de comprobación de valores que nos ocupa.

Partiendo de lo dispuesto por dichas normas es necesario efectuar una primera precisión terminológica en relación con la valoración o tasación de los bienes inmuebles para la finalidad hipotecaria, que es la que aquí nos interesa de entre las diferentes funciones que pueden atribuirse a una tasación. Dicha aclaración se ha realizado por la propia Orden ECO/805/2003 con el fin de justificar algunas de las modificaciones que esta norma ha realizado sobre lo previsto por su antecesora, la Orden de 30 de noviembre de 1994. En ese sentido, aquella norma señala que, cuando la tasación de un bien se realiza para finalidades hipotecarias han de diferenciarse, partiendo de «desarrollos recientes en el ámbito europeo», los conceptos de «valor de mercado» y «valor hipotecario», identificando a éste último con un valor sostenible en el tiempo, mientras que el primer concepto se acercaría en mayor medida al valor de un bien en un momento determinado ⁶⁸.

un valor medio de mercado, que en definitiva es un valor hasta cierto punto de vista teórico y general aproximativo, para aplicarlo a un bien concreto, es evidente que la misma norma debe tolerar que se aplique un valor de mercado mucho más específico y concretamente referido al bien en concreto a valorar», refiriéndose al valor de tasación.

Por otra parte, desde un punto de vista normativo existe también algún precedente que, como la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de medidas en materia de tributos cedidos (derogada por la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha), preveía expresamente y con carácter previo a la modificación del artículo 57 de la LGT, que para la comprobación por la Administración tributaria del valor real de los bienes inmuebles, a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) y del ITP y AJD, podría realizarse, entre otros procedimientos, recurriendo al «valor de tasación fijado para el bien a efectos de su hipoteca, siempre que dicho valor se haya determinado en la forma prevista por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, o por precios de mercado determinados por estudios realizados por la Administración» (art. 17).

⁶⁷ Sobre esta cuestión *vid.* CLAVIJO HERNÁNDEZ, F. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A.: «Eficiencia de las normas de valoración españolas para la tasación de las propiedades inmobiliarias a fines contables: un nuevo paso hacia el logro de la armonización internacional», *RCyT*. CEF, n.º 279, 2006, págs. 280 y ss.

⁶⁸ De acuerdo con lo anterior, la Orden ECO/805/2003 recoge dichos conceptos, en los siguientes términos: «*Valor de mercado o venal de un inmueble (VM)*. Es el precio al que podría venderse el inmueble, mediante contrato privado entre un vendedor voluntario y un comprador independiente en la fecha de la tasación en el supuesto de que el bien se

En ese sentido, la Orden aclara que para la determinación del valor hipotecario «no se incluirán los elementos especulativos», con lo que se pretende conseguir una valoración estable ante las fluctuaciones del mercado, eliminando de los criterios de las tasaciones los elementos estrictamente ligados a cada ciclo inmobiliario.

De acuerdo con todo lo anterior, el valor hipotecario será la base para la obtención del valor de tasación de inmuebles con fines hipotecarios ⁶⁹, exceptuando a los inmuebles vinculados a una explotación económica y será, por tanto, el valor que la Administración podrá utilizar para realizar una comprobación de valores cuando se decante por el método previsto en el artículo 57.1 g) de la LGT.

2. Problemas que suscita la aplicación del «valor hipotecario»

A la vista de lo señalado hasta el momento, el valor hipotecario y el valor de mercado no son, por definición, magnitudes idénticas ⁷⁰. En esa línea, la Audiencia Nacional señaló ya en la Sentencia de 14 de junio de 2002 ⁷¹, que «no puede equipararse el "valor de tasación" a efectos de determinación del límite máximo de un crédito hipotecario con el "valor de mercado"». Téngase en cuenta así que el valor hipotecario, como reconoce la propia Orden ECO/805/2003, es un «valor sostenible en el tiempo» y del que se han eliminado los componentes especulativos, mientras que el valor de mercado se corresponde con el «valor en un momento del tiempo».

hubiere ofrecido públicamente en el mercado, que las condiciones del mercado permitieren disponer del mismo de manera ordenada y que se dispusiere de un plazo normal, habida cuenta de la naturaleza del inmueble, para negociar la venta.

A tal efecto se considerará:

- a) Que entre vendedor y comprador no debe existir vinculación previa alguna, y que ninguno de los dos tiene un interés personal o profesional en la transacción ajeno a la causa del contrato.
- b) Que la oferta pública al mercado conlleva tanto la realización de una comercialización adecuada al tipo de bien de que se trate, como la ausencia de información privilegiada en cualquiera de las partes intervinientes.
- c) Que el precio del inmueble es consecuente con la oferta pública citada y que refleja en una estimación razonable el precio (más probable) que se obtendría en las condiciones del mercado existentes en la fecha de la tasación.
- d) Los impuestos no se incluirán en el precio. Tampoco se incluirán los gastos de comercialización.

Valor hipotecario o valor a efecto de crédito hipotecario (VH). Es el valor del inmueble determinado por una tasación prudente de la posibilidad futura de comerciar con el inmueble, teniendo en cuenta los aspectos duraderos a largo plazo de la misma, las condiciones del mercado normales y locales, su uso en el momento de la tasación y sus usos alternativos correspondientes.»

⁶⁹ Dichas valoraciones deben realizarse por alguno de los métodos técnicos a los que alude la propia Orden ECO/805/2003, a saber, método de comparación, de coste, de capitalización o actualización de renta o el residual. De entre todos ellos, el método de comparación, consistente básicamente en la estimación del valor de un inmueble sobre la base de datos de venta de propiedades similares, es, además, el método que la normativa hipotecaria adopta como prioritario en la valoración inmobiliaria. En ese sentido el Banco de España: Boletín Económico del Banco de España, julio-agosto 2009, pág. 157, señala que para las tasaciones de las viviendas individuales en 2008, «el método de comparación fue el elegido en el 94 por 100 de los casos». Sobre esos métodos *vid.* GONZÁLEZ NEBREDÁ, TURMO DE PADORA y VILLARONGA SÁNCHEZ: *La valoración inmobiliaria. Teoría y práctica*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 209.

⁷⁰ Así se desprende también del artículo 15 de la aludida Orden ECO/805/2003, donde, una vez expuestos cuáles son los métodos técnicos de valoración de inmuebles a efectos de esa norma, señala que los mismos permiten «obtener el valor de mercado, el valor hipotecario y el valor de reemplazamiento», enumerados como conceptos diferentes.

⁷¹ NFJ039635.

Pues bien, de esa primera afirmación cabe extraer ya una conclusión respecto de la comprobación de valores en el ámbito del ITP, y no es otra que la confirmación de un aspecto ya abordado anteriormente. Esto es, la imposibilidad de sostener que en la comprobación de valores en el ámbito de ese tributo, el «valor real» se identifica, en todo caso, con el «valor de mercado». En ese sentido, cuando la Administración escoja, de entre los diferentes medios de comprobación, el recogido en el artículo 57.1 g) de la LGT, que ahora nos ocupa, habrá renunciado a identificar el «valor real», al que alude el artículo 10 del TRITP y AJD, con el valor de mercado de la transmisión patrimonial; identidad de conceptos que, como ya vimos, ha llegado a defenderse sin paliativos por una parte importante de nuestra doctrina y jurisprudencia.

Partiendo de esta premisa, la cuestión que es preciso analizar ahora pasa por estudiar si el valor otorgado a un bien a efectos de la concesión de una hipoteca puede identificarse con el valor real en el contexto del ITP y ser utilizado, por tanto, en una eventual comprobación de valores a efectos de dicho impuesto. Adelantamos ya la opinión negativa que a esos efectos sostendremos en las siguientes líneas, criterio que pensamos puede sustentarse sobre varios argumentos.

Así, en primer lugar, y ateniéndonos siempre a la normativa vigente, parece cuanto menos cuestionable que un valor «sostenible en el tiempo» y, por tanto, no referido al momento del devengo del ITP, sea apto para integrar la base imponible de dicho tributo. En esa línea, el TSJ de Castilla-La Mancha afirmó, refiriéndose al valor de tasación a efectos de préstamo hipotecario, que «dicha cuantía no es indicativa del valor del inmueble precisamente al momento del devengo del impuesto, que es el relevante como base imponible, por lo que se carece de motivo para equiparar dicha cuantía declarada en la Escritura Pública otorgando préstamo hipotecario con el valor del inmueble al momento del devengo del ITP», lo que le lleva a concluir que «al hacerlo así, la Administración infringe la norma que impone como base del impuesto dicho valor al momento de otorgar la transmisión gravada, no después»⁷².

De ese modo, el citado tribunal se postula en la línea aquí defendida, entendiendo que, al menos a efectos del ITP, valor hipotecario y valor real no son expresiones equiparables, extremo que también se deduce de alguna de las normas tributarias aprobadas en la comunidad autónoma de dicho tribunal⁷³.

Por otra parte, si examinamos lo que ha sucedido en la práctica, no es difícil reparar en una cuestión que, relacionada con los límites que la legislación hipotecaria impone a los importes de los préstamos en relación con los valores de tasación de los inmuebles hipotecados, pone de manifiesto una vez más las indeseables consecuencias que puede acarrear la identificación entre valor real y valor hipotecario en el ámbito del ITP. Piénsese así que los préstamos o créditos garantizados no podrán exceder del 60 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado, salvo para la financiación de la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda, en las que podrá alcanzar el 80 por 100 de aquel valor, sin perjuicio

⁷² STSJ de Castilla-La Mancha, n.º 294/2006, de 1 de junio (NFJ025477).

⁷³ De hecho, la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Tributos Cedidos, de Castilla-La Mancha, introduce, por ejemplo, en su artículo 10 una clara diferenciación entre ambos valores, condicionando la aplicación de un tipo de gravamen del 6 por 100 a aplicar a las transmisiones de inmuebles que tengan por objeto la adquisición de la primera vivienda habitual (cuyo valor real no supere los 180.000 euros), siempre que se cumplan dos condiciones, siendo una de ellas que «el valor real de la vivienda sea igual o superior al valor asignado a la misma en la tasación realizada a efectos de la mencionada hipoteca».

de algunas excepciones⁷⁴. Pues bien, han sido precisamente estas limitaciones las que han provocado en la práctica, y ante una situación de auge inmobiliario como la vivida en nuestro país hasta hace pocos años, que muchas de las tasaciones inmobiliarias se realizasen al alza para permitir al futuro comprador del inmueble financiar, no sólo la totalidad del precio de la vivienda, sino los gastos de la operación, así como la obtención de liquidez adicional a la operación de compra. En este orden de cosas, la utilización del valor de tasación en estos casos como valor real no deja de suscitar reparos⁷⁵.

Continuando con la exposición de las razones que nos llevan a defender la falta de idoneidad de este medio de comprobación a efectos del ITP, ha de ponerse de relieve otra cuestión observada en el proceder de algunas Administraciones autonómicas cuyas actuaciones de comprobación no se han realizado exactamente atendiendo al valor hipotecario o de tasación de las fincas hipotecadas, sino al valor de responsabilidad hipotecaria, entendida ésta como la cantidad máxima de la que responderá el inmueble en caso de impago integrando así a todos los conceptos que son garantizados mediante hipoteca, esto es, capital prestado, intereses ordinarios, intereses de demora, costas judiciales, etc.

Sobre esta cuestión se manifestó también el TSJ de Castilla-La Mancha en varias ocasiones⁷⁶ advirtiendo que no es extraño que el importe de la responsabilidad hipotecaria supere el valor de tasación llevada a cabo por la correspondiente empresa especializada toda vez que «en la motivación de la entidad de crédito a la hora de determinar el total de la responsabilidad, y la garantía real que llegue a exigir por la misma, pueden influir elementos (aparte de la posibilidad de la existencia de otras garantías formales aparte de la hipotecaria) tales como la solvencia personal del prestatario, su carácter de cliente habitual de la entidad, la existencia de ingresos fijos o avalistas que los posean, etc., que puede hacer que acepte como garantía de una responsabilidad hipotecaria (...) un bien que, en su valor real, no llegue a cubrirla; y ello sin perjuicio de que, en cualquier caso, se imponga sobre el bien la totalidad de la responsabilidad, previendo, por ejemplo, posibles revalorizaciones futuras que pudieran hacer que en definitiva sí llegase a ser garantía íntegra del total de la responsabilidad hipotecaria hipotética». Además, continúa el tribunal, «repárese en que algunas entidades de crédito conceden préstamo sobre el 100 por 100 del valor de adquisición de la vivienda⁷⁷, caso en el que por definición el importe de la responsabilidad hipotecaria (principal, intereses ordinarios, intereses moratorios y costas) será superior al de adquisición», extremos todos ellos que le llevan a concluir que el «valor de responsabilidad hipotecaria» no es aceptable ni idóneo para ser considerado como el «valor real» de la transmisión⁷⁸.

Así pues, en línea con lo apuntado por ese tribunal, consideramos que si ya plantea dificultades la equiparación entre «valor real» a efectos del ITP y el «valor hipotecario», dicha identificación no

⁷⁴ Vid. artículo 5 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

⁷⁵ Vid. CAAMAÑO ANIDO, M.A.: «Las comprobaciones de valores basadas en la simple remisión a tasaciones hipotecarias», en *Actualidad Fiscal Comentada*, Ed. REAF, A Coruña, 2010.

⁷⁶ Vid. SSTs de Castilla-La Mancha de 10 de noviembre de 2006 (n.º 536/2006), de 16 de julio de 2007 (n.º 354/2007) o la de 23 de enero de 2008 (n.º 9/2008).

⁷⁷ Lo que prueba, a nuestro juicio, y a la vista de la relación exigida entre importe del préstamo y valor de tasación exigida por la normativa hipotecaria, que en ocasiones el valor de las tasaciones encargadas por las entidades de crédito resulta superior al valor real de la adquisición.

⁷⁸ En esa línea el TSJ de Castilla-La Mancha sigue el criterio del TS, aunque analizando una cuestión similar a efectos del ISD, manifestado en la Sentencia de 15 de julio de 1998 (RJ 1998/6345).

tiene ninguna razón de ser cuando es el «valor de responsabilidad hipotecaria» el que se utiliza para cuantificar la base imponible del ITP en las operaciones de transmisión de inmuebles.

Pese a todo lo anterior, algunas Administraciones tributarias autonómicas han recurrido al «valor hipotecario» como medio de comprobación para calcular el «valor real» a efectos del ITP, utilizando como justificación, en algunos casos, la doctrina de los actos propios. En virtud de ella se considera que la valoración que figura en la escritura de constitución de hipoteca es un valor «declarado» o «aceptado» por el contribuyente, y por tanto, puede ser tenido en cuenta a efectos de su consideración como valor real en el ITP.

Esta cuestión se ha planteado, sobre todo, en supuestos de inmuebles transmitidos mediante subasta, y sobre los que la Administración ha considerado que el «valor de tasación» que consta en la escritura del préstamo hipotecario suscrito para la adquisición tiene la condición de «valor declarado»⁷⁹ no susceptible de prueba en contrario por haberse aceptado por las partes en un documento público. En ese sentido se ha afirmado que «lo relevante aquí no es que la tasación a efectos hipotecarios haya sido realizada por una sociedad de tasación privada, sino que ha sido aceptada por el contribuyente en un documento público»⁸⁰.

A nuestro juicio, conclusiones como la apuntada no pueden ser compartidas ya que, como han manifestado nuestros tribunales en alguna ocasión respecto del valor de tasación a efectos de la concesión de un crédito hipotecario, en esos casos «no podemos hablar de un acto propio en la determinación del valor, sino de una cláusula de adhesión, que es insuficiente para determinar el valor real»⁸¹.

Todo lo expuesto pone de relieve, en nuestra opinión, la falta de idoneidad del «valor de tasación» para ser considerado como el mejor medio de comprobación respecto de las transmisiones inmobiliarias sujetas al ITP, extremo del que, al menos en algunos casos, parecen ser conscientes las Administraciones autonómicas. En ese sentido, la Instrucción de la Agencia Tributaria de Cataluña, para la comprobación de valores de bienes inmuebles en los hechos imposables para el año 2008, señaló textualmente que «la utilización de los valores asignados en las tasaciones realizadas a efectos de la concesión de préstamos hipotecarios aconseja asegurarse previamente de que conducen a valores similares a los que resultan de otros medios de comprobación, ya que no pueden aplicarse en múltiples comprobaciones de valor a que hace referencia esta Instrucción. Por eso, no parece lo más oportuno, hoy por hoy, utilizar (...) los valores de tasación a efectos de concesión de préstamos hipotecarios, como medio generalizado para la comprobación de valores de los inmuebles».

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, no podemos compartir la idea de aquellos autores que tildan de «muy acertada la inclusión de este medio de comprobación dada la rigurosidad y fiabilidad de las valoraciones efectuadas por las sociedades de tasación»⁸² y ello, por las razones apuntadas.

⁷⁹ A esta asimilación se refiere FALCÓN Y TELLÁ, R.: «En torno al artículo 134 LGT (I): la imposibilidad de liquidar TPO sobre la base del "valor de tasación" aceptado por el contribuyente a efectos de subasta», *Quincena Fiscal*, n.º 17, 2005.

⁸⁰ PRATS MANEZ, F.: «Procedimientos de comprobación de valores (arts. 157 a 162 RGAT)», en *Manual de aplicación de los tributos*, IEF, Madrid, 2008, pág. 808.

⁸¹ *Vid.* STSJ de Castilla-La Mancha, n.º 294/2006, de 1 de junio (NFJ025477).

⁸² GIL DEL CAMPO, MELLADO BENAVENTE y MOLINA ALGUEA: *La nueva Ley de Prevención del Fraude Fiscal*, CISS, Valencia, 2007, pág. 187.

Del mismo modo, tampoco participamos de la opinión expresada por algunos autores ⁸³ según la cual ha sido la imposibilidad material de realizar en todos los casos valoraciones concretas, individualizadas o ad hoc, la razón que ha llevado al legislador a tratar de «objetivizar» los medios de comprobación de valores permitiendo, por ejemplo, el recurso al medio que nos ocupa, y todo ello con la pretensión de reducir la litigiosidad que suscita este tema.

Pues bien, varias son las consideraciones que nos sugieren este tipo de afirmaciones. En ese sentido, y comenzando con el pretendido carácter «objetivo» de este medio de comprobación, pensamos que éste difícilmente podrá entenderse en el sentido de considerar que la valoración hipotecaria está desprovista de toda subjetividad. Piénsese, en primer término, que hablamos de una valoración realizada por un sujeto autorizado para ello que, sin duda, no tiene por qué coincidir exactamente con la que hubiese realizado otro tasador diferente, sin olvidar la tendencia de estos profesionales, hasta hace poco tiempo, a realizar valoraciones a la «medida» de las necesidades de financiación del adquirente del inmueble.

Por las mismas razones, estimamos también cuestionable que sobre la base de esa pretendida «objetividad» del medio de comprobación que nos ocupa, se logre efectivamente reducir la conflictividad que existe en torno a esta cuestión. Antes al contrario, consideramos que su aplicación generará, en mayor medida incluso que los medios de comprobación ya vigentes antes de la modificación del artículo 57 de la LGT, la oposición de los contribuyentes, especialmente de aquellos que hayan obtenido una financiación para la adquisición inmobiliaria superior al precio pactado con el vendedor, realidad que, insistimos, ha sido frecuente en nuestro país hasta hace poco tiempo.

3. Primeras manifestaciones judiciales sobre la idoneidad de recurrir al medio de comprobación recogido en el artículo 57.1 g) de la LGT

Pese a todas las razones expuestas, lo cierto es que la aplicación del medio de comprobación centrado en el «valor de tasación de las fincas hipotecadas» se hizo efectivo en alguna comunidad autónoma, como fue el caso de Galicia, donde se realizaron comprobaciones masivas en ese sentido, práctica que por fortuna se ha abandonado recientemente como consecuencia del pronunciamiento, en contrario, por parte del TSJ de esa comunidad.

En esa línea, el TSJ de Galicia, en Sentencias de 10 de marzo y 21 de abril de 2010 ⁸⁴, en línea con argumentos que manejaremos más adelante proponiendo algunas modificaciones sobre la normativa reguladora de las comprobaciones de valores, considera ineficaz la utilización del citado medio de comprobación sin «actuaciones a mayores para constatar que las cifras de las que se parte en la tasación a efectos hipotecarios, (...) son o no correctas».

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal se apoya, fundamentalmente, en dos razones. De una parte, aunque sin mencionarla expresamente, se opone a la teoría de los actos propios utilizada por

⁸³ Defienden el carácter objetivo de dicho medio de comprobación, VÁZQUEZ ASENJO, O. y ÁLVAREZ PÉREZ, I.: «El informe de valoración a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. El análisis de mercados», *Hacienda Canaria*, n.º 23, 2008, pág. 71.

⁸⁴ *Vid.* SSTSJ de Galicia de 10 de marzo de 2010 (NFJ039189) y de 21 de abril de 2010 (NFJ039215).

algunos autores, como ya hemos visto, para defender que la tasación hipotecaria tiene la condición de valor aceptado por el contribuyente en documento público. En ese sentido, el tribunal señala que en esa tasación «ninguna intervención tiene el contribuyente, quien se limita (...) al abono de su importe y a beneficiarse del préstamo concedido al efecto, con las consiguientes obligaciones derivadas del contrato (...). Hay en esta operación (...) una finalidad que responde al interés de las partes (...), y que no puede conceptuarse como relevante a los efectos tributarios que nos ocupan».

De otra parte, el tribunal incide sobre una cuestión que, a nuestro juicio, debería ser la base de cualquier actuación de comprobación de valores y, en particular, de aquellas que se realicen sobre los medios introducidos *ex novo* por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal, como es el caso del valor de tasación de las fincas hipotecadas. Nos referimos al hecho de que, como señala el TSJ gallego, si el apartado g) del artículo 57.1 de la LGT «se introdujo por la Ley 36/2006 (...)», ello debe implicar «que la comprobación atienda de ese modo a tal finalidad, que debe justificarse implícita en el negocio jurídico que configura el tributo». Por ello, añade el tribunal, «al utilizar este medio de comprobación hay una carga adicional para la Administración (art. 105.1 LGT) consistente en acreditar la correspondencia entre el valor que considera correcto y el que corresponde de acuerdo con la normativa del impuesto para fijar su base imponible. (...)». De ese modo, en fin, sería preciso establecer, al menos indiciariamente, algún elemento de la defraudación que la Ley 36/2006 trata de corregir».

Así pues, el Tribunal proclama la insuficiencia del valor de tasación hipotecaria como medio de comprobación de valores en el ámbito del ITP y AJD, actuación esta última que debería justificarse, como estima el propio TSJ, al menos, hallando algún indicio de defraudación. A nuestro juicio, y como tendremos ocasión de exponer más adelante, debería ser precisamente la presunción de ocultación de parte del precio pactado entre las partes la que, una vez detectada por la Administración sobre la base de los indicios que a esos efectos pueda haber manejado, motivasen la actuación de comprobación. Pues bien, en ese contexto, medios de comprobación como el abordado aquí pensamos que podrían servir precisamente como elementos indiciarios de la ocultación, pero en ningún caso servir de base a la comprobación en sí misma.

En cualquier caso, lo cierto es que la Administración gallega ha dejado de recurrir a ese medio de comprobación a consecuencia de las manifestaciones vertidas al respecto por el TSJ de esa comunidad, las cuales nos merecen, desde ese punto de vista, un juicio positivo.

IV. LA REVISIÓN DEL VALOR COMPROBADO A TRAVÉS DE LA TASACIÓN PERICIAL CONTRADICTORIA. PROBLEMAS SUSCITADOS POR SU REGULACIÓN EN ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Consideraciones generales

Ante una eventual comprobación de valores por parte de la Administración con la que el contribuyente esté en desacuerdo, la vía idónea con la que cuentan los administrados para oponerse a la misma es la denominada tasación pericial contradictoria (en adelante TPC). Ésta, una vez instada por

el contribuyente, debería implicar en todo caso la necesidad de que la Administración haga uso del medio de comprobación que, hoy por hoy, atendiendo a la legalidad vigente, debe considerarse como el más idóneo para la determinación del valor real de las transmisiones inmobiliarias sujetas al ITP, esto es, el «dictamen de peritos de la Administración» al que alude el artículo 57.1 e) de la LGT. Las exigencias que éste lleva implícitas, que serán examinadas posteriormente con mayor detenimiento, centradas sobre todo en la necesidad de un examen individualizado y ad hoc del inmueble a valorar, así como en las exigencias de motivación que los tribunales vienen imponiendo a tales informes de valoración, lo convierten en la mejor de cuantas soluciones ofrece actualmente la LGT a los efectos que aquí interesan.

Sin embargo, lo cierto es que las Administraciones autonómicas prescinden actualmente de forma generalizada de su utilización como medio de comprobación prioritario⁸⁵, de modo que la operatividad de los aludidos dictámenes periciales se circunscribe, prácticamente, a los supuestos en los que los administrados deciden instar la TPC como medio de corregir el valor comprobado por cualquiera de los demás medios previstos en el artículo 57 de la LGT.

En ese sentido, y atendiendo a la regulación de la tasación pericial contradictoria contenida en el artículo 135 de la LGT y en los artículos 161 y 162 del RGGIAT, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, cabe destacar que el primer paso en la operativa de la TPC, establecido con carácter preceptivo, es «la valoración realizada por un perito de la Administración cuando la cuantificación del valor comprobado no se haya realizado mediante dictamen de peritos de aquélla». Así pues, impulsando esta vía, la Administración sí tendrá que hacer uso, en principio, de esa valoración individual y presencial sobre el inmueble objeto de la transacción que haya de tributar por el ITP, en la modalidad de TPO. Decimos «en principio» porque, como analizaremos a continuación, el trámite de la TPC que acabamos de transcribir se ha omitido en algunas normativas autonómicas, con lo que el dictamen del perito de la Administración, que debería traducirse en una garantía de valoración personalizada atendiendo a las características específicas y concretas del bien a valorar, en nuestro caso un inmueble, ha dejado de ser preceptivo en determinadas regiones, como es el caso de las Comunidades Autónomas de Aragón y Galicia.

En ese sentido, tanto el artículo 64 de la Ley 16/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2008, como el artículo 211-2 de la Ley 11/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón, han dispuesto que el procedimiento de TPC, iniciado a instancia de parte, continuará mediante comunicación a los interesados en la que se incluirá la valoración motivada que figure en el expediente, «cualquiera que haya sido el medio de comprobación de valores utilizado de entre los previstos en el artículo 57 de la Ley 58/2003, General Tributaria», concediéndoles un plazo para que procedan al nombramiento de un perito, que deberá tener título adecuado a la naturaleza de los bienes y derechos a valorar».

Así pues, el procedimiento de TPC se desarrollará en el ámbito territorial de dichas comunidades autónomas y respecto del ITP, no sólo en contra de lo dispuesto por la normativa general sobre esta cuestión, sino también desatendiendo lo señalado específicamente respecto de dicho tributo en el artículo

⁸⁵ Vid. PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.: «La aplicación del ITP y AJD a las operaciones inmobiliarias: ITP onerosas y operaciones societarias», *Monografías Carta Tributaria*, n.º 15, 2007, pág. 33, apunta cómo el dictamen de peritos «queda como último recurso para las transmisiones más singulares y cuantiosas».

121.1 del RITP y AJD. A la vista de este precepto, «en el caso de que no figurase ya en el expediente la valoración motivada de un perito de la Administración, por haberse utilizado para la comprobación del valor un medio distinto al "dictamen de peritos de la Administración" (...)), éste habrá de ser necesariamente recabado por la Administración para que, posteriormente, el interesado designe, por su parte, otro perito a efectos de efectuar la valoración que se opondrá a la formulada por el de la Administración».

Pero el legislador gallego va incluso más lejos, señalando expresamente en el artículo 62 del citado cuerpo legal que las comprobaciones de valor de inmuebles realizadas por el medio establecido en el artículo 57.1 e) de la LGT (dictamen de peritos de la Administración) podrán tomar como referencia, a los efectos de motivación suficiente, los valores contenidos en el registro oficial de carácter fiscal del artículo 60 de la citada ley (relativo a la estimación por referencia de los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal en el ISD y en el ITP y AJD), o los valores básicos y precios medios de mercado a que alude la normativa técnica mencionada en el 61, también de ese mismo texto legal.

A nuestro juicio, siguiendo la opinión de PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ ⁸⁶, la aplicación de aquel precepto debe conducir a entender que la comprobación de valores se ha realizado utilizando esos otros medios de comprobación a los que aluden los artículos 61 y 62 de la Ley 16/2007, y no el dictamen de peritos de la Administración que, como es sabido, debe conllevar la visita e inspección individualizada del bien a valorar, extremo que, de aplicarse los valores referidos, no se habrá realizado.

Expuesta así la cuestión, habrán de analizarse, tanto la idoneidad de tales regulaciones autonómicas desde un punto de vista competencial, como las consecuencias que de su aplicación pueden derivarse para los contribuyentes, en orden a la preservación de sus garantías jurídicas.

2. Competencias de las comunidades autónomas para alterar la regulación de la TPC

Pese a la relevancia y a las consecuencias que regulaciones autonómicas como las apuntadas pueden tener en la práctica, lo cierto es que respecto de esta cuestión apenas existen manifestaciones doctrinales.

Pues bien, de entre las pocas opiniones que hemos encontrado sobre la cuestión, algunas de ellas restan importancia a las citadas modificaciones operadas sobre el procedimiento de TPC, señalando que las mismas sólo «introducen modulaciones puramente procedimentales del diseño general que de la tasación pericial realiza la LGT» ⁸⁷, sin atribuirles excesiva relevancia y justificando la oportunidad de tales regulaciones sobre la base de la competencia que éstas tienen, en relación con el ITP, en materia de gestión ⁸⁸.

⁸⁶ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.: «Comentario a la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2009», *Carta Tributaria*, n.º 8, 2009, pág. 86.

⁸⁷ *Vid.* POZUELO ANTONI, F.A.: «Principales novedades para 2008 en el Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e ITP y AJD en leyes estatales y autonómicas», *RCyT*. CEF, n.º 300, 2008, pág. 44.

⁸⁸ POZUELO ANTONI, F.A.: «Principales novedades para 2008 en el Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e ITP y AJD en leyes estatales y autonómicas», *op. cit.*, pág. 44, señala que «dado que son las encargadas

Ciertamente, las comunidades autónomas, en relación con el ITP y AJD y de acuerdo con el artículo 49 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 ⁸⁹, tienen atribuidas competencias para regular en su territorio las siguientes materias del impuesto:

- a) El tipo de gravamen en determinadas operaciones.
- b) Las deducciones y bonificaciones en la cuota, siempre que cumplan una serie de condiciones.
- c) *Los aspectos relativos a la gestión* y liquidación del impuesto.

Es precisamente en torno a esta última competencia y su desarrollo normativo por parte de las comunidades autónomas donde, a nuestro juicio, ha de buscarse la posible justificación a los cambios normativos operados en Aragón y Galicia en torno a la especial regulación que han realizado de la tasación pericial contradictoria. La respuesta que se dé a esta cuestión, sobre la que habrán de manifestarse los Tribunales, podrá, además, abrir la puerta a otras modificaciones legales en el mismo sentido en el resto de las comunidades autónomas. Ciertamente pensamos que, de aceptarse la oportunidad de las mismas en aquellos territorios en los que ya se han realizado, cabe esperar la aprobación de normas similares en otras regiones que podrían ver de ese modo también significativamente simplificados los trámites que para la Administración supone el hecho de que un contribuyente inste la TPC.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que ha de analizarse, en primer lugar, la amplitud con la que deben interpretarse, en el ámbito del ITP, las competencias normativas que en materia de gestión se atribuyen a las comunidades autónomas para determinar si las mismas sirven, efectivamente, para amparar las modificaciones legales operadas sobre la TPC por las citadas comunidades autónomas.

Adelantamos ya la repuesta que en sentido negativo nos merece esta cuestión y ello, sobre la base de varios argumentos.

2.A. Competencias normativas autonómicas en materia de gestión: articulación y límites

Para abordar el análisis de este epígrafe podemos partir de afirmaciones como la del TC que, en Sentencias como la 227/1988, de 29 de noviembre, reproducida en fallos posteriores ⁹⁰, señala textualmente que «cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una comunidad autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias».

de la gestión de los tributos cedidos, es normal [realmente casi obligado, (...)], que la ejerzan para desarrollar su actividad con mayor eficiencia y prestando un mejor servicio».

⁸⁹ Ese precepto sustituyó, sin alterar sus términos, al artículo 41 de 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, texto legal derogado por la aludida Ley 22/2009.

⁹⁰ *Vid.* STC 72/2003, de 10 de abril.

Este pronunciamiento se sustentó, por el más alto tribunal, en preceptos como el artículo 37 de la Ley 21/2001⁹¹, actualmente sustituido por el artículo 45 de la Ley 22/2009, en el que se afirma que «La titularidad de las competencias normativas y de aplicación de los tributos cuyo rendimiento se cede a las comunidades autónomas, de la potestad sancionadora, así como la revisión de los actos dictados en ejercicio de las competencias citadas, corresponde al Estado». Ello habrá de conciliarse, efectivamente, con la posibilidad, atribuida por la normativa reguladora de la financiación autonómica, de que las comunidades autónomas detenten competencias normativas en aspectos tales como la gestión, que aquí nos ocupa.

Pues bien, interpretando conjuntamente ambas cuestiones, hemos de reparar en algunos aspectos sobre los que ya se ha manifestado la doctrina. Así, ha de observarse que las normas sobre financiación autonómica otorgan competencias sobre la gestión de los tributos cedidos en virtud de una «delegación» de las mismas y sin referirse en este ámbito al término «cesión». Esto ha sido interpretado entendiendo que mientras la cesión se identifica con la técnica de la transferencia intersubjetiva⁹², lo que implica para el ente público al que se atribuye la competencia un traspaso en bloque de facultades, funciones y medios necesarios para el ejercicio de la misma, «en la delegación intersubjetiva el ente delegante, conserva la titularidad, que pudiéramos llamar núcleo, sobre la competencia, si bien, se ceden determinadas facultades inherentes a la misma»⁹³.

No obstante lo anterior, lo cierto es que cuando la atribución competencial alcanza a la posibilidad de «normar» determinadas materias, la aplicación de la teoría de la delegación intersubjetiva plantea mayores problemas, a pesar de lo cual un sector doctrinal es proclive a mantenerla también en estos casos⁹⁴. En ese sentido, la doctrina ha afirmado que «con arreglo a esa interpretación, que parece la única posible, la inclusión de las competencias normativas en el concepto de impuesto cedido no alude a una cesión de competencias en sentido propio de transferencia, sino a la mera delegación de su ejercicio, ya se refiera a ello la doctrina en términos de titularidad compartida o delegación del ejercicio de una competencia que sigue siendo estatal. Lo que implica que en términos de autonomía financiera no se produce un verdadero ensanchamiento del poder de dirección autonómico, porque lo que la comunidad autónoma tiene no es un poder —entendido como titularidad competencial—, sino una mera delegación de poder. Buena prueba de ello es la posibilidad de revocación de la cesión (...)»⁹⁵. Sin embargo, lo cierto es que dichos pronunciamientos se matizan teniendo en cuenta el principio de autonomía financiera como expresión de la política, esto es, en el seno de un Estado fuertemente descen-

⁹¹ En ese precepto se disponía que «la titularidad de competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos cuyo rendimiento se cede a las comunidades autónomas, así como la revisión de actos dictados en vía de gestión de dichos tributos, corresponde al Estado».

⁹² RAMOS PRIETO, J.: «La distribución de las competencias de gestión, recaudación, inspección y revisión en materia tributaria y la reforma de los Estatutos de Autonomía», *Revista de Estudios Regionales*, n.º 78, 2007, págs. 365 a 385.

⁹³ *Vid.* DE LA PEÑA AMORÓS, M.M.: *Las competencias normativas de las comunidades autónomas en los tributos cedidos*, Universidad de Murcia (Servicio de publicaciones), Murcia, 2005, pág. 38. En el mismo sentido, VILLARÍN LAGOS, M.: *La cesión de impuestos estatales a las comunidades autónomas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 160, señala que «La cesión de la competencia sobre el producto y la eventual cesión de competencias normativas materiales sobre los impuestos cedidos no se puede identificar con un supuesto de transferencia, porque el Estado sigue siendo titular de esos impuestos».

⁹⁴ *Vid.* VILLARÍN LAGOS, M.: *La cesión de impuestos estatales a las comunidades autónomas*, *op. cit.*, pág. 160.

⁹⁵ MORA LORENTE, M.D.: *Impuestos cedidos: implicaciones internas y comunitarias*. Universitat de València, Valencia, 2004, pág. 132.

tralizado, concluyendo que las competencias normativas de las comunidades autónomas han de analizarse en «el arco del poder de dirección de las comunidades autónomas». Poder de dirección que, de otro lado, en cuanto parte de la autonomía financiera, «es per se limitado»⁹⁶.

Ciertamente, esta tensión entre autonomía y principios como el de solidaridad, unidad, coordinación, igualdad o seguridad jurídica, especialmente intensa en el orden administrativo, debe poder resolverse de forma que no se conculque la necesaria homogeneidad e igualdad impositiva en la fase aplicativa de los tributos⁹⁷. Piénsese, además, que en determinadas materias como la relativa a la valoración de los inmuebles en el ámbito del ITP que aquí nos ha ocupado, sus resultados pueden afectar o incidir sobre otros tributos cuya gestión no está cedida, lo que demanda, si se quiere, una mayor coordinación en el sentido expuesto⁹⁸.

De acuerdo con tales ideas, concluimos que la atribución de competencias normativas a las comunidades autónomas respecto de los tributos cedidos debe poder conciliarse con la reserva en manos del Estado del ejercicio de las competencias que garanticen una aplicación de estos tributos, en el ámbito de la regulación estatal de los mismos, unitaria en todo el territorio nacional⁹⁹.

Ésa es precisamente la intención reflejada en la propia exposición de motivos del RGGIAT, donde, después de enumerar varios procedimientos apunta que, de ellos «sólo los relativos a la *comprobación de valores* y a la *tasación pericial contradictoria* han incluido un desarrollo más extenso en orden a unificar la regulación contenida, fundamentalmente, en la normativa del ITP y AJD y al objeto de establecer una regulación mínima común para todos los territorios de aplicación de determinados tributos cedidos, en los que dada la competencia normativa de las comunidades autónomas se habían producido regulaciones singulares.»

Pues bien, a nuestro juicio, las «especialidades» incorporadas a la regulación de la TPC por parte de las comunidades autónomas, rompen con ese común denominador que debe presidir la aplicación de los tributos cedidos, afectando especialmente a aquellos contribuyentes que han sido objeto de una comprobación de valores utilizando medios no siempre idóneos, como sucede, en nuestra opinión, con las tasaciones hipotecarias a efectos de valoración de inmuebles para determinar la base imponible del ITP.

⁹⁶ MORA LORENTE, M.D.: *Impuestos cedidos: implicaciones internas y comunitarias*, op. cit., págs. 139-140.

⁹⁷ Vid. SOLER ROCH, T.: «Las posibilidades de aplicación de la proyectada Ley General Tributaria a los distintos niveles de Hacienda», CT, n.º 59, 1989, pág. 119; SAINZ DE BUJANDA: «Elementos y razones que pueden justificar una reforma de la Ley General Tributaria», CT, n.º 62, 1992, pág. 107; GARCÍA MARTÍNEZ, A.: «"Unicidad versus estanqueidad" cuando concurren varias Administraciones en materia de comprobación de valores», *Impuestos*, n.º 17, 2000, pág. 16. Sobre esta cuestión vid. TIPKE, K: *Steuerrechtsordnung*, vol. III, op. cit., pág. 1.129.

⁹⁸ DE LA PEÑA AMORÓS, M.M.: *Las competencias normativas de las comunidades autónomas en los tributos cedidos*, op. cit., pág. 41. En torno a esta cuestión vid. CAAMAÑO ANIDO, M.A.: *La tasación pericial contradictoria en materia tributaria*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995, págs. 109 y ss.

⁹⁹ GARCÍA MARTÍNEZ, A.: *La gestión de los tributos autonómicos*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 56-57. en ese sentido, FERNÁNDEZ-VAZQUEZ MAESO y PERLÁEZ MARTOS: *Todo procedimiento tributario 2007-2008*, CISS, Madrid, 2008, pág. 646, apuntan respecto de los tributos cedidos, y examinando la derogada Ley 21/2001, que tanto su artículo 37 como el 19, indican que «la terminología y conceptos de las normas que dicten las comunidades autónomas se adecuarán a la LGT. La normativa que dicten las comunidades autónomas en relación con las materias cuya competencia les corresponda de acuerdo con su Estatuto de Autonomía y que sea susceptible de tener, por vía indirecta, efectos fiscales no producirá tales efectos en cuanto el régimen tributario que configure no se ajuste a lo establecido por las normas estatales».

2.B. Órganos competentes para la tramitación de la TPC

Tal y como se ha apuntado, cabe pensar que las comunidades autónomas que han realizado tales modificaciones legislativas en torno al procedimiento de tasación pericial contradictoria, lo han hecho amparándose en la competencia normativa que tienen atribuida para regular «aspectos relativos a la gestión y liquidación» del ITP, pese a la opinión que en contra hemos manifestado en el epígrafe anterior sobre esa cuestión.

No obstante lo anterior, no consideramos que ése sea el único argumento para negar la posibilidad de las comunidades autónomas en orden a alterar la regulación de carácter general que sobre la TPC se contiene en la LGT o en el RGGIAT. En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que la LGT no atribuye tal competencia en exclusiva a los órganos de gestión. Así, mientras que por un lado cabe señalar que el artículo 135 de la LGT, relativo a la TPC, forma parte del Capítulo III del aludido texto legal, que lleva por título «Actuaciones y procedimiento de gestión tributaria», no es menos cierto que el artículo 141 d) de la misma ley, integra, sin ningún margen de duda, entre las competencias de inspección, las actuaciones de comprobación de valores, «siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 134 y 135 de esta ley».

De ese modo, tanto los órganos de inspección como los de gestión serán competentes para realizar comprobaciones de valores¹⁰⁰, pudiendo intervenir también en las TPC que insten los contribuyentes para oponerse a aquéllas. De acuerdo con esa afirmación, no cabe entender que en las TPC vayan a intervenir exclusivamente los órganos de gestión. Por ese motivo, la competencia normativa ejercida por algunas comunidades autónomas, al amparo de la posibilidad que la ley les confiere en orden a regular «aspectos relativos a la gestión» del tributo, nos parece difícil de justificar también por esta razón. Piénsese que si fuera así, las diferencias que autonomías como Galicia y Aragón han introducido en el procedimiento de TPC podrían aplicarse cuando el mismo se llevase a cabo en sede de gestión, pero no cuando la comprobación de valores se haya realizado por los órganos de inspección, materia en la que no tienen atribuidas competencias normativas y respecto a la cual registrá, por tanto, lo dispuesto con carácter general por la LGT.

Esta conclusión, carente de toda lógica, no admite en nuestra opinión defensa alguna, ni siquiera buscando argumentos en la imprecisión que siempre ha rodeado al término «gestión». En ese sentido, podría tratar de justificarse en una interpretación amplia de dicha expresión, de modo que aun en el caso de que fueran los órganos de inspección los partícipes en una TPC, estaríamos hablando igualmente de gestión. Sin embargo, atendiendo al articulado de la LGT de 2003, en preceptos como el 83.3, donde se señala expresamente que «la aplicación de los tributos se desarrollará a través de los procedimientos de gestión, inspección, recaudación y los demás previstos en este título», cabe colegir que, «al menos, en la aplicación de los tributos se distinguen los tres procedimientos citados»¹⁰¹.

¹⁰⁰ CERVERA TORREJÓN y MAGRANER MORENO: *La comprobación de valores: causas de impugnación*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 19; MARTÍNEZ MUÑOZ, Y.: *La gestión tributaria: una reforma necesaria*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2001, pág. 54; CÁRDENAS ORTIZ, R.M.: *La gestión tributaria: Especial referencia a los procedimientos que la integran. Análisis de la nueva Ley 58/2003, General Tributaria, en relación a la Ley 230/1963*, Universidad de Jaén, 2004, pág. 71.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: «Los procedimientos tributarios: aspectos comunes y procedimientos de gestión», en la obra colectiva, *Comentarios a la Ley General Tributaria*, dirigida por CALVO ORTEGA, R., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 463.

Así las cosas, reiteramos también por la razón expuesta la imposibilidad que, a nuestro juicio, tienen las comunidades autónomas de alterar, con base en la atribución de competencias para regular «aspectos relativos a la gestión del impuesto», el procedimiento de aplicación de la TPC.

2.C. *El resultado de la TPC como elemento determinante de la base imponible del ITP*

Con la finalidad de argumentar en mayor medida nuestra posición sobre las referidas regulaciones «singulares» de la TPC, resta por aludir a otra de las cuestiones que, pensamos, pueden también avalar nuestra postura.

En ese sentido, habrá de repararse en el hecho de que tanto las comprobaciones de valores de las operaciones sobre las que hemos centrado este trabajo, como las eventuales TPC que frente a aquéllas puedan instar los contribuyentes, tienen como resultado la determinación de un elemento esencial del tributo, que no es otro que la base imponible. Si esto es así, la posibilidad de que las comunidades autónomas modifiquen las normas de aplicación de la TPC únicamente podría defenderse si se considera que dentro de su atribución competencial para regular determinados aspectos de la gestión del tributo entraría también la posibilidad de normar sobre elementos fundamentales del tributo como es el caso de la base imponible del ITP, en la modalidad de TPO.

Ésa es la interpretación que, a nuestro juicio, de una manera excesivamente amplia, se recoge en sentencias como la del TSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de abril de 2008 ¹⁰². En ella, y al amparo de la competencia normativa de las comunidades autónomas para regular «aspectos de gestión y liquidación», el tribunal apunta que la misma «proporciona la necesaria cobertura legislativa a la determinación, por parte de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de la base imponible del impuesto que nos ocupa, toda vez que la comunidad ha asumido las competencias normativas para ello, encuadrándose en concreto en el apartado de "gestión" tributaria».

Afortunadamente, ésta no es una opinión unánime y así, en la STS de 22 de enero de 2009 ¹⁰³, el Abogado del Estado fundamentaba su recurso de casación, entre otras cuestiones, aludiendo al hecho de que «las comunidades autónomas carecen de competencia para regular materias sustantivas de orden gestor que afectan a la base imponible de tales impuestos cedidos», extremo que en ningún momento niega la Junta de Extremadura (cuyo Consejo de Gobierno aprobó el decreto contra el que se interpuso recurso contencioso administrativo), aceptando que la base imponible del ITP se fija en la normativa estatal reguladora del tributo y sobre la cual consideran que no incide la discutida regulación autonómica, relativa al establecimiento de valores orientativos a efectos fiscales en las transmisiones inmobiliarias.

También la doctrina se ha manifestado en varias ocasiones sobre este tema, reparando en el hecho de que, a efectos de TPO, la determinación del «valor real» implica una simultánea determinación de la base imponible, toda vez que a efectos de dicho tributo, el valor actúa como único elemento configurador o definidor de dicho elemento de cuantificación del tributo ¹⁰⁴. De ese modo, la

¹⁰² Recurso n.º 790/2004.

¹⁰³ STS de 22 de enero de 2009 (NFJ032691).

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I.: «Las actuaciones de la Inspección de los Tributos en materia de comprobación de valores», *Impuestos*, n.º 15, 1999, págs. 201 y ss.

comprobación de valores y la eventual TPC que contra la misma decida instar el contribuyente afectado provocan una modificación de la base imponible por él declarada ¹⁰⁵.

Teniendo en cuenta las consideraciones apuntadas y en relación con los medios de comprobación de valores, se ha señalado que éstos «son una materia relativa a la cuantificación de la base imponible de los impuestos estatales cedidos de que se trate y no forman parte de la gestión, por lo que no entran dentro de las materias en las que se ha cedido competencia normativa a las comunidades autónomas de régimen común, por lo que no pueden modificar lo establecido con carácter general por el Estado, con lo que dichas regulaciones serían nulas por falta de competencias» ¹⁰⁶, conclusiones que consideramos extensibles a la TPC que pueda instarse frente a una comprobación de valores.

3. Conclusión

La conjunción de factores que puede ponerse de manifiesto en algunas comunidades autónomas, como sucede con Galicia y Aragón, que hasta el momento son los que han introducido cambios sustanciales en la tramitación de las TPC que se insten en dichas regiones en el ámbito del ITP, conducen, indiscutiblemente, a una reducción de las garantías de los contribuyentes. Piénsese que en la primera de las Comunidades Autónomas mencionadas, se procedió a comprobar de forma masiva los valores consignados por los contribuyentes en la base imponible del ITP como consecuencia de operaciones de transmisión inmobiliaria de acuerdo con el criterio del «valor hipotecario», por lo que los sujetos afectados que hubieran decidido instar una TPC se opondrían, no a la tasación efectuada por un perito de la Administración, sino a la realizada por una empresa privada contratada por la entidad de crédito que haya financiado la operación.

Así las cosas, en estos casos, la alternativa de los obligados tributarios afectados por esta situación sería la de aceptar la liquidación girada por la Administración o iniciar un costoso procedimiento que, según puede deducirse de lo expuesto, terminaría en la vía contencioso-administrativa.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, y si no se produce una modificación normativa que venga a solucionar los problemas que la situación actual genera desde el punto de vista del respeto a las más elementales garantías jurídicas de los contribuyentes, la solución debería venir de manos de los tribunales en orden, sobre todo, a concretar la competencia normativa de las comunidades autónomas en torno a esta cuestión, negando la posibilidad de las mismas a modificar el procedimiento de TPC ¹⁰⁷. Ello, a su vez, debería conllevar la anulación de las liquidaciones que se hubiesen practicado sobre

¹⁰⁵ CALVO VÉRGEZ, J.: «El expediente de comprobación de valores en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: aspectos sustantivos y procedimentales a la luz de la vieja y la nueva Ley General Tributaria», *op. cit.* y, del mismo autor, «Principales características de los procedimientos de comprobación del cumplimiento de obligaciones tributarias materiales a la luz de lo dispuesto en el Real Decreto 105/2007, de 27 de julio», *Quincena Fiscal*, n.º 14, 2009.

¹⁰⁶ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J.: *Modificaciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD)*, IEF, Dco. n.º 22, 2008, pág. 7.

¹⁰⁷ GARCÍA MARTÍNEZ, A.: *El valor tributario: su determinación objetiva y convencional*, *op. cit.*, págs. 173-174, señala la necesidad de reclamar «una regulación unitaria de ese régimen jurídico general configurador de la TPC, cuya sede normativa se encuentre en la LGT y en un reglamento general de desarrollo de la misma que se ocupe de forma específica y pormenorizada de este procedimiento. Con ello la LGT y la normativa de desarrollo directo de la misma se encontrarían en disposición de cumplir la función propia de un texto codificador, al regular en su integridad un procedimiento tributario que es de aplicación común a varios tributos del sistema».

la base de lo que, a nuestro juicio, no es más que un malentendimiento de la atribución competencial a las comunidades autónomas, en materia de ITP, de aspectos relacionados con la «gestión» de dicho tributo.

V. CONSIDERACIONES FINALES Y PROPUESTAS DE REFORMA

Tal y como se desprende de todo lo señalado hasta el momento, son muchos los conflictos que se derivan de la aplicación misma del procedimiento de comprobación de valores en el ámbito del ITP, y más concretamente, respecto de las transacciones inmobiliarias gravadas por dicho tributo, las cuales, como ya se ha señalado, acaparan la mayor parte de los litigios suscitados en torno a esta cuestión.

Parece por ello oportuno sintetizar las consideraciones realizadas en torno a las cuestiones más controvertidas que se han abordado en el trabajo para, a continuación, proponer los cambios que, a nuestro juicio, deberían haberse introducido respecto de este tema. Para ello realizaremos algunas referencias al Derecho comparado, toda vez que las soluciones adoptadas en algunos países de nuestro entorno podrían, a nuestro juicio, arrojar algo de luz para hallar el modo de reducir la permanente conflictividad que preside este tema. Ciertamente, como veremos, ninguna de ellas está exenta de críticas, pero consideramos que en este tema es prioritario encontrar la mejor de las soluciones posibles para lograr el necesario equilibrio entre la precisión de la valoración y la eficacia del método empleado para ello.

1. Conclusiones en torno a las normas vigentes sobre comprobación del «valor real» en el ITP y los problemas de su aplicación en la práctica

Atendiendo a la normativa vigente, el primer problema que suscita el estudio del tema objeto de nuestro estudio pasa por la determinación del «valor real» a efectos del cálculo de la base imponible del ITP. A nuestro juicio, el hecho de que se acepte como tal el valor declarado por el contribuyente cuando existe certeza indubitada acerca del mismo permite concluir que el valor real se corresponde con el importe real de la transmisión inmobiliaria en términos similares al «precio o contraprestación pactada», expresión esta utilizada ya por alguna de las normas autonómicas publicadas últimamente en materia de medios de valoración¹⁰⁸, al igual que sucede, como hemos visto, en la legislación de otros países, como es el caso de la *Grunderwerbsteuergesetz* alemana¹⁰⁹.

Si ello no fuese así, y el valor real fuese algo diferente, el valor resultante de la comprobación, que no podrá dudarse que aspira a concretar dicho concepto jurídico indeterminado, debería prevalecer sobre el valor declarado, aun cuando éste fuera superior. A día de hoy, con la modificación que la aludida Ley 4/2008 realizó sobre el artículo 46.3 del TRITP y AJD, la cuestión no ofrece duda alguna, toda vez que este precepto señala que no sólo el valor declarado, sino también el valor com-

¹⁰⁸ En ese sentido ya nos hemos referido a la Orden de 4 de marzo de 2010, aplicable en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

¹⁰⁹ *Vid.* § 8 GrEStG, en virtud del cual el impuesto ha de medirse en función del valor de la contraprestación pactada (*Wert der Gegenleistung*).

probado, han de ceder ante el «precio o contraprestación pactada» cuando éste sea superior a aquéllos, señalándose expresamente que en esos casos dicha magnitud operará como «base imponible» del tributo y, por tanto, ésa será en tales supuestos la forma de concretar el significado de la expresión «valor real» utilizada para definir dicho elemento de cuantificación del tributo.

Cuestión distinta es que, en los casos en los que la contraprestación no pueda conocerse en términos de certeza, y ante la sospecha de ocultación en el valor declarado por el contribuyente, la Administración inicie una comprobación, actuación que, a nuestro juicio, debería estar motivada. Respecto de esta cuestión ya hemos señalado que actualmente las exigencias de motivación se vienen demandando respecto de la propuesta de valoración, en el sentido de imponer a la Administración la obligación de expresar los medios y criterios empleados para llegar a determinar dicho valor ¹¹⁰, pero no respecto de la propia iniciación del procedimiento. Al no ser así es evidente que, a salvo de los supuestos mencionados en el párrafo anterior, cualquier autoliquidación de ITP puede ser comprobada, y de hecho así lo expresa, a efectos de este tributo en concreto, el artículo 46 de su ley reguladora, aludiendo a la posibilidad de comprobar el valor real de los bienes transmitidos «en todo caso». Esa realidad coloca a los contribuyentes ante una situación de inseguridad jurídica difícil de justificar y contraviene, además, la propia interpretación teleológica de la expresión «valor real» a la que, como hemos visto, se atribuye una clara misión antifraude. A nuestro juicio, debería ser precisamente la presunción de ocultación de parte del precio la que, una vez detectada por la Administración sobre la base de indicios o motivos que deberían ser trasladados al interesado, provocase la actuación de comprobación.

A esa finalidad pensamos que deberían servir la mayor parte de los medios de comprobación enumerados en el artículo 57 de la LGT, los cuales, tomados de forma independiente o combinada, sí pueden arrojar luz a la Administración sobre presunción de ocultación. Antes al contrario, su misión actual no es ésa, sino la de servir de base a la propia comprobación que la Administración realizará acudiendo al medio que considere más oportuno para alcanzar una valoración que, actualmente, no puede identificarse siempre con el «valor de mercado», en los términos ya expuestos.

En ese entendimiento, varios son lo inconvenientes que se derivan de la regulación actual de esta cuestión. Así, basta poner de relieve alguno de ellos:

- En primer lugar, no todos los medios de comprobación arrojarán el mismo resultado en términos de «valor», por lo que el contribuyente, iniciadas las actuaciones, tendrá que asumir la opción por la que se haya decantado la Administración sin seguridad jurídica alguna en ese sentido.
- En la misma línea, iniciadas actuaciones de comprobación frente a las autoliquidaciones de dos sujetos que hayan adquirido inmuebles idénticos, el resultado no tiene por qué coincidir, ya que dependerá del medio que respecto de cada uno de ellos haya elegido la Administración. Pero es que aun en el caso de que se les aplicase el mismo medio de comprobación, tampoco el resultado en términos de «valor» ha de ser necesariamente el mismo. Piénsese que allí donde se aplique, por ejemplo, el medio de comprobación basado en el «valor hipotecario», la valoración que toma en consideración la Administración es la tasación realizada por una empresa privada que no tiene que coincidir con la que hubiese realizado, no ya otra empresa

¹¹⁰ Vid. artículo 134.3 de la LGT.

similar, sino otro tasador de la misma entidad. Esta realidad, además de la aludida inseguridad jurídica que provoca, pone en tela de juicio el respeto al principio de igualdad en materia tributaria, que también puede verse limitado en su dimensión territorial si atendemos tanto a los distintos medios que cada comunidad autónoma puede utilizar como prioritarios en sus comprobaciones, como a las diferencias que respecto a la defensa de sus derechos experimentarán los contribuyentes de alguno de esos territorios cuando decidan oponerse al resultado de la comprobación, como hemos visto que sucede en Aragón o Galicia.

- Además de todo lo anterior, el sistema actual de comprobación de valores presenta inconvenientes importantes respecto de alguno de los medios enumerados en el artículo 57 de la LGT. Nos referimos al recurso, hoy prácticamente generalizado, al valor catastral actualizado para efectuar las comprobaciones de valor, sistema que a nuestro juicio podría ubicarse en el centro del procedimiento, pero ello siempre y cuando el legislador acometa la modificación legal que exige un sistema de comprobación de valores homogéneo y capaz de superar las fisuras que presenta el actualmente vigente. En ese sentido, varios son los desajustes que provoca, dentro de la normativa actual, el recurso a dicho medio «objetivo» de comprobación. Así, por una parte y como ya se señaló páginas atrás, el hecho de que en algunos territorios la Administración no excluya de comprobación a las declaraciones realizadas en función de los valores contenidos en las tablas de valores publicadas a esos efectos por las distintas comunidades autónomas, contraviniendo así una exigencia de la propia LGT (art. 134.1), considerándolas únicamente como «no prioritarias» a esos efectos, suscita dudas razonables acerca de la homogeneidad en la aplicación del procedimiento que nos ocupa. De igual modo ha de insistirse en que, aun siendo en la actualidad el medio más utilizado, no es ni muchos menos el único, y ello comparando, no ya lo que sucede entre territorios diferentes, sino incluso dentro de una misma comunidad autónoma. Por otra parte, se ha apuntado también la dificultad de considerar que la referencia a los valores contenidos en dichas tablas pueda servir de motivación del acto de comprobación, en los términos exigidos por el artículo 134.3 de la LGT ¹¹¹.

Ha sido sobre todo este último argumento el que ha llevado a un sector doctrinal a postular, en la línea avanzada anteriormente, el papel de «juicio de contraste» o «indicio de infravaloración» que debería otorgarse a los medios de comprobación de corte objetivo incluidos en el artículo 57 de la LGT. Se defiende así que la función de dichos medios debería operar como justificación del inicio de la comprobación de valores pues, en opinión de los autores que han defendido esta postura, la necesidad de motivación de dicha actividad exige «la individualización del gravamen a través de la búsqueda de datos más precisos y conectados con la realidad material, dotados de la necesaria certeza para fundamentar el razonamiento presuntivo» ¹¹². Se considera así que, en todo caso, debería exigirse a la Administración un individualizado y fundado informe pericial ¹¹³, que sólo puede tener reflejo cuando se utiliza como medio de comprobación el «dictamen de peritos de la Administración».

¹¹¹ En ese sentido, FALCÓN Y TELLA, R.: «Otras medidas para la prevención del fraude contenidas en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre», *Quincena Fiscal*, n.º 3-4, 2007, pág. 7, «en ningún caso puede considerarse que el resultado de dichas tablas o coeficientes sea el valor de mercado o el valor real, que sólo podrá determinarse a través de la oportuna comprobación administrativa y con la debida motivación, sin que las tablas puedan servir siquiera como elemento de motivación».

¹¹² ALGUACIL MARÍ, P.: *Discrecionalidad técnica en la comprobación tributaria de valores. La problemática de su control judicial*, op. cit., pág. 132.

¹¹³ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, I.: «Las actuaciones de la Inspección de los Tributos en materia de comprobación de valores», *Impuestos*, n.º 15, 1999.

Ciertamente, a la vista de la normativa vigente en la actualidad, si atendemos a la motivación que nuestros tribunales vienen demandando, no para justificar el inicio de la actuación de comprobación, sino para dar cuenta del contenido y resultado de la misma, en el sentido de exigir un examen directo de la finca con el objeto de que se tengan en cuenta aspectos tales como el estado de conservación del inmueble, su antigüedad, ubicación, circunstancias urbanísticas concurrentes, etc.¹¹⁴, parece que el recurso al dictamen de peritos de la Administración se presenta como la mejor solución.

Las conclusiones expuestas se han realizado atendiendo a la normativa vigente en la actualidad, si bien la observancia de la práctica administrativa al respecto en la mayor parte de las comunidades autónomas pone de relieve la falta de sintonía que existe entre ésta y las normas que, con carácter general, regulan la cuestión.

En ese sentido, es una circunstancia constatada que las comunidades autónomas no disponen de los medios materiales y humanos necesarios para realizar en todos los casos valoraciones individualizadas¹¹⁵ con plenas garantías que superen con éxito la revisión judicial¹¹⁶. Ésta podría ser la razón de que regiones como Aragón o Galicia no sólo prescindan del «dictamen de peritos de la Administración» como medio prioritario para las comprobaciones de valores que se realicen en su territorio a efectos del ITP, circunstancia por otra parte constatada en la práctica generalidad de territorios autónomos¹¹⁷, sino que hayan ido aun más lejos realizando modificaciones legislativas sobre el procedimiento de TPC, en el sentido de eliminar, como ya se ha expuesto, el carácter preceptivo del citado dictamen —cuando la valoración resultante de la comprobación no se hubiese realizado por ese medio—, como primer trámite administrativo una vez que aquélla es instada por el contribuyente.

Es evidente que la forma en la que deberían realizarse las comprobaciones de valores respetando las debidas garantías jurídicas de los administrados con arreglo a la normativa vigente no se corresponde con la práctica habitual de las Administraciones territoriales. Esta situación demanda una solución que, además de perseguir una mayor sintonía entre tales normas y la praxis sobre esta cuestión, permita reducir la conflictividad e inseguridad jurídica que rodean a las actuaciones de comprobación en general y, especialmente, a aquellas que se realizan respecto de bienes que, como sucede con los inmuebles, forman parte de un mercado sumamente imperfecto que dificulta especialmente la adopción de medidas exentas de críticas.

Pese a todo, pensamos que es preciso que el legislador reaccione ante la situación actual, tratando de hallar un equilibrio entre la seguridad jurídica que debe presidir las relaciones Administración-contribuyente y la necesidad de que aquélla pueda contar con un sistema eficaz de gestión que le permita afrontar, con los medios que tiene a su alcance, la necesaria labor de comprobación ante la presunción de ocultación.

¹¹⁴ Vid. STSJ Murcia de 30 de enero de 2009 (JUR/2009/192493), siguiendo el criterio del TS (v. gr. STS de 3 de diciembre de 1999 (NFJ008494).

¹¹⁵ Vid. PARENT, B.: «El sistema de valoración en Francia», *Catastro*, octubre 2002, pág. 150.

¹¹⁶ MARCOS CARDONA, M.: «La adopción por la comunidades autónomas de la Región de Murcia de un método objetivo para la valoración de los bienes inmuebles que van a ser objeto de transmisión o de adquisición», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 20, 2002, pág. 71.

¹¹⁷ Vid. a modo de ejemplo, la Orden Ministerial de 14 de marzo de 2008, de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (DOCM de 1 de abril de 2008) o la Orden de 6 de mayo de 2009, de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda (DOCM de 15 de mayo de 2009).

En ese sentido, a nuestro juicio, el legislador debería haber hecho uso de lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LGT, en virtud del cual «Las normas de cada tributo regularán la aplicación de los medios de comprobación señalados en el apartado 1 de este artículo», incorporando una solución a la controversia apuntada al respecto en el ámbito del ITP y, concretamente, en relación con las operaciones que nos han ocupado, sobre las que pivotan la mayor parte de los conflictos que se plantean entre la Administración y los contribuyentes en este tema.

2. Propuesta de reforma. Una referencia a las soluciones adoptadas en otros países

Con el fin de encontrar respuesta a la necesidad de conciliar gestión eficaz y seguridad jurídica, consideramos que la solución debería pasar, con los matices a los que después aludiremos, por un sistema de comprobación de corte objetivo que se activaría en los casos en los que la Administración presuma la existencia de ocultación en el valor declarado por el contribuyente, y así lo motive y justifique, extremo para el que podría servirse de los medios que actualmente se relacionan en el artículo 57 de la LGT.

En ese sentido, la solución podría vertebrarse sobre las siguientes premisas:

- El valor declarado será, en principio, el valor real de la operación de transmisión inmobiliaria, entendido en términos de precio o contraprestación pactados.
- En el caso de que la Administración presuma la existencia de ocultación, extremo que debería motivar en todo caso, pondría en marcha la comprobación de valores que, respecto de las operaciones comentadas, podría resolverse con el recurso a unas tablas de valores objetivamente determinados y debidamente publicados. Con esta finalidad, el recurso al medio de comprobación al que alude el artículo 57.1 b) consideramos que sería el más adecuado, centrado en la valoración catastral actualizada a través de los coeficientes previstos para ello ¹¹⁸.
- Para evitar la rigidez del sistema, éste debería conciliarse con la posibilidad del contribuyente de solicitar a la Administración, con carácter previo a la realización del hecho imponible, una valoración individualizada y vinculante en determinados casos ¹¹⁹. Así, por ejemplo, ello sería preciso en supuestos tales como la ausencia de valoración catastral, la inexistencia de coeficiente de actualización o la concurrencia de circunstancias especiales del inmueble que hagan necesaria tal valoración ad hoc ¹²⁰. En este último supuesto, pueden encontrarse aque-

¹¹⁸ A la hora de fijar dichos coeficientes deberían establecerse las debidas cautelas para evitar lo sucedido en otros países. Así, en Italia ha sido criticado el sistema de valoración automática centrado en el valor catastral, porque las sucesivas revisiones al alza de los multiplicadores aplicados sobre aquél a efectos de su actualización han provocado que los contribuyentes hayan optado por declarar un valor distinto y sujeto, por tanto, a comprobación administrativa. *Vid.* ALGUACIL MARÍ, P.: *Discrecionalidad técnica en la comprobación tributaria de valores. La problemática de su control judicial*, Ed. Diálogo, Valencia, 1999, pág. 242.

¹¹⁹ En ese sentido GARCÍA MARTÍNEZ, A.: *El valor tributario: su determinación objetiva y convencional*, op. cit., pág. 156, señala, al hilo del comentario que realiza a los métodos de comprobación objetivos, que «no cabe descartar la posibilidad de que con carácter previo a la realización del hecho imponible o a su declaración tomando como referente estos valores orientativos, se pueda llegar a un convenio o acuerdo de valoración entre la Administración y el obligado tributario». La vía del acuerdo entre la Administración y el contribuyente a efectos de determinación del valor ha sido defendida también entre la doctrina alemana para reducir los conflictos que rodean a este tema. *Vid.* SEER, R.: *Verständigungen in Steuerverfahren*, op. cit, págs. 188 y ss.

¹²⁰ Sobre esta cuestión, *Vid.* GARCÍA BERRO, F.: «Análisis jurídico de la obligación administrativa de informar sobre el valor de los inmuebles», op. cit., pág. 67.

llos sujetos que adquieran actualmente un inmueble de los muchos que han pasado a integrarse en las carteras inmobiliarias de las entidades de crédito como consecuencia directa del incremento de la morosidad entre sus clientes en los últimos tiempos. En este sentido, ha de pensarse que el interés de los bancos en estos casos pasa por una pronta enajenación de tales bienes con el objetivo, tanto de evitar los costes que su titularidad conlleva, como de recuperar la cantidad impagada por su anterior titular, así como los gastos que haya conllevado el proceso de ejecución. Esta situación puede provocar una importante reducción del precio de compra-venta que podría incluso, en el caso de aceptarse un sistema de corte objetivo como el propuesto, no alcanzar al valor catastral actualizado del inmueble ¹²¹. Por ese motivo, éste podría ser uno de los casos en los que los contribuyentes, atendiendo a la fórmula propuesta, podrían solicitar una valoración a la Administración ajustada a lo que sería el precio o contraprestación pactados entre el comprador y la entidad bancaria enajenante.

- Por último, debería quedar siempre abierta la vía de la TPC cuando la valoración objetiva previamente fijada esté afectada por las aludidas peculiaridades, y éstas no se hayan invocado por el contribuyente con carácter previo o bien, habiéndose solicitado la aludida valoración individualizada, la Administración no haya atendido a las especialidades invocadas por el obligado.

De aceptarse un sistema basado en las afirmaciones anteriores, el legislador estaría normativizando una situación que, por la vía de hecho, ha adquirido carta de naturaleza en la mayor parte de las comunidades autónomas ya que, como se ha apuntado, éstas recurren con frecuencia al aludido medio de comprobación previsto en la letra b) del artículo 57.1 de la LGT, aun cuando su aplicación, de acuerdo con la normativa vigente, choque con los inconvenientes antes señalados.

Las ventajas que una solución de corte objetivo y general puede aportar al tema aquí abordado se traducirían ¹²², fundamentalmente, en un incremento notable de la seguridad jurídica, toda vez que el contribuyente puede conocer de antemano la valoración que la Administración otorgará a las transmisiones inmobiliarias que se sometan a comprobación; en una reducción considerable de la conflictividad hoy inherente a este tema ¹²³; y en una garantía de la igualdad respecto de los administrados que hayan de tributar por una adquisición inmobiliaria sujeta al ITP ¹²⁴, y ello, tanto en su dimensión material como territorial, toda vez que una solución de aplicación general como la comentada vendría a proporcionar una deseable coordinación de las Administraciones públicas autonómicas en este tema ¹²⁵.

¹²¹ Sobre esta cuestión *vid.* ROCHA, M. y MARQUES, R. «Lei do Orçamento do Estado para 2009», *Revista de Finanças públicas e Directo Fiscal*, n.º 4, 2009, págs. 90-91, donde se alude expresamente a esa realidad justificando la propuesta de los autores en orden a excluir tales supuestos de la regla del artículo 58 del Código del IRC, en virtud de la cual el «valor patrimonial tributario» prevalece sobre el valor de «alienação» cuando es superior a éste.

¹²² *Vid.* sobre esta cuestión, YOUNGMAN, J.M.: «Tax on Land and Buildings», en *Tax Law Design and Drafting*, vol. I, International Monetary Fund, Victor Thuronyi, ed., 1996.

¹²³ Un modelo basado en valoraciones automáticas se considera también positivo para ser aplicado a efectos de los impuestos de transmisiones en países como Alemania. En ese sentido, *vid.* SIEDEL, C.: «La valoración de los bienes inmuebles en Alemania. Métodos, transparencia, evolución del mercado inmobiliario y otros aspectos en estudio», *Catastro*, n.º 57, 2006, pág. 27.

¹²⁴ En torno a la igualdad en materia de valoración, *vid.* KIRCHHOF, P.: *Die Steuerwerte des Grundbesitzes*, Dr. Peter Deubner, Köln, 1985, págs. 18 y ss.

¹²⁵ Piénsese que una de las principales funciones de la Comisión Mixta de Coordinación para la Gestión Tributaria, creada por el artículo 33 de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, es, precisamente, la de «coordinar los criterios de valoración a efectos tributarios» [art. 64 e) Ley 21/2001].

Precisamente muchos de esos objetivos han sido los que han guiado las fórmulas de corte objetivo, similares a la aquí propuesta, introducidas en algunos países de nuestro entorno, como ha sucedido en Portugal ¹²⁶, Grecia ¹²⁷ o Italia. En este último se implantó ya hace años el sistema de la *valutazione automatica* ¹²⁸ en el ámbito del Impuesto de Registro, el cual, aunque guarda cierto paralelismos con nuestro ITP, no grava propiamente el acto o contrato traslativo, sino la inscripción registral de los bienes adquiridos a título oneroso ¹²⁹. De acuerdo con ese sistema, previsto en un principio únicamente en el artículo 52, apartados 4 y 5 de la ley reguladora de dicho tributo ¹³⁰, la Administración se abstiene de rectificar el valor o la contraprestación de los inmuebles allí mencionados cuando se haya declarado un valor no inferior al catastral debidamente actualizado. La aplicación de la valoración automática, en principio posible respecto de diferentes tipos de inmuebles, se ha reducido a raíz de la incorporación de un apartado 5-bis al aludido precepto ¹³¹, en el que expresamente se limita su aplicación a los inmuebles a los que alude el artículo 1, apartado 497, de la ley financiera de 2006 ¹³².

Pues bien, en función de lo dispuesto por esta última norma, a partir del 1 de enero de 2006, se introduce la posibilidad de acudir a la referencia del «precio-valor», basada en el valor catastral de los inmuebles, como vía para valorar, a efectos de dicho impuesto, los contratos traslativos a título oneroso que tengan por objeto bienes inmuebles de uso residencial realizados entre particulares. Éstos serán, por tanto, los únicos respecto de los que continúa aplicándose el aludido sistema de valoración automática. Tal y como aclara la Risoluzione n. 145/E, de la Direzione Centrale Normativa e Contencioso, de 9 de junio de 2009, la base imponible de dichas transmisiones, siempre que el adquirente solicite al notario en el momento de formalización del contrato el valor catastral del inmueble, vendrá representada por éste, prevaleciendo así sobre lo dispuesto con carácter general en el artículo 43 del Testo Unico del Imposta di Registro en materia de determinación de la base imponible del Impuesto de Registro.

Así las cosas, aun cuando el sistema de valoración objetivo al que hemos aludido ha reducido su operatividad, la misma se mantiene a efectos de las transmisiones de viviendas entre particulares, ámbito en el que se suscitan el mayor número de conflictos a efectos de valoración, y sobre el que hemos centrado este trabajo.

Ahora bien, incorporar al ordenamiento tributario español una medida similar a la italiana, implicaría modificar la definición de la base imponible del ITP, tal y como ha sucedido en ese país,

¹²⁶ En ese sentido, el Decreto-lei n.º 287/2003, de 12 de novembro (modificado por la Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro), por el que se regula el *Código do Imposto Municipal sobre transmissões onerosas de imóveis*, considera como «valor tributável», el valor declarado en el acto o contrato o el «valor patrimonial tributário», si éste fuese mayor. Este último valor se fija mediante una serie de coeficientes en la forma prevista en el *Código do Imposto municipal sobre Imóveis* y se tienen en cuenta, además de para los tributos mencionados, para otros como el IRS (*Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares*), IRC (*Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*) o el *Imposto do Selo*.

¹²⁷ Vid. KPMG: *Greece: Taxation of International Executives*, 2009, pág. 19.

¹²⁸ D'AMATI: «La nuova disciplina dell'imposta di registro», en la collezione *Il Diritto Attuale*, n.º 8, UTET, Torino, 1989, págs. 80 y ss.; PIGNATORE, R.: «L'imposta di registro», *Trattato di Diritto Tributario*, vol. IX, CEDAM, 1994, pág. 181.

¹²⁹ CAAMAÑO ANIDO, M.A.: *La tasación pericial contradictoria en materia tributaria*, op. cit., pág. 113.

¹³⁰ D.P.R. n. 131, de 26 de abril de 1986.

¹³¹ Dicha modificación se ha producido en virtud del artículo 35 del D.L. n.º 223/2006.

¹³² Aprobada el 23 de diciembre de 2005, n. 266.

aunque sólo respecto de las operaciones aludidas en el ámbito del Impuesto de Registro ¹³³. A nuestro juicio, la modificación que precisa nuestro ordenamiento para lograr los objetivos señalados no tendría por qué provocar necesariamente la alteración del concepto de base imponible del ITP respecto de las operaciones indicadas –aunque la aclaración de la expresión del «valor real» respecto de las transacciones inmobiliarias en términos de contraprestación o precio pensamos que vendría a solucionar muchos de los problemas que aquélla suscita actualmente–. Antes al contrario, la adopción de una solución de corte objetivo, como la aquí propuesta, consideramos que debe ubicarse en el ámbito estricto de la comprobación de valores, de modo que, detectada y motivada la presunción de ocultación, la Administración recurriría, en términos generales, a la valoración previa y objetiva determinada a través de los valores catastrales de los inmuebles debidamente actualizados, dejando la puerta abierta a la solicitud del interesado a la Administración de una valoración individualizada que podría justificarse, v. gr, en las características especiales o sobrevenidas del inmueble y, claro está, el posterior recurso a la TPC en los supuestos ya aludidos.

Esto es, no se trataría de identificar la base imponible del ITP con el valor catastral, sino de hacerlo valer en la comprobación de valores cuando existan indicios de que el valor declarado es inferior al precio o contraprestación pactada. Ese es, precisamente, el sentido con el que se ha interpretado la cuestión aquí abordada en la Orden de 4 de marzo de 2010 de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda de Castilla-La Mancha, ya mencionada, y en la que expresamente se precisa que «los valores que se aprueban en esta orden» –refiriéndose a los valores catastrales actualizados a los que alude el art. 57.1 b) LGT– «tienen carácter de mínimos y, en todo caso, según lo estipulado en el artículo 46.3 del TRITP y AJD, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, los valores declarados no pueden ser inferiores al precio o contraprestación pactada».

Ciertamente, el sistema propuesto no está exento de críticas, como tampoco lo está la fórmula italiana de valoración automática ¹³⁴. En ese sentido, la doctrina ha criticado el recurso al valor catastral actualizado como medio de concreción del valor real por tratarse de un método presuntivo que lleva a concluir, en opinión de los autores que participan de esta idea, que «este medio de comprobación no es válido para determinar el valor "real" o "verdadero" de mercado», ya que se trata de un sistema que conduce a la determinación del «valor real» mediante una «pseuoestimación» objetiva o «presuntiva», alterando así la definición de la base imponible ¹³⁵.

¹³³ Artículo 1, comma 497, Legge Finanziaria 2006, «In deroga alla disciplina di cui all'articolo 43 del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, per le sole cessioni fra persone fisiche che non agiscano nell'esercizio di attività commerciali, artistiche o professionali, aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo e relative pertinenze, all'atto della cessione e su richiesta della parte acquirente resa al notaio, la base imponibile ai fini delle imposte di registro, ipotecarie e catastali è costituita dal valore dell'immobile determinato ai sensi dell'articolo 52, commi 4 e 5, del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 131 del 1986, indipendentemente dal corrispettivo pattuito indicato nell'atto. (...)».

¹³⁴ FEDELE, A.: «La disciplina dell'accertamento di maggior valore nelle imposte su trasferimenti», en *La casa di abitazione*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1986, pág. 493.

¹³⁵ Sobre esta cuestión vid. NAVARRO FAURE, A.: «Facultades de la Administración autonómica en España en materia de comprobación de valores», *Palau* 14, n.º 28, 1997, pág. 218; MOCHÓN LÓPEZ, L.: «El valor real de los inmuebles como valor de referencia tributario y su comprobación mediante la referencia al valor catastral como medio de lucha contra el fraude», *op. cit.*, págs. 62-63.

A nuestro juicio, aunque puedan comprenderse algunas de las razones de fondo que conllevan a tales razonamientos, dichas conclusiones no pueden compartirse, y ello, por varias razones. Así, en primer lugar, la premisa de la que parten dichas consideraciones, equiparando valor real y valor de mercado, ya ha sido cuestionada por nosotros a lo largo del trabajo, por lo que a las consideraciones realizadas en ese sentido nos remitimos ahora. Por otra parte, aun cuando la determinación del valor real a través del método objetivo propuesto dé entrada a elementos presuntivos que puedan tener como resultado un valor diferente al de la contraprestación pactada, consideramos que ello será inevitable cualquiera que sea el medio de comprobación elegido, toda vez que la realidad de dicha magnitud sólo es conocida, y presuntamente oculta, por los intervinientes en la operación. En ese sentido podemos reproducir de nuevo aquí una idea expresada por el TS y ya reproducida en este trabajo, en virtud de la cual «no existe un valor real, entendido éste como un carácter o predicado ontológico de las cosas». Por ello, ante la presunción de ocultación por parte de los contribuyentes, la Administración debe contar con el mecanismo adecuado para llegar a concretar en estos casos el «valor real» de la transmisión. En este entendimiento, pensamos que ha de hallarse la mejor de las soluciones posibles para que la Administración pueda reaccionar a dichas conductas sin perder de vista las más elementales garantías jurídicas de los contribuyentes y sin olvidar, tampoco, que la Administración estará reaccionando con la comprobación a una conducta presuntamente no ajustada a Derecho por parte del contribuyente, lo cual, sin duda, provocará que éste deba atenerse a las consecuencias de su actuación.

Por todo lo anterior, reiteramos la oportunidad de un sistema como el aquí defendido aun conscientes de los reparos que puede suscitar. Ahora bien, entendemos que tales críticas podrían centrarse, no tanto en el sistema de comprobación de valores propuesto, a nuestro juicio más homogéneo, sencillo y respetuoso con los debatidos principios de igualdad y seguridad jurídica ¹³⁶, sino sobre el Catastro y el modo en el que en dicho registro se valora cada bien ¹³⁷.

Efectivamente, la operatividad del sistema propuesto depende en gran medida del correcto funcionamiento del Catastro, cuyos problemas más habitualmente denunciados se han centrado, sobre todo, en aspectos tales como la atribución de competencias a los órganos que hayan de efectuar las valoraciones ¹³⁸, el sistema arbitrado para determinar tales valores ¹³⁹, o la necesidad de una actualización periódica de las mismas, en muchos casos poco frecuente habida cuenta del coste que provoca.

¹³⁶ En ese sentido, TRIGUEROS MARTÍN, M.J., «El valor catastral como parámetro de referencia en la normativa tributaria española», *RCyT*. CEF, n.º 284, 2006, pág. 42, destaca el carácter objetivo del valor catastral, susceptible de aportar «la pretendida y perseguida seguridad jurídica y permite la realización del principio de igualdad en el conjunto del Estado».

¹³⁷ MOCHÓN LÓPEZ, L.: «El valor real de los inmuebles como valor de referencia tributario y su comprobación mediante la referencia al valor catastral como medio de lucha contra el fraude», *op. cit.*, págs. 61-66.

¹³⁸ En ese sentido, y a la vista de la experiencia comparada, podría hablarse, básicamente de dos modelos. Uno centralizado, en el que las valoraciones son competencia de las Administraciones estatales, como sucede, por ejemplo, en Gran Bretaña (*Valuation Office Agency*), y otro descentralizado, como ocurre en los Estados Unidos, donde la valoración se realiza de acuerdo a criterios definidos localmente. Sobre esta cuestión *vid.* BORDALLO MONTALVO, L.: *Exenciones tributarias e impuestos locales*, tesis doctoral defendida en 2006, en Universitat Pompeu Fabra y dirigida por la profesora AGULLÓ AGÜERO.

¹³⁹ El valor catastral, tal y como se define en el artículo 22 de la Ley del Catastro Inmobiliario (RDLeg. 1/2004, de 5 de marzo), «es el determinado objetivamente para cada bien inmueble a partir de los datos obrantes en el Catastro Inmobiliario y estará integrado por el valor catastral del suelo y el valor catastral de las construcciones», sin perder de vista las precisiones que al respecto realiza el artículo 23 de ese mismo cuerpo legal. Aunque excede de los límites de este trabajo, lo cierto es que el análisis de esa norma ha de realizarse conjuntamente con lo dispuesto por otras normas técnicas de valoración catastral (*vid.* RD 1020/1993, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana, y el RD 1464/2007, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración catastral de los bienes inmuebles de características especiales).

En relación con estas cuestiones, y atendiendo al modelo español, la Ley del Catastro Inmobiliario atribuye la competencia exclusiva de su formación y mantenimiento al Estado, definiéndolo como «un registro administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda» (art. 1), todo ello sin perjuicio de las «fórmulas de colaboración que se establezcan con las diferentes Administraciones, entidades y corporaciones públicas» (art. 4). Así las cosas, aun partiendo de un modelo en el que la competencia en materia catastral corresponde a la Administración central, «el principio de colaboración interadministrativa impregna todas las normas de actuación del Catastro, que se define como un registro administrativo al servicio de las Administraciones públicas y ciudadanos. La gestión de los diferentes tributos que gestionan dichas Administraciones también requiere de la información que proporciona el Catastro, y no se puede entender una eficaz labor de mantenimiento y actualización de los Catastros Inmobiliarios sin una colaboración activa de las distintas Administraciones»¹⁴⁰, colaboración que en los últimos años ha trascendido el ámbito nacional para derivar en la gestación de un proceso de convergencia tecnológica y organizativa a nivel europeo¹⁴¹.

De este modo, ha de considerarse que el modelo español es capaz de responder a las exigencias de igualdad y uniformidad en los criterios utilizados para efectuar las valoraciones inmobiliarias en todo el territorio nacional¹⁴², así como a las de eficacia, toda vez que la cercanía de las Administraciones autonómica y local permitirán recabar datos de un modo más ágil y eficaz, especialmente de cara a las periódicas actualizaciones que deben realizarse de las valoraciones catastrales¹⁴³. En el desarrollo de esa labor, será imprescindible la óptima utilización de las herramientas informáticas al servicio de la Administración, como demuestran algunas experiencias de derecho comparado¹⁴⁴. A este respecto, tal y como ya se ha señalado, el sistema catastral español está respondiendo ampliamente a la necesidad de incorporación de las nuevas tecnologías a su formación, misión que tiene encomendada la Dirección General del Catastro¹⁴⁵. En ese sentido, la utilización de medios informáticos, electrónicos y telemáticos en la práctica totalidad de las actuaciones en materia catastral, así como la apertura de la Oficina Virtual del Catastro en 2003, han contribuido a una modernización de la institución con la que se superan muchos de los problemas a los que antes aludíamos con las consecuencias que, a nuestro juicio, tiene esta situación de cara a la aceptación del sistema de comprobación de valores aquí propuesto.

¹⁴⁰ PUYAL SANZ, P.: «El Catastro en España: Organización y Competencia», en *Derecho Urbanístico: el catastro y la valoración inmobiliaria*, 2004, pág. 323.

¹⁴¹ Muestra de ello es la constitución del «Comité Permanente sobre el Catastro en la Unión Europea», cuya misión esencial es la de «crear el espacio adecuado dentro del cual se propicie el mayor conocimiento de las actividades desarrolladas por la Unión Europea y los Estados miembros en relación con el Catastro para, a través de esa información, desarrollar estrategias y proponer iniciativas comunes encaminadas a conseguir una mayor coordinación entre los distintos sistemas catastrales europeos y sus usuarios».

¹⁴² *Vid.* STC 233/1999, de 16 de diciembre de 1999 (NFJ008394).

¹⁴³ PUYAL SANZ, P.: «El Catastro en España: Organización y Competencia», *op. cit.*, pág. 319, destaca la relevancia que en este tema tiene la «cercanía al territorio como elemento esencial, tanto para su adecuada gestión, valoración y actualización de los catastros, como para facilitar el imprescindible contacto con los titulares catastrales afectados por dicha gestión, con los agentes que intervienen en el tráfico jurídico inmobiliario (notarios y registradores de la propiedad), y con las Administraciones territoriales (local y autonómica) que actúan en el territorio».

¹⁴⁴ *Vid.* KERTSCHER, D.: «Increase of the Transparency concerning the real estate market of Lower Saxony-Enhancement of the Valuation System with the Online-Real-Estate-Price-Calculator», *International Workshop on Spatial Information for Sustainable Management of Urban Areas*, FIG Commission 3 Workshop 2009-01-07 Mainz, Germany, 2-4 February 2009, en relación con el sistema informático implantado en la Baja Sajonia.

¹⁴⁵ PUYAL SANZ, P.: «El Catastro en España: Organización y Competencia», *op. cit.*, pág. 309.

Bibliografía

- ALGUACIL MARÍ, P. [1999]: *Discrecionalidad técnica en la comprobación tributaria de valores. La problemática de su control judicial*, Ed. Diálogo, Valencia.
- ALONSO ARCE [2003]: «La prescripción en los procedimientos tributarios y el Régimen de Concierto Económico de la Comunidad Autónoma del País Vasco», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, Navarra.
- BORDALLO MONTALVO, L. [2006]: *Exenciones tributarias e impuestos locales*, tesis doctoral defendida en 2006, en Universitat Pompeu Fabra y dirigida por AGULLÓ AGÜERO.
- BOWMAN, S.A. [2009]: «Built-in gain discounts for transfer tax valuation: a resolution for the big debate», en *Akron tax journal*, n.º 24.
- BRANDÃO LEAL, M.T. [2008]: *A avaliação indirecta da matéria tributável reflexão sobre a responsabilidade penal do arguido*, Faculdade de direito da universidade do Porto.
- CAAMAÑO ANIDO, M.A. [1995]: *La tasación pericial contradictoria en materia tributaria*, Ed. Cedecs, Barcelona.
- [2010]: «Las comprobaciones de valores basadas en la simple remisión a tasaciones hipotecarias», en *Actualidad Fiscal Comentada*, Ed. REAF, A Coruña.
- CALVO ORTEGA, R. [1991]: «Impuesto sobre las Donaciones», en *Fiscalidad de las Sucesiones y Donaciones*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid.
- CALVO VÉRGEZ, J. [2004]: «El expediente de comprobación de valores en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: aspectos sustantivos y procedimentales a la luz de la vieja y la nueva Ley General Tributaria» *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, n.º 10.
- [2009]: «Principales características de los procedimientos de comprobación del cumplimiento de obligaciones tributarias materiales a la luz de lo dispuesto en el Real Decreto 105/2007, de 27 de julio, *Quince-na Fiscal*, n.º 14.
- CÁRDENAS ORTIZ, R.M. [2004]: *La gestión tributaria: Especial referencia a los procedimientos que la integran. Análisis de la nueva Ley 58/2003, General Tributaria, en relación a la Ley 230/1963*, Universidad de Jaén.
- CERVERA TORREJÓN, F. [2008]: «La conveniencia de otorgar competencia normativa a las comunidades autónomas en relación con la base imponible del gravamen sobre "transmisiones patrimoniales onerosas", en *IV Jornada Metodológica Jaime García Añoveros. La reforma de la financiación autonómica en el marco de los nuevos estatutos*, IEF, Doc. 11/2008.
- CERVERA TORREJÓN, F. y MAGRANER MORENO, F. [1994]: *La comprobación de valores: causas de impugnación*, Tecnos, Madrid.
- [1995]: «El control judicial del valor comprobado: una cuestión abierta», *Civitas REDF*, n.º 87.
- CHECA GONZÁLEZ, C. [1997]: «La comprobación de valores (Problemas que suscita y medios de garantía a favor de los contribuyentes)», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, n.º 5, Aranzadi, Pamplona.
- CLAVIJO HERNÁNDEZ, F. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A. [2006]: «Eficiencia de las normas de valoración españolas para la tasación de las propiedades inmobiliarias a fines contables: un nuevo paso hacia el logro de la armonización internacional», *RCyT. CEF*, n.º 279.
- D'AMATI [1989]: «La nuova disciplina dell'imposta di registro», en la collezione *Il Diritto Attuale*, n.º 8, UTET, Torino.

- DE JUAN LOZANO, A.M. [1993]: *La interrupción de la prescripción tributaria*, Tecnos, Madrid.
- DE LA PEÑA AMORÓS, M.M. [2005]: *Las competencias normativas de las comunidades autónomas en los tributos cedidos*, Universidad de Murcia (Servicio de publicaciones), Murcia.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, E. [1991]: «La valoración en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales», en *Valoración en Derecho Tributario*, IEF, Madrid.
- FALCÓN Y TELLA, R. [2005]: «En torno al artículo 134 LGT (I): la imposibilidad de liquidar TPO sobre la base del "valor de tasación" aceptado por el contribuyente a efectos de subasta», *Quincena Fiscal*, n.º 17.
- [2007]: «Otras medidas para la prevención del fraude contenidas en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre», *Quincena Fiscal*, n.º 3-4.
- FEDELE, A. [1986]: «La disciplina dell'accertamento di maggior valore nelle imposte su trasferimenti», en *La casa di abitazione*, vol. III, Giuffrè, Milano.
- FENELLÓS PUIGSERVER, V. [1994]: «Límites a la comprobación de valores tributaria. Adquisición y subasta», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, tomo I.
- FERNÁNDEZ JUNQUERA, M. [2001]: «La prescripción de la obligación tributaria. Un estudio jurisprudencial», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, Navarra.
- [2009]: «Los procedimientos tributarios: aspectos comunes y procedimientos de gestión», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General Tributaria*, dirigida por CALVO ORTEGA, R., Civitas-Thomson Reuters, Navarra.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I. [1999]: «Las actuaciones de la Inspección de los Tributos en materia de comprobación de valores», *Impuestos*, n.º 15.
- FERNÁNDEZ-VÁZQUEZ MAESO y PERLÁEZ MARTOS [2008]: *Todo procedimiento tributario 2007-2008*, CISS, Madrid.
- FORNESA RIBÓ, R. [1974]: *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales inter-vivos*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- GALAPERO FLORES, R. [2000]: «La referencia al valor de mercado en los tributos que gravan la renta y la titularidad de elementos patrimoniales», *RDFHP*, n.º 257.
- GARCÍA BERRO, F. [2008]: «Análisis jurídico de la obligación administrativa de informar sobre el valor de los inmuebles», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 81.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A. [2000]: *La gestión de los tributos autonómicos*, Civitas, Madrid.
- [2000]: «"Unicidad versus estanqueidad" cuando concurren varias Administraciones en materia de comprobación de valores», *Impuestos*, n.º 17.
- [2006]: *El valor tributario: su determinación objetiva y convencional*, Bosch, Barcelona.
- GIL CRUZ, E.M.^a [2003]: «La motivación de los actos tributarios», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, Navarra.
- GIL DEL CAMPO, MELLADO BENAVENTE y MOLINA ALGUEA [2007]: *La nueva Ley de Prevención del Fraude Fiscal*, CISS, Valencia.
- GONZÁLEZ NEBREA, TURMO DE PADORA y VILLARONGA SÁNCHEZ [2006]: *La valoración inmobiliaria. Teoría y práctica*, La Ley, Madrid.
- KERTSCHER, D. [2009]: «Increase of the Transparency concerning the real estate market of Lower Saxony - Enhancement of the Valuation System with the Online-Real-Estate-Price-Calculator», *International Workshop*

on Spatial Information for Sustainable Management of Urban Areas, FIG Commission 3 Workshop 2009-01-07 Mainz, Germany, 2-4 February.

KIRCHHOF, P. [1985]: *Die Steuerwerte des Grundbesitzes*, Dr. Peter Deubner, Köln.

KPMG [2009]: *Greece: Taxation of International Executives*.

LANG, J. [1994]: «Steurgerechtigkeit durch Steuervereinfachung», en *Steuervereinfachung*, C.F. Müller, Heidelberg.

LOZANO SERRANO, F. [2000]: «¿La anulación de la comprobación de valores permite una nueva valoración?», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, tomo II, págs. 2.006.

MARCOS CARDONA, M. [2002]: «La adopción por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de un método objetivo para la valoración de los bienes inmuebles que van a ser objeto de transmisión o de adquisición», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 20.

– [2002]: *La comprobación de valores de inmuebles. Soluciones adoptadas por las comunidades autónomas*, Dijusa, Madrid, pág. 17.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. [2001]: *La gestión tributaria: una reforma necesaria*, Publicaciones de la Universidad de Alicante.

MCPARLAND, C., MCGREAL, S. y ADAIR, A. [2000]: «Concepts of price, value and worth in the United Kingdom. Towards a European perspectiva», *Journal of Property Investment & Finance*, vol. 18, n.º 1.

MOCHON LÓPEZ, L. [2008]: «El valor real de los inmuebles como valor de referencia tributario y su comprobación mediante la referencia al valor catastral como medio de lucha contra el fraude», *Quincena Fiscal*, n.º 22.

MORA LORENTE, M.D. [2004]: *Impuestos cedidos: implicaciones internas y comunitarias*. Universitat de València, Valencia.

NAVARRO FAURE, A. [1997]: «Facultades de la Administración autonómica en España en materia de comprobación de valores», *Palau 14*, n.º 28.

PARENT, B. [2002]: «El sistema de valoración en Francia», *Catastro*, octubre.

PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J. [2007]: «La aplicación del ITP y AJD a las operaciones inmobiliarias: ITP onerosas y operaciones societarias», *Monografías Carta Tributaria*, n.º 15.

– [2008]: *Modificaciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD)*, IEF, Dco. n.º 22.

– [2009]: «Comentario a la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2009», *Carta Tributaria*, n.º 8.

PÉREZ ROYO, F. y AGUALLO AVILÉS, A. [1996]: *Comentarios a la Reforma de la Ley General Tributaria*, Aranzadi, Pamplona.

PERIS GARCÍA, P. [1994]: «La valoración de los bienes en el Ordenamiento Tributario Español», *Palau 14*, n.º 22.

PIGNATORE, R. [1994]: «L'imposta di registro», *Trattato di Diritto Tributario*, vol. IX, CEDAM.

PLAZA VÁZQUEZ, A. [2000]: *El «valor real» tributario. Estudio en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y de sus relaciones con otros valores tributarios*, Aranzadi, Navarra.

POZUELO ANTONI, F.A. [2008]: «Principales novedades para 2008 en el Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e ITP y AJD en leyes estatales y autonómicas», *RCyT. CEF*, n.º 300.

PRATS MANEZ, F. [2008]: «Procedimientos de comprobación de valores (artículos 157 a 162 RGAT)», en *Manual de aplicación de los tributos*, IEF, Madrid.

- PUYAL SANZ, P. [2004]: «El Catastro en España: Organización y Competencia», en *Derecho Urbanístico: el catastro y la valoración inmobiliaria*.
- RAMOS PRIETO, J. [2007]: «La distribución de las competencias de gestión, recaudación, inspección y revisión en materia tributaria y la reforma de los Estatutos de Autonomía», *Revista de Estudios Regionales*, n.º 78.
- ROCHA, M. y MARQUES, R. [2009]: «Lei do Orçamento do Estado para 2009», *Revista de Finanças públicas e Directo Fiscal*, n.º 4.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A.: «Reflexiones en torno a la adaptación en la normativa contable española del criterio del valor razonable: pasos futuros a seguir», *Contaduría Universidad de Antioquia*, n.º 53.
- ROZAS VALDÉS, J.A. [2003]: «Reiterar y motivar la comprobación de valores», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, tomo II.
- SAINZ DE BUJANDA [1992]: «Elementos y razones que pueden justificar una reforma de la Ley General Tributaria», *CT*, n.º 62.
- SEER, R. [1996]: *Verständigungen in Steuerverfahren*, Dr. Otto Schmidt, Köln.
- SIEDEL, C. [2006]: «La valoración de los bienes inmuebles en Alemania. Métodos, transparencia, evolución del mercado inmobiliario y otros aspectos en estudio», *Catastro*, n.º 57.
- SOLER ROCH, T. [1989]: «Las posibilidades de aplicación de la proyectada Ley General Tributaria a los distintos niveles de Hacienda», *CT*, n.º 59.
- TIPKE, K. [1993]: *Die Steuerrechtsordnung*, vols. II y III, Dr. Otto Schmidt, Köln.
- TRIGUEROS MARTÍN, M.J. [2006]: «El valor catastral como parámetro de referencia en la normativa tributaria española», *RCyT. CEF*, n.º 284.
- TRILLA, C. y LLERA, S. [2003]: «Elementos explicativos del comportamiento del precio de la vivienda», *Revista del Colegio de Economistas de Madrid*, Madrid.
- VÁZQUEZ ASENJO, O. y ÁLVAREZ PÉREZ, I. [2008]: «El informe de valoración a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. El análisis de mercado», *Hacienda Canaria*, n.º 23.
- VILLARÍN LAGOS, M. [2000]: *La cesión de impuestos estatales a las comunidades autónomas*, Lex Nova, Valladolid.
- VILLAVERDE GÓMEZ, M.B. [2002]: «Límites a la reiteración de comprobaciones de valores de la Administración: Abuso de Derecho», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, n.º 10.
- VV.AA. [2004]: *Comentarios a la Nueva Ley General Tributaria*, coordinador HUESCA BOADILLA, R., Thomson-Aranzadi, Navarra.
- YOUNGMAN, J.M. [1996]: «Tax on Land and Buildings», en *Tax Law Design and Drafting*, vol. I, International Monetary Fund, Victor Thuronyi, ed.

EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES: UNA REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES MÁS RELEVANTES RECAÍDAS EN TORNO A SU INTERPRETACIÓN

DAVID PÉREZ-BUSTAMANTE

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos
Abogado. Uría Menéndez*

MIGUEL BASTIDA PEYDRO

Abogado. Uría Menéndez

Extracto:

ANÁLISIS de la evolución legislativa y de la posición de la jurisprudencia en relación con el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Concretamente, se analizarán las sentencias relativas a los aspectos más controvertidos de la aplicación del mencionado artículo, incluyendo tanto los criterios ya incorporados a la redacción actual como aquéllos no incluidos en ella.

Palabras clave: (Impuesto sobre) Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, (Ley del) Mercado de Valores, Tribunal Supremo, Comisión Europea y Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SECTION 108 OF THE SPANISH SECURITIES ACT: ANALYSIS OF THE MOST RELEVANT CASE LAW REGARDING ITS INTERPRETATION

DAVID PÉREZ-BUSTAMANTE

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos
Abogado. Uría Menéndez*

MIGUEL BASTIDA PEYDRO

Abogado. Uría Menéndez

Abstract:

ANALYSIS of the legislative evolution and of the position of the Courts in relation to section 108 of the Spanish Securities Act. More specifically a review of the case law in relation to the most disputed aspects of said section will be carried out, including both the criteria incorporated to the current wording of said section and those criteria that have not been included.

Keywords: Transfer Tax and Stamp Duty (Act), Securities (Act), Supreme Court, European Commission and European Court of Justice.

Sumario

1. Introducción.
2. Criterios jurisprudenciales incorporados en la actual redacción del artículo 108 de la LMV.
 - 2.1. Criterios de valoración del activo inmobiliario: valor de mercado *versus* valor contable.
 - 2.2. Determinación de la base imponible: porcentaje adquirido frente a exigibilidad única.
 - 2.3. Adquisición por entidades del grupo: adquisiciones indirectas y adquisiciones a través de sociedades filiales que no adquieren control.
3. Criterios jurisprudenciales no incorporados en la redacción del artículo 108 de la LMV.
 - 3.1. Inclusión de activos inmobiliarios afectos a actividades económicas.
 - 3.2. Activos no recogidos en la contabilidad.
4. Compatibilidad del artículo 108 de la LMV con la normativa comunitaria.
 - 4.1. Compatibilidad con la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del IVA.
 - 4.2. Compatibilidad con la Directiva 2008/7/CE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.
 - 4.3. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo.
5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores («**LMV**»)¹ constituye una de las normas antiabuso de más tradición dentro del sistema tributario español. Desde la versión original y menos refinada que se establecía en la Ley 50/1977 y en la Orden Ministerial de 14 de enero de 1978 hasta su actual redacción, objeto de reformas en los años 2006 y 2009, el espíritu de la norma se ha mantenido aunque la redacción de dicha norma ha ido evolucionando hasta constituir de facto un hecho imponible nuevo.

El supuesto de hecho gravado por el artículo 108 de la LMV es la obtención del control (más del 50% del capital social) sobre una sociedad cuyo activo consista de forma mayoritaria en inmuebles situados en territorio español. A tales efectos, se considera que el activo es mayoritariamente inmobiliario en caso de que los inmuebles supongan más del 50 por 100 del peso del activo de la compañía.

El objetivo ha sido y aparentemente sigue siendo evitar que mediante fórmulas de interposición societaria se eluda la tributación indirecta en el tráfico inmobiliario y, más en concreto, la tributación por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, «**ITP**»). Sin embargo, el camino emprendido por los tribunales y, por qué no decirlo, también por el legislador a través de las correspondientes modificaciones del precepto, ha sido convertir la transmisión de acciones de sociedades con activo inmobiliario en un hecho gravado por el ITP con independencia del ánimo defraudatorio que pudiera concurrir en la operación concreta.

Cierto es que en muchos casos la línea que separa operaciones perfectamente válidas desde el punto de vista de la conformidad con la finalidad de la norma y operaciones que fuerzan las dispo-

¹ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

siciones existentes para aprovecharse de posibles lagunas normativas no es siempre evidente. Sin embargo, también nos parece que la reacción del legislador y de la jurisprudencia al analizar y aplicar el artículo 108 de la LMV no ha sido, en nuestra opinión, suficientemente ponderada a la luz de las situaciones de hecho analizadas ².

En este artículo pretendemos hacer una revisión de los criterios que los tribunales nacionales (y, en su caso, internacionales) han mantenido al respecto del artículo 108 de la LMV en los distintos casos analizados a lo largo de los más de 20 años de vida del precepto. Algunos de estos criterios se han incorporado en las sucesivas reformas operadas en el artículo en cuestión (en especial en la reforma del año 2006) mientras que otros se refieren a otros aspectos del precepto que han resultado controvertidos y que, previsiblemente, lo seguirán siendo en tanto no medie reforma legislativa o jurisprudencia vinculante que emane del Tribunal Supremo.

Por motivos de una mayor claridad de la exposición, nos vamos a referir en primer lugar a los criterios jurisprudenciales que ya han encontrado acomodo en la redacción del artículo 108 de la LMV y como punto de partida para analizar otras posibles dudas interpretativas que puedan surgir. Continuaremos con aquellos aspectos controvertidos cuya resolución aún permanece en el ámbito de resoluciones judiciales. Por último, haremos una referencia a los movimientos que ha habido en torno al artículo en cuestión y que ponen en tela de juicio la compatibilidad de la norma con el Derecho Comunitario.

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES INCORPORADOS EN LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 108 DE LA LMV

2.1. Criterios de valoración del activo inmobiliario: valor de mercado *versus* valor contable

Dado que el presupuesto de hecho que desencadena la tributación por ITP de la compra de las acciones es la obtención de control sobre una sociedad en la que más del 50 por 100 de su activo está compuesto por inmuebles situados en territorio español, uno de los aspectos que ha generado más controversia consistió en determinar si el valor de los activos que debe tenerse en cuenta a efectos del cómputo era el valor contable o el valor de mercado.

² Coincidimos en este punto con FUSTER TOZER y MARÍN BENÍTEZ, cuando señalan que: «Este planteamiento del artículo 108.2 de la LMV como norma anti-elusión de carácter específico deberá ser cuestionado tras las modificaciones que en su redacción introducirá la Ley de medidas de prevención del fraude fiscal. Así, los diferentes elementos constitutivos de la norma (supuesto de hecho, sujeto pasivo, base imponible) se van a configurar con la nueva redacción alrededor del concepto "toma de control" sobre una sociedad con patrimonio mayoritariamente inmobiliario, concepto este que presenta poca o ninguna conexión el hecho imponible del IVA (entrega de bienes) o con el concepto *Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP y AJD*. Por otro lado, de un supuesto de hecho taxativo y con un ámbito de aplicación muy limitado, se va a pasar a un supuesto de hecho de contornos indefinidos y mucho más amplio. Siendo así, nos parece que la nueva redacción de la norma inaugura el establecimiento de un nuevo hecho imponible [...]». Rafael FUSTER TOZER y Gloria MARÍN BENÍTEZ. «El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores: Norma Anti-Elusión o Nuevo Hecho Imponible en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas». Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 34, 2006, pág. 103.

Tanto la Dirección General de Tributos («DGT»)³ como el Tribunal Económico Administrativo Central («TEAC»)⁴ entendieron que el valor que se había de tomar es el valor real de los inmuebles y no su valor contable. De esa manera, se evitaba la utilización de valores que podrían haber quedado desfasados y así quebrar la finalidad de lucha contra operaciones abusivas que impregna al artículo 108 de la LMV. Este riesgo se incrementaba considerablemente en los casos en los que la adquisición del inmueble por la sociedad objeto de transmisión había tenido lugar en una fecha alejada de la fecha de transmisión de las acciones.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 946/2004, de 15 de octubre (NFJ019628), el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su Sentencia 72/2006, de 3 de marzo (NFJ023061) y el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en su Sentencia 28/2007, de 19 de enero de 2007 (NFJ033376), vinieron a sentar asimismo este criterio.

El criterio sentado en las resoluciones de los mencionados tribunales fue santificado por la nueva redacción que la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal, que estableció que «para realizar el cómputo del activo, los valores netos contables de todos los bienes se sustituirán por sus respectivos valores reales determinados a la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición» y que «el cómputo deberá realizarse en la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición de los valores o participaciones, a cuyos efectos el sujeto pasivo estará obligado a formar un inventario del activo en dicha fecha y a facilitarlo a la Administración tributaria a requerimiento de ésta».

Por lo tanto, a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley 36/2006 la polémica quedó totalmente superada al prevalecer el valor real de los inmuebles para determinar el peso del activo inmobiliario respecto del activo total. A efectos de que la comparación lo sea de valores homogéneos, el resto de las partidas del activo deberán situarse en términos de valor de mercado y ello puede suponer grandes dosis de incertidumbre. En especial, en los casos de valoraciones de elementos del activo intangible tales como fondos de comercio, licencias, marcas, etc.

2.2. Determinación de la base imponible: porcentaje adquirido frente a exigibilidad única

En la redacción original del artículo 108 de la LMV no se precisaba si la obtención de control sobre una sociedad inmobiliaria suponía la obligación de liquidar el impuesto tomando como base el valor de mercado de la totalidad de los bienes inmuebles con independencia del tanto de control obtenido o si la base imponible debería ser proporcional a dicho porcentaje⁵. La Administración tributaria, a través de las contestaciones de la DGT, se posicionó a favor de la primera interpretación, mientras que los tribunales de justicia parecieron acoger el segundo criterio.

³ Contestación a la Consulta de fecha 20 de febrero de 1998 (NFC012043).

⁴ Resoluciones de fecha de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577), 28 de julio de 2004 (NFJ019016) y 9 de mayo de 2001 (NFJ011065).

⁵ Si seguimos la primera teoría, la adquisición del 51 por 100 del capital social de una sociedad inmobiliaria implicaba liquidar el ITP sobre el valor de mercado del 100 por 100 de los inmuebles poseídos por dicha sociedad. De acuerdo con la segunda vía de interpretación, la base imponible se reduciría al 51 por 100 del valor de los inmuebles.

Ya la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 5 de noviembre de 1998 (NFJ007388), consideró que la base imponible debía limitarse al porcentaje de participación adquirida.

La misma conclusión puede extraerse de las Sentencias 608/2004, de 28 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (NFJ017338), la Sentencia 15/2006, de 31 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (NFJ022386), así como la Sentencia 531/2009, de 10 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (NFJ034908).

Finalmente, el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de abril de 2004 (NFJ017026) y 17 de mayo de 2006 (NFJ023556) consolidó la jurisprudencia en la materia. En concreto, en la primera de las sentencias y respecto de un supuesto en el que una persona física que poseía el 44,14 por 100 de una sociedad inmobiliaria adquiría el 35 por 100 adicional, el Tribunal Supremo concluyó que la base imponible debía ser del 35 por 100.

La posición del Tribunal Supremo se trasladó a la nueva redacción del artículo 108 de la LMV dada por la Ley 36/2006. Además, se aprovechó para corregir las imperfecciones que esta doctrina podría acarrear de trasladarse en términos literales. Así, el artículo 108.3 de la LMV establece que la base imponible será «la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que, a los efectos de la aplicación de esta norma, deban computarse como inmuebles, que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control o, una vez obtenido, onerosa o lucrativamente, dicho control, al porcentaje en el que aumente la cuota de participación».

Como se puede apreciar, de no haberse modificado la redacción relativa al hecho imponible y a la base del impuesto, la posición del Tribunal Supremo hubiera determinado una considerable reducción del impuesto en casos de adquisición de control en varias etapas (puesto que solamente tributaría la adquisición que finalmente permitiera adquirir más del 50% ⁶) y a una imprecisión respecto del tratamiento de los posteriores incrementos de control que se fueran produciendo (con el consiguiente riesgo de que también quedasen fuera del ámbito del impuesto).

En relación con la nueva redacción de las normas sobre base imponible, el hecho de que se establezca como hecho imponible complementario (en el sentido de que su nacimiento está condicionado a la previa existencia de control) el incremento de control sobre una sociedad inmobiliaria supone que en los casos de adquisiciones sucesivas de participaciones la base imponible variará en función de que cambien la composición del activo y los valores de mercado de los inmuebles.

Por ejemplo, podría ocurrir que la adquisición del 51 por 100 de las acciones de una sociedad inmobiliaria tuviera lugar en el momento en el que el 100 por 100 de su activo esté compuesto por bienes inmuebles situados en territorio español, mientras que el 49 por 100 restante se adquiriera en una fecha posterior en la que la sociedad inmobiliaria haya diversificado sus inversiones y tras la venta de alguno de los inmuebles situados en territorio nacional haya adquirido otros situados en el extranjero.

⁶ Por ejemplo, en caso de que la participación originaria fuese del 49 por 100 y posteriormente se adquiriera el 2 por 100, la tributación se referiría exclusivamente al 2 por 100 adicional adquirido.

2.3. Adquisición por entidades del grupo: adquisiciones indirectas y adquisiciones a través de sociedades filiales que no adquieren control

En el pasado se utilizaron una serie de estructuras de adquisición que, aunque no estaban exentas de riesgo, pretendían evitar la realización del hecho imponible previsto en el artículo 108 de la LMV con base en la literalidad de la norma. Estas estructuras consistían esencialmente en:

- (i) La adquisición de sociedades que, sin disponer de inmuebles directamente, tenían la mayoría del capital social de sociedades con inmuebles.
- (ii) La adquisición de la sociedad con inmuebles utilizando dos o más sociedades en la compra, de forma que ninguna de ellas alcance una participación en el capital social de la sociedad con inmuebles superior al 50 por 100.

La reacción administrativa frente a este tipo de operaciones no se hizo esperar y se suscitaron algunos pleitos que dieron lugar a diversas resoluciones en las que se ponía en tela de juicio su conformidad con la legalidad vigente. Entre ellas, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2003 (NFJ014784), que consideró aplicable el ITP en un supuesto de adquisición de una sociedad que tenga la mayoría del capital social de otra sociedad que tenga mayoría de inmuebles, y la Resolución del TEAC de 5 de marzo de 2003 (NFJ014349), que determinó la tributación por ITP de la adquisición de la mayoría de una sociedad con inmuebles mediante dos sociedades.

Además, la resolución del TEAC entendió que había existido simulación por la ausencia en las sociedades adquirentes de actividad efectiva y estructura empresarial, así como de capacidad económica, unido ello a la proximidad entre la fecha de constitución de estas sociedades y la de la operación de compra. Esta conclusión abría las puertas a la eventual imposición de sanciones como represión de la conducta desarrollada por los sujetos pasivos.

La Ley 36/2006, en lo que afecta al artículo 108 de la LMV, trató de excluir del mercado estas prácticas al definir de manera extensiva el hecho imponible en cuanto a la definición del supuesto de hecho y a la determinación del cómputo del porcentaje de control.

En primer lugar, el artículo 108 de la LMV en su redacción actual sujeta al ITP la adquisición de control sobre sociedades en cuyo activo se incluyan valores que les permitan ejercer el control en una sociedad inmobiliaria. De esa manera, se reacciona frente a la realización de adquisiciones de sociedades inmobiliarias de forma indirecta (adquisición de sociedades cuyo único activo consistía en las participaciones de una sociedad inmobiliaria) para evitar la tributación por ITP.

Por otra parte, y frente a la utilización de sociedades filiales para llevar a cabo la adquisición, según establece el artículo 108.2 a) de la LMV, «tratándose de sociedades mercantiles, se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100. A estos efectos se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades». (El subrayado es nuestro).

Es decir, el cómputo del porcentaje de control viene determinado por la obligación de tener en cuenta a efectos de su cómputo las participaciones poseídas por otras sociedades que formen parte del mismo grupo de sociedades. De esa manera, se convierte al grupo de sociedades en una suerte de sujeto pasivo a los efectos de analizar la existencia de control tal y como ha mantenido la DGT en la contestación a la Consulta vinculante de 20 de noviembre de 2007 (NFC027854) cuando afirma que no se devengaba ITP en una operación de transmisión dentro del grupo (en concreto, una matriz que transmitía la participación a su filial) de una participación de control sobre una sociedad inmobiliaria.

La DGT considera que «para examinar si se produce la obtención o el aumento del control sobre la sociedad cuyos valores se adquieren deben computarse también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, lo cual determina que el control era ya del 100 por 100, lo que implica que tal control ni se obtiene ni aumenta con esta operación». Por lo tanto, la inclusión de las participaciones de sociedades del grupo en el cómputo del control, respecto de transmisiones dentro del grupo, va a ocasionar la no sujeción al impuesto de operaciones que con la anterior interpretación quedaban plenamente sujetas.

3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES NO INCORPORADOS EN LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 108 DE LA LMV

3.1. Inclusión de activos inmobiliarios afectos a actividades económicas

A efectos del cómputo del activo, la norma excluye dos tipos de bienes inmuebles. En primer lugar, no se considerarán bienes inmuebles las concesiones administrativas y los elementos patrimoniales afectos a las mismas regulados en el Reglamento (CE) N.º 254/2009 de la Comisión de 25 de marzo 2009, que modifica el Reglamento (CE) N.º 1126/2008. Por otra parte, no se tienen en cuenta tampoco los bienes inmuebles (salvo los terrenos y solares) que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción y promoción inmobiliaria.

Por lo tanto, más allá de estas dos específicas exclusiones, cualquier bien inmueble del que sea titular la entidad cuyas acciones o participaciones se adquieren se deberá tener en cuenta a los efectos de determinar si se trata o no de una entidad inmobiliaria. Este hecho ha sido criticado de forma mayoritaria por la doctrina al no ser comprensible que sólo se beneficie a determinadas entidades concesionarias o a las promotoras inmobiliarias pero no a otras entidades que hacen un uso igualmente intensivo de inmuebles en su actividad económica ⁷.

⁷ En este sentido, GARCÍA NOVOA considera que «La cláusula no debería ser de aplicación cuando las acciones o participaciones transmitidas constituyen el capital de sociedades plenamente operativas que llevan a cabo una actividad económica. Por lo que, parecería lógico garantizar que la transmisión que determina la aplicación de la cláusula tuviese como objeto participaciones de sociedades patrimoniales, en el sentido de instrumentales para la titularidad de un determinado inmueble». César GARCÍA NOVOA. «El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores: aproximación a una técnica antieiusoria», Asociación Española de Asesores Fiscales, AEDAF, *Monografía* núm. 3, 2008, Madrid, pág. 42.

De hecho, en varios de los litigios que se han mantenido contra diversas Administraciones autonómicas se ha planteado este mismo reproche y se ha tratado de argumentar la necesidad de que los bienes inmuebles deben no encontrarse afectos a actividades económicas, ya que, en otro caso, no puede predicarse un ánimo defraudatorio del sujeto pasivo. La respuesta mayoritaria de nuestros tribunales ha sido la de ceñirse a la literalidad del artículo 108 de la LMV y despojarlo del ánimo defraudatorio que se pretendía atajar de acuerdo con lo dicho en la Exposición de Motivos de la LMV. Ejemplos de esta corriente lo constituyen las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 24 de febrero (NFJ023946) y 30 de junio de 2000 (NFJ023919) (referidas ambas a una aportación de inmuebles a una sociedad de promoción) o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de julio de 2004 (en la que se alega la ausencia de un ánimo defraudatorio en la operación).

Sin embargo, también encontramos entre las resoluciones y sentencias algunos ejemplos de sensibilidad frente a este argumento. Es el caso de la Resolución del TEAC de 15 de julio de 2004 (NFJ019015) en la que se afirmaba lo siguiente:

«(...) en el presente expediente, resulta muy relevante el objeto de la explotación misma; pues al tratarse de un parque... irremediabilmente su activo ha de sustentarse principalmente en inmuebles e instalaciones que, unidas a los anteriores, sirvan para el ocio al que está destinada la explotación, sin que del balance de la sociedad se infiera un volumen de terrenos y edificaciones que hagan sospechar que bajo la apariencia de una transmisión de valores se esconde una transmisión inmobiliaria que es, en definitiva, lo que persigue el artículo 108 de la LMV, que por eso ya en su momento, exceptuó de la rigidez de la norma a las sociedades de promoción inmobiliaria, con un tratamiento más flexible en la consideración de los inmuebles a incluir para la aplicación del porcentaje de referencia. Y si bien la norma sólo contempla este tipo de sociedades, ha de reconocerse que la realidad del mundo mercantil impone hoy día otros objetos sociales que requieren atemperar la aplicación de la norma si no se quiere atentar contra el propio espíritu de la misma». (El subrayado es nuestro).

Esta resolución no supuso un verdadero cambio interpretativo del artículo 108.2 de la LMV en el seno del TEAC puesto que en la Resolución de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577) abandonó esta senda para afirmar que «el hecho de que el objetivo del negocio jurídico celebrado era transmitir un negocio en funcionamiento no es obstáculo para mantener el razonamiento anterior, pues la norma no atiende a la finalidad de la operación, de igual manera que con independencia del ánimo antielusorio, la norma se aplica de forma automática cuando se incurre en el supuesto tipo, como ocurre en el presente caso (...)».

Dentro de los precedentes favorables a la exclusión de inmuebles afectos a actividades económicas, es reseñable también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de septiembre de 2008 (NFJ032020) en la que se entendió que no era aplicable el artículo 108 de la LMV en un caso en el que la sociedad transmitida explotaba un matadero y, por lo tanto, tenía una inversión inmobiliaria significativa.

En todo caso, un repaso por las sentencias y resoluciones nos permite afirmar que la interpretación mayoritaria (tres sentencias en contra y una a favor en cuanto a resoluciones judiciales) con-

tinúa sujetando a gravamen las transmisiones de paquetes de control sobre sociedades cuyo objeto social requiere un uso intensivo de bienes inmuebles con independencia del ánimo elusivo o de la afección de los inmuebles a las actividades económicas.

Por otra parte, y como ya decíamos, la reacción del legislador a través de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, fue la de completar la exclusión de los activos inmobiliarios de sociedades promotoras con la de las concesiones que cumplan determinados requisitos. Esta modificación sigue siendo a todas luces insuficiente para corregir situaciones de inequidad en la que el ITP se convierte en un coste adicional de operaciones perfectamente válidas e intachables desde el punto de vista de la legalidad e integridad del sistema tributario.

3.2. Activos no recogidos en la contabilidad

Otra cuestión que ha generado cierta controversia entre la Administración tributaria y los contribuyentes ha sido si, a los efectos de determinar la composición del activo de la sociedad transmitida, se deben tener en cuenta aquellos elementos patrimoniales que, por distintas razones, no están contabilizados en su activo.

Entre ellos, cobra una especial importancia por su valor económico el fondo de comercio. Como se sabe, esta partida únicamente puede tener reflejo en la contabilidad en aquellos casos en los que se ha producido su adquisición onerosa a un tercero. Ello determina la no contabilización de fondo de comercio generado de manera interna en una compañía por su actividad económica.

Sin embargo, como es bien conocido, la ausencia de un reflejo contable no significa que dicho fondo de comercio no se valore en las operaciones de compraventa de sociedades. Si el negocio lleva implícita una capacidad de generar beneficios futuros, el vendedor no renuncia gratuitamente a ese valor por diferente que sea la realidad contable.

La posición del TEAC en su Resolución de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577) es contraria a la inclusión del fondo de comercio no contabilizado en la determinación del porcentaje de inmuebles que forman parte del activo de una compañía. Para sostener esa posición se argumenta en esencia que la necesidad de sustituir el valor contable de los elementos del activo por su valor de mercado hace imposible que se tenga en cuenta un supuesto activo que no tiene valor contable asignado.

Sin embargo, sí hay al menos dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia en las que se admite incluir el valor de activos no registrados a efectos de determinar el carácter inmobiliario de la sociedad cuyas acciones se adquieren.

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 5 de diciembre de 2005 admitió la toma en consideración de licencias y otros activos intangibles por parte de una entidad que se dedicaba a la distribución de gasolina. Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 28 de marzo de 2007 (NFJ027110) admitió como activo válido a efectos del artículo 108 de la LMV

el valor de determinados elementos inmateriales vinculados a la actividad de gestión hotelera desarrollada por la sociedad que era objeto de transmisión.

En nuestra opinión, no hay ninguna disposición en el artículo 108 de la LMV que impida de forma taxativa la consideración como activo de elementos patrimoniales que no estén registrados en la contabilidad de la entidad cuyas acciones se transmiten. Ello, además, sería desvirtuar el verdadero ámbito de aplicación del artículo 108 de la LMV de manera que llegaría a aplicarse a supuestos en lo que el elemento subyacente esencial de la operación no son inmuebles sino otro tipo de activos.

Dicho lo anterior, este planteamiento teórico debería ir acompañado por un soporte probatorio que sirva para acreditar la existencia y, aún más difícil, el valor de los elementos (básicamente, intangibles) que no se encuentran registrados en la contabilidad de la sociedad. Es aquí donde reside el elemento esencial de esta tesis y donde, previsiblemente, se pueda perder la discusión técnica.

4. COMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 108 DE LA LMV CON LA NORMATIVA COMUNITARIA

4.1. Compatibilidad con la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del IVA

De acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre de 2006, los Estados miembros están obligados a eximir del impuesto a una serie de operaciones entre las que se encuentran [art. 135.1 f)] «las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos-valores, con excepción de: (...) los derechos o títulos enunciados en el apartado 2 del artículo 15».

Ante esta norma surge la posible incompatibilidad del artículo 108.2 de la LMV con la Directiva 2006/112/CE. En especial, se plantea si la norma comunitaria permite que la exención prevista en su texto conduzca a la aplicación de un impuesto no recuperable como el ITP español. Igualmente, se podría discutir si la exención de IVA debería ser susceptible de renuncia en los mismos términos que se prevén para la transmisión de terrenos y edificaciones.

Hasta la fecha, tanto el TEAC [Resolución de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577)] como los tribunales (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de marzo de 2005) no han estimado esta alegación en los casos en los que se ha planteado. Bien por considerar que la Directiva comunitaria no había regulado las exenciones con la precisión necesaria para que tengan efecto directo o bien por entender que la norma comunitaria no obliga en todo caso a sujetar al IVA las operaciones sobre acciones que comporten la adquisición del dominio de bienes inmuebles.

La Comisión Europea (en concreto, la Unidad de Control de la Aplicación de la Normativa Comunitaria y de las Ayudas Estatales/Impuestos Indirectos) analizó la compatibilidad del artículo 108

de la LMV con la Directiva 2006/112/CE. La conclusión que alcanzó el órgano comunitario era favorable a la normativa nacional sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) La renuncia a la exención es una opción concedida a los Estados miembros y por ello no podía considerarse que España estuviera incumpliendo la normativa comunitaria por el hecho de no ejercitar dicha opción.
- (ii) La Directiva 2006/112/CE no contiene una prohibición de gravar con un impuesto como el ITP la transmisión de acciones efectuadas por un empresario sino que sólo impide que el impuesto que se exija tenga la consideración de impuesto sobre el volumen de negocios. Tales características no concurren en el caso del ITP.
- (iii) En cuanto a la alegación relativa a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») relativa a la imposibilidad de uso de las cláusulas anti-abuso cuando no se persigue un montaje puramente artificial [doctrina manifestada, entre otras, en la Sentencia C-196/04 (NFJ023535)], se considera que en esos casos se analizaba una normativa que podía afectar a la libertad de establecimiento y que en el presente caso no concurre tal circunstancia.

4.2. Compatibilidad con la Directiva 2008/7/CE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales

Una de las modificaciones aprobadas por la Ley 36/2006 fue la referencia a la tributación por ITP en caso de adquisición de valores en el mercado primario que permitan obtener el control de la sociedad inmobiliaria «mediante cualquier otra forma». Esta modificación permite concluir que cualquier adquisición de valores como consecuencia de una operación societaria que esté gravada por la modalidad de Operaciones Societarias («OS») puede dar lugar a que el socio tribute también por ITP.

Así, por ejemplo, una operación en la que una sociedad inmobiliaria amplía capital que es suscrita por una persona o entidad en ejercicio de derechos de suscripción preferente adquiridos a los socios preexistentes y que se convierte en el titular de más del 50 por 100 del capital de la sociedad inmobiliaria también estará sujeta a ITP, con independencia de que la ampliación de capital también esté sujeta a la modalidad de OS.

El argumento sobre el que la DGT ha venido sosteniendo esta eventual doble tributación es que se trata de dos operaciones independientes (ampliación de capital y suscripción de acciones en ejercicio de derechos de suscripción preferente) y de dos sujetos pasivos distintos (la sociedad y el socio que adquiere control), por lo que técnicamente no se puede plantear la existencia de doble imposición.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 5.2 a) de la Directiva 2008/7/CE, los Estados miembros no someterán lo siguiente a ninguna forma de imposición indirecta «la creación, la emisión, la

admisión a cotización en bolsa, la puesta en circulación o la negociación de acciones, participaciones u otros valores de la misma naturaleza, así como de los certificados representativos de esos valores, sea quien fuere el emisor».

Como excepción a este principio general, se permite (art. 7 de la Directiva 2007/8/CE) que los Estados miembros sigan sometiendo al impuesto sobre las aportaciones todas o parte de las operaciones consideradas. A esta excepción se acoge España para seguir gravando las aportaciones de capital, aunque se debe recordar que esta autorización se refiere exclusivamente a la modalidad de OS.

En principio, la conclusión a la que conduciría la interacción del artículo 5.2 y 7 de la Directiva 2008/8/CE implicaría la incompatibilidad de la aplicación del artículo 108 de la LMV a las operaciones de concentración de capitales. No obstante, además de la excepción prevista en el artículo 7 de la Directiva, el artículo 6 de la misma también permite que los Estados miembros puedan percibir «impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios».

Por lo tanto, la compatibilidad o no de la aplicación del artículo 108 de la LMV en operaciones de concentración de capital debe basarse en un previo análisis referido a la determinación de si las adquisiciones de valores en el mercado primario derivadas de las aportaciones de capital o de operaciones de reestructuración empresarial pueden considerarse transmisiones de valores mobiliarios.

En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa puesto que, de otra manera, se estaría vaciando de contenido la prohibición prevista en el artículo 5.2 a) de la Directiva 2008/7/CE sobre la imposibilidad de someter a imposición indirecta la creación, emisión o puesta en circulación de acciones, participaciones u otros valores de la misma naturaleza.

En efecto, si consideramos que la adquisición de valores como consecuencia de aportaciones efectuadas al capital constituye una transmisión de valores, la excepción prevista en el artículo 6 de la Directiva 2008/7/CE siempre entraría en juego y los Estados miembros estarían habilitados para imponer gravámenes indirectos adicionales a las operaciones de concentración de capitales. Por ello, creemos que se puede argumentar que la aplicación del artículo 108 de la LMV a la adquisición de valores en el mercado primario es contrario a la norma europea.

Buena prueba de las dudas que se plantean en este sentido lo constituye el hecho de que la Comisión Europea ha abierto un expediente por infracción de la normativa comunitaria que armoniza el impuesto sobre la concentración de capitales. Es más, la disposición adicional tercera de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario prevé la revisión de las reglas de aplicación del artículo 108 de la LMV a la vista de la resolución de dicho expediente de infracción ⁸.

⁸ La Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario únicamente vino a establecer, a este respecto en su disposición adicional tercera, denominada «Revisión de las reglas de aplicación del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 17 de julio, del Mercado de Valores» lo siguiente: «El Gobierno analizará, a la vista de la resolución del expediente de infracción, abierto por la Comisión Europea, la adecuación del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 17 de julio, del Mercado de Valores a la normativa europea que armoniza el

Aunque desconocemos el estado actual de la tramitación de este expediente, es de esperar que, sobre la base de los argumentos que ya hemos expuesto se concluya la incompatibilidad de la norma nacional con la Directiva 2008/7/CE en lo que afecta a la aplicación del artículo 108 de la LMV a operaciones de aportación de capital o de reorganizaciones empresariales.

4.3. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo

De acuerdo con la doctrina del TJUE, una medida nacional que suponga una restricción a la libertad de establecimiento puede admitirse siempre y cuando existan razones de interés general que la justifiquen, como pueda ser la necesidad de luchar contra la evasión fiscal.

A tales efectos, a partir de la Sentencia C-196/04 [Cadbury Schweppes (NFJ023535)] para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, debe tener como objetivo la persecución de montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado.

Si consideramos que el artículo 108 de la LMV constituye una medida que restringe la libertad de establecimiento por razón de desincentivar las inversiones inmobiliarias en España, se podría considerar que no respeta los límites marcados por el TJUE respecto de la configuración de las cláusulas antiabuso puesto que se aplica tanto a la transmisión de acciones de sociedades operativas como a la transmisión de acciones de sociedades de mera tenencia de bienes.

En el marco de esta discusión, el Tribunal Supremo, por medio de Auto de 24 de septiembre de 2009 (NFJ036259), ha decidido elevar al TJUE una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad del artículo 108 de la LMV con los preceptos de la Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (derogada por la Directiva 2008/7/CE).

Las cuestiones que plantea el Tribunal Supremo son dos:

- (i) Si el ordenamiento comunitario prohíbe la aplicación de forma automática de una norma como el artículo 108 de la LMV, que grava determinadas transmisiones de valores que encubren transmisiones de inmuebles, con independencia de que exista un ánimo de defraudar.
- (ii) Si es compatible con el Derecho Comunitario una norma que grave la adquisición de la mayoría del capital social de sociedades cuyo activo esté mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y aunque los inmuebles de la sociedad no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por ella.

Impuesto sobre la concentración de capitales y la del IVA, previa consulta a las comunidades autónomas, en su condición de Administraciones tributarias gestoras y a quienes corresponden los ingresos del ITP y AJD».

El planteamiento de esta cuestión prejudicial adquiere una especial trascendencia por coincidir en el tiempo con la apertura por la Comisión Europea de un procedimiento por infracción de la normativa comunitaria (tanto la Directiva relativa al IVA como a la que regula los impuestos que gravan la concentración de capitales, ambas ya referidas en apartados anteriores).

Es cierto que el auto del Tribunal Supremo se hace eco de una demanda tradicional de una parte de la doctrina que reclamaba cierta mesura en la aplicación del precepto puesto que la aplicación indiscriminada conducía a situaciones desproporcionadas que no se compadecían con el espíritu y finalidad de la norma. No podemos estar más de acuerdo con esta corriente de opinión, puesto que la práctica administrativa y judicial ha demostrado de manera tozuda que el ámbito de actuación del artículo 108 de la LMV ha desbordado con mucho las modestas aspiraciones que tenía en su concepción.

Así, parece absolutamente desproporcionado que una norma que pretendía evitar que operaciones de transmisión de inmuebles en el tráfico civil se escapase del ámbito del ITP por la mera interposición de sociedades suponga hoy en día un obstáculo que dificulte o incluso desbarate operaciones entre empresarios que son plenamente respetuosas con el espíritu que imbuyó al artículo 108 de la LMV o a su inmediato antecesor.

En este sentido, y si seguimos el razonamiento que ha llevado al Tribunal Supremo, estamos de acuerdo en que la adquisición de un porcentaje mayoritario en una sociedad inmobiliaria no debe presuponer ningún ánimo de defraudar. Es igualmente cierto que la doctrina del TJUE ha sido bastante restrictiva en permitir la utilización de cláusulas anti-abuso que parten de una definición apriorística de abuso y que no admiten prueba en contrario. Estos datos permitirían ser optimistas respecto de la posible resolución del tribunal comunitario.

Sin embargo, existen ciertas dudas técnicas que siembran incertidumbre respecto del desenlace del procedimiento que se inicia ante el TJUE. Así, la Directiva 2008/7/CE permite que los Estados miembros graven la transmisión de valores sin que se infrinja la normativa que impide la exigencia de impuestos sobre su emisión y puesta en circulación. Y dicha Directiva no exige que los impuestos que se establezcan lo sean respecto de todo tipo de valores o de una parte (como por ejemplo, los que representan participación en fondos propios de sociedades con inmuebles). Si se puede establecer sobre todos los valores también se puede sobre una parte identificada de ellos.

Por otra parte, también resulta llamativa la decisión del Tribunal Supremo de plantear la cuestión prejudicial cuando con carácter previo ya había considerado que la normativa nacional era plenamente respetuosa con la norma comunitaria reguladora de los impuestos que gravan la concentración de capitales al entender que esta última admitía exceptuar la exención en determinados casos de transmisión de valores y, particularmente, cuando encubrían la transmisión del poder de disposición de inmuebles.

En fin, y a modo de conclusión, no se puede anticipar el sentido de la resolución que adopte el TJUE respecto de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo puesto que, aunque puede resultar tentador extender la aplicación de la doctrina Cadbury Schweppes a este impuesto, no

se puede olvidar que es la propia Directiva 2008/7/CE la que está consagrando esta supuesta contradicción al permitir la exacción de impuestos en la transmisión de valores.

5. CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado, podemos concluir que el legislador ha sido, como era de esperar, permeable a los pronunciamientos de los distintos tribunales en relación con el artículo 108 de la LMV, procediendo a su reforma hasta llegar a su actual redacción.

De esta forma, la Ley 36/2006 vino a sentar que, de acuerdo con lo que venían estableciendo diferentes órganos jurisdiccionales, debe prevalecer el valor real de los inmuebles para determinar el peso del activo inmobiliario respecto del activo total. La misma ley consideró, siguiendo en este caso un criterio jurisprudencial claro, que la base imponible en el artículo 108 de la LMV, en el supuesto de obtención de control sobre una sociedad inmobiliaria, suponía la obligación de liquidar el impuesto proporcionalmente al porcentaje de participación adquirido. Finalmente, la Ley 36/2006 procedió a definir de manera extensiva el hecho imponible en cuanto a la definición del supuesto de hecho y a la determinación del cómputo del porcentaje de control en línea con las distintas resoluciones existentes al respecto.

No obstante, el legislador todavía no ha podido resolver todas las cuestiones controvertidas en relación con la aplicación de este artículo.

Dentro de éstas, cabe destacar la controversia entre la Administración tributaria y los contribuyentes en relación con la inclusión o no como activos inmobiliarios a efectos de determinar la aplicación del artículo 108 a aquellos afectos a actividades económicas, así como si se debe o no tener en cuenta a los efectos de determinar la composición del activo de la sociedad transmitida, aquellos elementos patrimoniales que, por distintas razones, no están contabilizados en su activo.

En relación con la primera de estas problemáticas, el análisis de las resoluciones recaídas al respecto no nos permite concluir afirmativamente sobre la existencia de un criterio jurisprudencial claro. Tratándose de un tema tan controvertido, es de esperar que el conjunto de resoluciones de distintos órganos jurisdiccionales en los próximos tiempos, incluyendo a las propias instituciones comunitarias, resuelvan esta cuestión.

No es así en relación con la segunda controversia apuntada. Respecto de esta última, ya existen dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia en las que se admite incluir el valor de activos no registrados a efectos de determinar el carácter inmobiliario de la sociedad cuyas acciones se adquieren.

En nuestra opinión, no hay ninguna disposición en el artículo 108 de la LMV que impida la consideración como activo de elementos patrimoniales que no estén registrados en la contabilidad

de la entidad cuyas acciones se transmiten. Ello, además, sería desvirtuar el verdadero ámbito de aplicación del artículo 108 de la LMV de manera que llegaría a aplicarse a supuestos en lo que el elemento subyacente esencial de la operación no son inmuebles sino otro tipo de activos.

Consideramos que no es necesario, en este caso, que el legislador espere al pronunciamiento del Tribunal Supremo en esta materia para reformar el artículo 108 de la LMV con objeto de aclarar definitivamente esta cuestión. Esta modificación podría ser asimismo utilizada para dar cumplimiento a la petición de la Comisión Europea y adaptar la redacción del artículo 108 de la LMV a la Directiva 2008/7/CE, procediendo a excluir la aplicación del tributo en aquellas operaciones de concentración de capital que, por su naturaleza, resultan protegidas por la mencionada norma comunitaria.

LAS FUENTES DE FINANCIACIÓN EN LA CONTABILIDAD. UNA PROPUESTA ALTERNATIVA

FRANCISCO SEBASTIÁN CASTRO

Licenciado en Administración y Dirección de Empresas.

Licenciado en Ciencias Actariales y Financieras.

Inspector de Seguros del Estado

Este trabajo ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Antonio GONZALO ANGULO, don Sotero AMADOR FERNÁNDEZ, don Eduardo BUENO CAMPOS, don Alejandro LARRIBA DÍAZ-ZORITA, don Vicente PINA MARTÍNEZ y don Juan José PINTADO CONESA.

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



Extracto:

TANTO las Normas Internacionales de Contabilidad e Información Financiera como las Normas Federales de Contabilidad de Estados Unidos prevén la clasificación de las fuentes de financiación atendiendo a su naturaleza en dos grupos: el pasivo y el patrimonio.

En las últimas dos décadas se han desarrollado fuertemente nuevos instrumentos financieros que no se adaptan perfectamente a la delimitación histórica contable de la financiación. Esto ha hecho que se pongan de manifiesto varios inconvenientes derivados de la dualidad contable en la clasificación de la financiación.

.../...

.../...

En la primera parte de este documento se analizan las principales características de los instrumentos de financiación que presentan simultáneamente características de pasivo y de patrimonio, se muestra el método utilizado en otros ámbitos financieros distintos al contable y se analiza con detalle el enfoque contable. A partir de este análisis se reflejan una serie de dificultades ocasionadas por la dualidad pasivo-patrimonio en la clasificación de las fuentes de financiación a efectos contables.

En la segunda parte se propone la modificación del enfoque contable para recoger de mejor manera la realidad de las operaciones de financiación y superar los inconvenientes señalados en la primera parte. De este modo se pretende mejorar la comparabilidad entre estados financieros de diferentes entidades, reducir el grado de arbitrariedad que las reglas actuales ocasionan y disminuir la influencia que el tratamiento contable de las operaciones ejerce en la toma de decisiones de financiación.

Palabras clave: patrimonio neto, pasivo, instrumentos financieros, fuentes de financiación y contabilidad.

ACCOUNTING FOR FINANCING ACTIVITIES. AN ALTERNATIVE APPROACH

FRANCISCO SEBASTIÁN CASTRO

BSc Business Administration

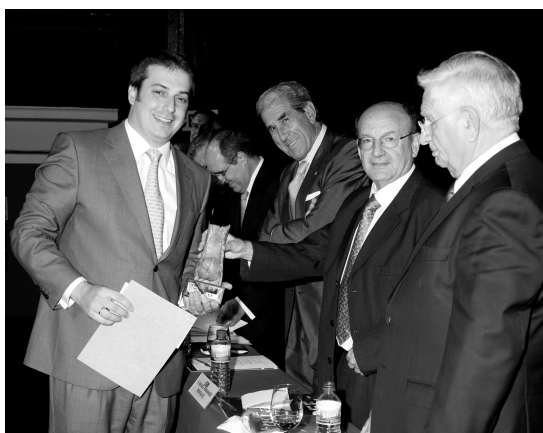
BSc Actuarial Science

National Insurance Regulator

Este trabajo ha obtenido el 2.º *Premio Estudios Financieros 2010* en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Antonio GONZALO ANGULO, don Sotero AMADOR FERNÁNDEZ, don Eduardo BUENO CAMPOS, don Alejandro LARRIBA DÍAZ-ZORITA, don Vicente PINA MARTÍNEZ y don Juan José PINTADO CONESA.

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



Abstract:

BOTH the International Financial Reporting Standards on Accounting and Financial Reporting and the Federal Accounting Standards divide the sources of financing in two different groups according to their nature: equity and liabilities.

Over the past two decades a large number of new financial instruments have appeared. These instruments do not fit exactly into the traditional distinction of the sources of financing. This has shown the disadvantages of the twofold classification of financing in the current accounting model.

.../...

.../...

In the first part of this paper, the author reviews the main characteristics of financial instruments with both liabilities and equity features, shows the methodology used in other areas of finance and makes an exhaustive assessment of the accounting approach. Based on this assessment, a number of deficiencies arise from the differentiation between equity and liabilities under the twofold accounting model of financing.

The second part includes a proposal to amend the current accounting model of classification of the sources of financing, in order to improve the quality of the information provided and to overcome the aforementioned deficiencies. The proposed approach is intended to improve comparability of financial statements among entities, reduce the level of arbitrariness that the current rules involve and decrease the impact that accounting rules currently make on financing decisions.

Keywords: equity, liability, financial instruments, financing, accounting and sources of financing.

Sumario

Introducción.

Primera parte.

1. La controvertida distinción entre pasivo y patrimonio.
 - 1.1. Las fuentes de financiación y las necesidades de información.
 - 1.2. Características principales de la financiación híbrida.
 - 1.3. El análisis de las agencias de calificación crediticia.
 - 1.4. El tratamiento regulatorio en el sector financiero.
 - 1.5. La clasificación de las fuentes de financiación en la contabilidad.
 - 1.6. Dos medidas que tratan de recoger contablemente la existencia del espectro de fuentes de financiación.
 - 1.7. Conclusiones sobre el tratamiento contable de las fuentes de financiación y las fórmulas alternativas.

Segunda parte.

2. Una propuesta contable de clasificación de los instrumentos de financiación.
 - 2.1. La categoría híbrida.
 - 2.2. Posibles efectos de la masa patrimonial híbrida en el comportamiento de los emisores y los usuarios de la información contable.
 - 2.3. Tratamiento valorativo de los instrumentos híbridos.

Bibliografía y base normativa.

INTRODUCCIÓN

En las dos últimas décadas los mercados financieros han visto crecer fuertemente el volumen, y de manera más interesante, la variedad de los instrumentos financieros disponibles. Las compañías pueden actualmente utilizar instrumentos que anteriormente resultaban impensables, o al menos indisponibles. Al igual que las nuevas máquinas y procedimientos han cambiado la forma de trabajar, los nuevos instrumentos financieros también han obligado a redefinir las fórmulas que históricamente se han venido utilizando.

Se han escrito muchísimas líneas tratando de explicar las razones que han proporcionado el caldo de cultivo para el desarrollo de nuevos instrumentos financieros. Sin ánimo de pormenorizar, podemos mencionar como tales razones, entre otras: la necesidad de financiación, la existencia de fondos excedentes para la inversión, la seguridad que proporciona un entorno regulatorio conocido, la existencia de mecanismos de información que reducen la incertidumbre a la que están sujetos los participantes en las operaciones y la voluntad de facilitar el desarrollo de productos que suelen ser percibidos como catalizadores del desarrollo empresarial.

El desarrollo de los instrumentos financieros más recientes ha sido posible porque se cuenta con el conocimiento, más o menos imperfecto, sobre su funcionamiento. Si bien la mayoría de los instrumentos financieros más modernos se componen de otros instrumentos que ya se conocían anteriormente, la mejor comprensión de los mismos, bien uno por uno o en su conjunto, permite que sus usuarios se sientan más cómodos con ellos, y por tanto los utilicen más. La fuerte difusión de las teorías de valoración de opciones o del comportamiento de los riesgos de mercado o de tipos de interés, entre otras, ha contribuido fuertemente a la expansión de los productos financieros más modernos.

Dentro de estos nuevos productos, uno de los que más habitualmente se emplea es la denominada *financiación híbrida*, que constituye un paradigma muy importante de este trabajo. La financiación híbrida constituye uno de los grandes desarrollos en el mundo de la financiación empresarial, y un elemento clave en el modelo de negocio actual en algunas actividades económicas, y especialmente en el sector financiero.

Actualmente, la financiación híbrida no se considera como algo exótico o transitorio, sino que es una herramienta de financiación que ha venido para quedarse. Lo mismo sucede con otros instrumentos financieros que se han desarrollado recientemente. En cambio, algunos conceptos relevantes en el día a día de la financiación empresarial parecen ignorar la realidad del mercado. Tal parece ser el caso del ámbito contable, donde parece estar generándose un anquilosamiento, y el cual está dando la espalda a la realidad del mundo de la financiación empresarial.

El objeto de este trabajo es doble: por un lado, se ponen de manifiesto que algunos conceptos y clasificaciones tradicionales en el repertorio contable no se adaptan a la realidad de la financiación empresarial. Por el otro, se presentan una serie de medidas que tratan de mejorar el actual marco contable, a la vista del inconveniente que supone la situación anterior. La primera parte del documento recoge el primer asunto, y la segunda parte hace lo propio con el segundo.

Téngase en cuenta que no es, en absoluto, el objeto de este trabajo estudiar la financiación híbrida en ninguna de sus facetas, y mucho menos predecir su evolución futura. En cambio, en este trabajo se utiliza la financiación híbrida en sus diversas formas como ejemplo claro que da soporte a los argumentos que se presentan. Tampoco es éste un trabajo que se refiera únicamente a la contabilidad de las sociedades que operan en el sector de los servicios financieros. Pero debe tenerse en cuenta que el posicionamiento del sector financiero a la vanguardia del desarrollo tecnológico-financiero implica que el sector sea un laboratorio incomparable para llevar a cabo el análisis en cuestión.

PRIMERA PARTE

1. LA CONTROVERTIDA DISTINCIÓN ENTRE PASIVO Y PATRIMONIO

1.1. Las fuentes de financiación y las necesidades de información

En el estudio de la financiación empresarial, tradicionalmente se ha distinguido entre los dos componentes más elementales: los recursos propios y los recursos ajenos. Bajo estas denominaciones se recoge la amalgama de mecanismos de financiación con los que cuenta una sociedad. Si bien no existen definiciones universalmente aceptadas de recursos propios y ajenos, se puede considerar que los recursos propios están constituidos por las aportaciones de los socios más los beneficios no distribuidos y acumulados de los correspondientes ejercicios económicos. Evidentemente, cualquier resultado adverso minorará este grupo de fuentes financieras de la empresa ¹.

¹ DURÁN (1992).

Los recursos ajenos son aquellos que la empresa dispone durante un determinado periodo de tiempo, más o menos largo, provenientes de terceras personas. Ante estas fuentes de financiación, la empresa se compromete a devolver su importe de una forma parcial o total en los plazos estipulados, más los intereses correspondientes según proceda ².

Bajo la aparente simplicidad de las definiciones anteriores se esconden grandes dificultades para determinar si una fuente de financiación se clasifica como propia o ajena. Esta dificultad ha sido objeto de debate en numerosos ámbitos, pero especialmente en el contable.

La distinción entre recursos propios y ajenos es crucial para diferentes agentes con intereses económicos en una sociedad. Algunas de las perspectivas más notables son:

- Para los proveedores de recursos ajenos, la distinción es relevante porque permite determinar en qué medida sus intereses están adecuadamente salvaguardados. Los proveedores de recursos ajenos están principalmente expuestos al riesgo de crédito, que se verá afectado sobre todo por dos circunstancias:
 - La existencia de recursos suficientes actualmente y en el futuro para atender a las obligaciones de la sociedad respecto a la financiación ajena en las condiciones originalmente pactadas; y
 - En caso de insuficiencia de recursos para atender a dichas obligaciones, la posibilidad de recuperar total o parcialmente las cantidades proporcionadas a la sociedad en cuestión, aunque esto pueda acarrear cambios en las condiciones originalmente pactadas.
- Para los proveedores de recursos propios, la distinción es importante porque permitirá conocer las posibilidades de financiación con la que cuenta la compañía. Esto sirve de base para dos tipos de análisis de inmensa utilidad para los proveedores de recursos propios:
 - Estimar la retribución que obtienen como proveedores de financiación, así como el excedente existente para su retribución. Esto se puede llevar a cabo de manera muy elemental a partir de los datos contables, mediante el estudio basado en ratios ³.
 - Determinar el valor de la compañía de acuerdo con las condiciones financieras en el momento de la valoración, así como analizar la sensibilidad de la valoración ante el cambio de dichas condiciones. Y en este contexto, la estructura de financiación es un elemento primordial, por ejemplo al determinar el coste de capital, que es una de las variables clave en la valoración empresarial ⁴.
- Desde la perspectiva pública, sobre todo porque la distinción entre recursos propios y ajenos suele ser crucial a la hora de determinar el tratamiento fiscal de las operaciones de

² DURÁN (1992).

³ CUERVO y RIVERO (1986).

⁴ FERNÁNDEZ (2007) y FERNÁNDEZ (2008).

financiación y sus flujos. Pero también es de gran importancia pública cuando la actividad de la sociedad en cuestión está sometida a requisitos especiales en materia de solvencia, a efectos de poder determinar el cumplimiento de dichos requisitos, y en caso de que no se cumplan, para definir la respuesta a dicho incumplimiento.

A su vez, es necesario tener en cuenta la interrelación entre los efectos sobre los agentes afectados por la distinción de las fuentes de financiación. Por ejemplo, el tratamiento fiscal de los instrumentos de financiación afectará no sólo a la Hacienda Pública, sino también a la valoración de la compañía ⁵, y con ello a los proveedores de recursos propios.

También es necesario mencionar que, aunque los anteriores no sean los únicos agentes afectados por la distinción entre recursos propios y ajenos, otros agentes distintos a aquéllos tienen intereses que generalmente son asimilables. Por ejemplo, los intereses de los analistas de acciones y los de los potenciales inversores se pueden asimilar a los de los proveedores de recursos propios, mientras que los de las agencias de calificación crediticia son parecidos a los de los proveedores de recursos ajenos.

La contabilidad de una sociedad es una fuente esencial, y a menudo única, de información para la totalidad de los agentes afectados por las operaciones de una sociedad. En particular, dentro de la información contable, la proporcionada en el balance de situación resulta particularmente útil para permitir a los agentes interesados efectuar las distinciones necesarias para llevar a cabo el análisis acorde con sus intereses.

Pero el hecho de que exista una distinción en el ámbito de la contabilidad entre las diferentes clases de recursos financieros con los que cuenta una entidad no significa que la clasificación contable sea la que finalmente se utilice por los agentes interesados. Es más, muy a menudo los agentes afectados recomponen la información que la contabilidad proporciona para adecuarla al objeto de su análisis. Esto no pone de manifiesto, en sí mismo, que la información proporcionada por la contabilidad sea incorrecta, sino más bien que existen diferentes perspectivas y la contabilidad no se adapta perfectamente a las mismas.

Para poder contrastar la información relevante para la distinción entre recursos propios y ajenos que proporcionan la contabilidad y los intereses de los diferentes agentes, hay que tener en cuenta en primer lugar las definiciones recogidas en las normas contables. Pero antes de ello, en el apartado siguiente vamos a analizar brevemente algunas características de los instrumentos financieros híbridos, ya que éstos son fuente de discrepancia en cuanto a la distinción entre recursos propios y ajenos. Posteriormente analizaremos también ciertos casos particulares en los que la diferencia respecto al tratamiento contable en la clasificación de las fuentes de financiación resulta más patente. Tal es el caso de las agencias de calificación crediticia o los reguladores financieros.

⁵ MODIGLIANI-MILLER (1963), MILLER (1988) y especialmente GORDON (1989) muestran claros ejemplos de la complejidad de las interrelaciones entre los agentes afectados por la distinción entre pasivo y patrimonio.

1.2. Características principales de la financiación híbrida

Bajo la denominación «financiación híbrida» se recoge un conjunto de fórmulas financieras que se utilizan en la financiación empresarial. Al igual que ocurre con otros conceptos financieros no reglados, su delimitación a través de una definición resulta complicado. En nuestro caso vamos a considerar, en primer lugar, que la financiación híbrida es aquella que presenta *características de los componentes de las acciones ordinarias y de deuda simultáneamente*^{6,7}.

La calificación «híbrida» trata de expresar que nos encontramos ante algo que se compone de elementos de diferente naturaleza, y en la práctica da lugar a una gran variedad de posibilidades que se localizan entre un extremo (las acciones ordinarias) y el otro (la deuda) del espectro de fuentes de financiación.

Al delimitar conceptualmente la financiación híbrida, resulta interesante que en ocasiones la legislación mercantil general ha tenido en cuenta la existencia de diversos instrumentos que forman parte de lo que se conoce como financiación híbrida. La legislación mercantil española es un ejemplo de ello, al regular algunos aspectos de las acciones privilegiadas⁸, acciones sin voto⁹, acciones rescatables¹⁰ y los préstamos participativos¹¹. De modo más específico, la legislación española también ha regulado la existencia de financiación híbrida en algunos sectores de la actividad económica, como es el bancario (por ejemplo, al regular las participaciones preferentes o las cuotas participativas en las entidades de crédito) o el de seguros (por ejemplo, al regular las financiación subordinadas y las de duración indeterminada a efectos de su cómputo en el patrimonio propio no comprometido)¹². Pero, a pesar de la existencia de cierta regulación, la materia, la falta de una regla que delimite globalmente la financiación híbrida hace necesario que tengamos nosotros que caracterizarlo aquí.

Partiendo de la definición anterior de la financiación híbrida como un elemento situado en algún punto entre los dos extremos financieros (acciones ordinarias y deuda en sentido estricto), la **tabla 1** muestra algunas de las características más habituales de la misma. Éstas contrastan con las características de las acciones ordinarias y de la deuda.

⁶ Esta definición de delimitación de los híbridos es la más comúnmente utilizada. Una definición similar se puede encontrar en el Acuerdo de Capital del Comité de Basilea (Basilea I) de 1988, en el párrafo 22.

⁷ La denominación «financiación híbrida» no está exenta de controversia, como se pone de manifiesto en los párrafos 7-10 del informe de CEBS «Analysis of the capital instruments recently created by the industry» (23 junio 2006) o en el «Draft proposal for a common EU definition of tier 1 hybrids» (7 diciembre 2007), párrafos 15-17.

⁸ Artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA).

⁹ Artículos 90 y siguientes de la LSA.

¹⁰ Artículos 92 y siguientes de la LSA.

¹¹ Artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996 y disposición adicional 2.ª de la Ley 10/1996.

¹² Hay que tener en cuenta que la definición de algunos instrumentos en la legislación española se ha producido al incorporar el acervo comunitario a la legislación nacional, como es el caso de las directivas de requisitos de capital en las entidades de crédito, o las de solvencia en las aseguradoras.

TABLA 1. El espectro de fuentes de financiación.

	Capital ordinario	Financiación híbrida	Deuda
Derechos políticos	Voto	Generalmente no. Posible en determinadas estructuras convertibles	No, salvo operaciones excepcionales
Derechos económicos	Dividendos	Dividendos/intereses	Intereses
	Voluntarios	Generalmente obligatorios. Posible <i>dividend pusher</i>	Obligatorios
	No acumulativos	Acumulativos o no acumulativos	Acumulativos si hay impago
	Condicional al patrimonio	Posible <i>dividend stopper</i>	Pago incondicional
	Sin restricciones temporales	Posible diferimiento en los pagos	Calendario prefijado
	Indeterminados a priori	Cantidades determinadas o determinables	Determinados
	Líquidos o en especie	Generalmente líquidos. Posible en especie (ACSM)	Generalmente líquidos
	Amortización	Amortización	Amortización
	Sin vencimiento	Con o sin vencimiento	Con vencimiento
	Voluntaria	Obligatoria o voluntaria. Posible opcionalidad	Obligatoria
Características financieras	Sin prima obligatoria	Con o sin prima	Generalmente sin prima
	Orden de prelación	Orden de prelación	Orden de prelación
	Residual	Intermedio	Preferente
	Convertibilidad	Convertibilidad	Convertibilidad
Otros aspectos	No	Posible en función de la estructura	Generalmente por impago
	Plena absorción de pérdidas	Absorción de pérdidas parcial	Nula absorción de pérdidas
	Plena flexibilidad financiera	Flexibilidad financiera parcial	Nula flexibilidad financiera
	No deducible fiscalmente	Deducible o no, según la estructura	Generalmente deducible
	Patrimonio contable	Patrimonio, pasivo o ambos	Pasivo financiero contable
	Sin calificación crediticia	Con o sin, según la estructura	Posible calificación crediticia

El elevado número de combinaciones posibles a partir de las características de la financiación híbrida hace que bajo este concepto se recojan fórmulas muy heterogéneas. Algunos instrumentos híbridos pueden resultar muy próximos a alguno de los dos extremos (por ejemplo, la deuda subordinada), mientras que otros se encuentran en un punto intermedio del espectro de fuentes de financiación (por ejemplo, la deuda convertible). En cualquier caso, las posibilidades de combinación de las diferentes características de la financiación híbrida hacen que bajo dicha denominación se recoja un elevado número de instrumentos distintos.

Junto a las características de la financiación híbrida anteriores hay que tener en cuenta que, a diferencia de lo que suele suceder en los extremos del espectro, la financiación híbrida se emite en ocasiones indirectamente. Esto se lleva a cabo a través de sociedades que actúan como vehículo para la canalización de los recursos financieros desde el inversor hasta el emisor (vehículos de propósito especial–SPV). Estas sociedades pueden o no ser propiedad de la sociedad emisora, lo cual hace que la financiación híbrida tenga características estructurales diferentes a las de las acciones ordinarias o la deuda tradicional. La emisión a través de SPV suele responder a consideraciones fiscales, contables o de derechos de voto. Pero en cualquier caso la emisión indirecta es una fórmula característica de la financiación híbrida que no puede ser ignorada ¹³.

1.3. El análisis de las agencias de calificación crediticia

En la sección primera indicábamos que el análisis de las agencias de calificación crediticia es asimilable al de los proveedores de recursos ajenos en cuanto a sus fines. En ambos casos se trata de determinar en qué medida una sociedad puede hacer frente a los pagos que se deriven de las financiaciones recibidas. Para ello, las principales agencias han desarrollado metodologías para dicho análisis.

Si bien las agencias de calificación crediticia no proporcionan opiniones sobre la evolución de las acciones ordinarias de un emisor, sino que se centran esencialmente en el análisis de la capacidad de cumplir los compromisos derivados de la deuda, los instrumentos híbridos sí se incluyen dentro de su análisis.

Estas agencias llevan a cabo su análisis en dos ámbitos interrelacionados entre sí: por una parte, a nivel de la sociedad emisora o el grupo, para determinar la fortaleza del mismo. Por otro, a nivel de cada instrumento financiero en cuestión. Esta distinción resulta muy importante, ya que es posible que una sociedad pueda cumplir íntegramente sus obligaciones con algunos proveedores de recursos financieros y no con otros, y para ello habrá que tener en cuenta el orden de prelación de cada uno de los proveedores de recursos financieros. Esto se pone de manifiesto con notoriedad en el caso de la existencia de financiación híbrida en una sociedad, ya que la financiación híbrida tiene características propias de los recursos propios tradicionales (acciones ordinarias), y por lo tanto cuenta con la posibilidad de cierta capacidad de absorción de pérdidas y flexibilidad financiera adicional a la que

¹³ Véase, por ejemplo, la referencia a TRUP en «Report on Special Purpose Entities» del Bank of International Settlements (pág. 19), o, de manera más general, a la emisión indirecta en SAHARA (2007), pág. 79.

proporcionan los recursos propios tradicionales (acciones ordinarias). Por ello, las agencias de calificación crediticia no sólo proporcionan una opinión sobre la capacidad del cumplimiento de las obligaciones del emisor respecto a la financiación híbrida ¹⁴, sino que también tienen en cuenta la existencia de dicha financiación híbrida a la hora de analizar la capacidad del cumplimiento del emisor respecto a la deuda en sentido estricto. Para ello han desarrollado una metodología en la que dan entrada a puntos intermedios entre los extremos del espectro de fuentes de financiación, la cual resulta muy útil al estudiar la clasificación de las fuentes de financiación.

Las diferentes agencias ¹⁵ han elaborado metodologías propias para el análisis del efecto de la financiación híbrida en la estructura financiera de un emisor. Aunque las metodologías de las agencias son diferentes entre sí, todas ellas presentan la característica común de situar la financiación híbrida en un punto entre los dos extremos del espectro de fuentes de financiación, a efectos de estimar la capacidad crediticia de la sociedad emisora. En nuestro caso, vamos a centrarnos en la metodología adoptada por Moody's, ya que goza de una amplia difusión en la práctica y explica de manera intuitiva el tratamiento que se da a la financiación híbrida al clasificarla en diferentes «cestas».

La metodología de Moody's está basada en la consideración del espectro de fuentes de financiación, en contraposición a la dualidad entre deuda y patrimonio reflejada en la contabilidad. Para ello distingue entre cinco cestas diferentes, que denomina con las letras A, B, C, D y E. Los instrumentos en cuestión se analizan en función de su similitud a alguno de los dos extremos del espectro, pero al mismo tiempo reconociendo puntos intermedios entre los extremos. La cesta A recoge los instrumentos de financiación con características más similares a la deuda pura. A medida que nos desplazamos hacia el otro lado del espectro, nos aproximamos a los instrumentos con características más similares a las acciones ordinarias (cesta E). En todo caso, debe tenerse en cuenta que cada instrumento se clasifica en alguna de las cestas en su totalidad, esto es, sin separar los diferentes subinstrumentos que se puedan distinguir dentro del mismo.

Para clasificar los instrumentos en las diferentes cestas, Moody's tiene en cuenta:

- Flexibilidad financiera: se trata de observar el grado de voluntariedad y/o condicionalidad en la remuneración a los tenedores de los instrumentos en cuestión. Las acciones ordinarias presentan la máxima flexibilidad financiera puesto que el pago de dividendos no es obligatorio, y los dividendos que no se aprueban en un ejercicio no se acumulan para el siguiente. Por el contrario, los intereses en las deudas carecen de flexibilidad financiera alguna, puesto que su cantidad y vencimiento están predeterminados, y su impago implica, en un momento determinado, que se deban pagar con posterioridad. En el caso de los híbridos, los factores esenciales en el análisis son: i) que la remuneración a los inversores pueda diferirse (voluntariamente o condicionada a la ocurrencia de un suceso) u omitirse; ii) que la remuneración diferida acumule o no interés, y iii) que la remuneración pueda ser hecha efectiva en especie (acciones del emisor, por ejemplo). Por lo tanto, la mayor o menor fle-

¹⁴ La calificación de los instrumentos híbridos individualmente considerados suele realizarse a partir de la calificación de la deuda senior, restando uno o más niveles (*notches*, en inglés) a la calificación crediticia obtenida por la deuda senior. Este proceso se conoce como «notching».

¹⁵ Fundamentalmente Moody's, Standard and Poor's, A.M. Best y Fitch.

xibilidad financiera que se deriva de estas características se tendrá en cuenta para clasificar el instrumento en una de las cestas.

- **Permanencia:** en este caso se observa si la fuente de financiación debe o no ser reembolsada al tenedor en algún momento. Frente a las acciones ordinarias, que no tienen vencimiento, las deudas sí lo tienen. La financiación híbrida puede o no tener vencimiento, y, en ocasiones, la amortización de la misma es condicional a determinados sucesos. Por ejemplo, no resulta extraño que un instrumento se amortice si el emisor decide hacerlo a partir de una determinada fecha (*callable*) o a voluntad del inversor (*puttable*), o que se produzca la sustitución del instrumento por otro (acciones ordinarias o de otro tipo, por ejemplo).
- **Capacidad de absorción de pérdidas:** las acciones ordinarias tienen una capacidad de absorción de pérdidas máxima ya que en caso de liquidación de la sociedad emisora, los accionistas participan en la riqueza residual de la compañía tras haber reembolsado al resto de los proveedores de fuentes de financiación. En cambio, la capacidad de absorción de pérdidas de las deudas es nula, ya que éstas deben ser pagadas de acuerdo con sus condiciones contractuales o legales, incluso en caso de liquidación. En el caso de la financiación híbrida, es posible encontrar diferentes niveles de subordinación a otras fuentes de financiación, lo cual también constituye objeto del análisis a efectos de la clasificación en alguna de las cestas.

La clasificación de los instrumentos híbridos en las diferentes cestas permite a la agencia de calificación crediticia asimilar parcialmente el instrumento en cuestión a cada uno de los dos extremos del espectro. La siguiente tabla muestra la asignación en cada una de las cestas:

TABLA 2. *Cestas de Moody's.*

Cesta A	Cesta B	Cesta C	Cesta D	Cesta E
100% recursos ajenos	75% recursos ajenos 25% recursos propios	50% recursos ajenos 50% recursos propios	25% recursos ajenos 75% recursos propios	100% recursos propios

Por ejemplo, un instrumento híbrido de valor nominal 100 euros que se clasifique en la cesta D aportará 25 euros a los recursos ajenos y 75 a los propios. Esta reasignación sirve para recalcular los ratios relevantes para el análisis de la fortaleza crediticia de un emisor.

Debe tenerse en cuenta que la clasificación de los instrumentos en las cestas se lleva a cabo conforme a unas reglas relativamente conocidas, tanto por los emisores como por los inversores y otras partes interesadas. La elaboración de dichas reglas, y en cierto modo también su aplicación, conlleva necesariamente la elaboración de juicios a la hora de definir cómo se clasifican los instrumentos en cada una de las cestas, e incluso las propias cestas. Pero en cualquier caso la metodología parece adecuarse a la realidad, esto es, los instrumentos de financiación no se clasifican solamente en uno de los extremos del espectro (cestas A o E), sino que se reconoce la existencia de posibilidades intermedias en la realidad (cestas B, C y D).

Por lo tanto, sin perjuicio del mayor o menor valor que puedan aportar los juicios realizados para determinar el número de cestas, el porcentaje que se asigna a recursos ajenos o propios en cada una de ellas, o los criterios de clasificación de los instrumentos en cada una de las carteras, el hecho de que se reconozca la existencia de un espectro de instrumentos de financiación supone un avance frente a un análisis que se limitase a distinguir entre deuda o patrimonio para cada instrumento en su totalidad.

1.4. El tratamiento regulatorio en el sector financiero

A diferencia de las entidades que operan en otros sectores de la actividad económica, las entidades del sector financiero ¹⁶ están sometidas a una supervisión prudencial en casi todas las jurisdicciones del mundo desarrollado. La supervisión se organiza y se lleva a cabo de muy diversas maneras en diferentes lugares, pero el denominador común suele ser la protección de los clientes de las compañías financieras, especialmente cuando éstos entregan fondos a las entidades financieras. Y la mayor amenaza para el cliente de una entidad financiera es que ésta no reciba los fondos que había entregado como consecuencia de la posible insolvencia de la entidad financiera. Por ello, la regulación del sector financiero y las autoridades de supervisión centran buena parte de su trabajo en prevenir que esto no ocurra, y para ello establecen requisitos de capitalización que las entidades financieras deben cumplir. Dicha capitalización debería servir para amortiguar las necesidades financieras que se pudieran producir. Resulta evidente, por lo tanto, que en el objetivo de determinar el cumplimiento de la capitalización de la compañía, la delimitación entre recursos propios y ajenos es una cuestión crucial. Además debe tenerse en cuenta que la regulación del sector financiero se encuentra a la vanguardia de otras en cuanto a la distinción de lo que son y no son recursos propios, dada la importancia que el mantenimiento de un volumen de recursos financieros adecuados tiene.

El tratamiento que la regulación del sector financiero y las autoridades de supervisión han dado a las fuentes de financiación es diferente en las diversas jurisdicciones e incluso en las entidades que realizan actividades diferenciadas dentro del sector financiero (por ejemplo, aseguradoras y entidades de crédito). En cualquier caso, las áreas geográficas donde se localizan buena parte de las entidades financieras del mundo, incluyendo el Espacio Económico Europeo (EEE) y EEUU, dan un tratamiento a los instrumentos de financiación híbridos en el que se aprecian elementos comunes. Por ello vamos a utilizar como base para nuestra explicación dos de las fuentes principales de regulación en el sector financiero: los Acuerdos de Capital de Basilea ¹⁷ para el sector bancario y las directivas de solvencia para el sector asegurador ¹⁸.

¹⁶ Entidades de crédito, aseguradoras, intermediarios de valores y sociedades de inversión, entre otras.

¹⁷ Estos acuerdos establecen, entre otras, reglas para la determinación de los requisitos mínimos de capitalización en las entidades de crédito, así como los elementos constitutivos de los recursos propios (capital, en términos de los acuerdos) exigidos para cubrir los requisitos mínimos. Desde los inicios del Comité de Basilea (1974), los acuerdos han servido de base para la elaboración de las normas de requisitos de capital de las entidades de crédito que se aplican en las diversas jurisdicciones, incluyendo las directivas de requisitos de capital aplicables en el EEE. Estas directivas han sido posteriormente transpuestas en la legislación española, constituyendo así la base regulatoria del sector bancario.

¹⁸ Las directivas de solvencia aplicables al sector asegurador del EEE también recogen, entre otras, las reglas para la determinación de los recursos propios que las aseguradoras deben mantener. Estas normas han sido transpuestas a la normativa nacional a través de leyes y reglamentos, como los de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

En el ámbito bancario, la delimitación de los elementos computables dentro de los recursos propios ¹⁹ necesarios para dar cumplimiento a los requisitos mínimos de capitalización ha sido, desde el primer acuerdo (Basilea I, 1988), un tema esencial. El enfoque de Basilea I era eminentemente contable, y así se computaba dentro de los recursos propios el capital, las reservas expresas y tácitas, ciertas provisiones y otros elementos. Pero ya en Basilea I aparece una referencia a los instrumentos híbridos y las características que tienen que cumplir. Incluso se mencionan algunos de manera específica, como las *long-term preferred shares* (Canadá), *titres participatifs* y *titres subordonnés à durée indéterminée* (Francia), *Genussscheine* (Alemania), *perpetual debt instruments* (Reino Unido) y *mandatory convertible debt instruments* (EEUU). También se hace referencia a la deuda subordinada como elemento computable dentro de la masa que sirve para cubrir los requisitos de capitalización.

Basilea I también estableció la división de recursos propios en niveles (*tiers*), diferenciando entre el primer y el segundo nivel (los híbridos y la deuda subordinada se incluyeron inicialmente en este último). Se establecieron también una serie de limitaciones en cuanto al cómputo de la deuda subordinada en los recursos de segundo nivel, así como en cuanto al cómputo de los recursos de segundo nivel dentro de los recursos totales. En 1996 se llegó a introducir un tercer nivel en los recursos propios.

En 1998 el Comité de Basilea dio un nuevo empuje al trabajo de clasificación de las fuentes de financiación híbridas a través de la denominada «nota de prensa de Sydney», en la que se establecían las características que ciertos híbridos debían cumplir para computarse en los recursos propios de primer nivel.

Posteriormente, ya en el marco del acuerdo de Basilea II (2004), se han llevado a cabo diversos ajustes a los criterios utilizados para clasificar los elementos constitutivos de los recursos propios. Algunos de los ajustes más destacados, tanto por su contenido como por su reciente aparición, son los establecidos a finales de 2009 ²⁰, donde se plantea la redefinición de lo que son recursos propios computables y lo que no lo son, así como de lo que constituye recursos de nivel uno y dos.

En el ámbito asegurador, la normativa de solvencia ha seguido la estela de los acuerdos de Basilea. Las directivas actualmente vigentes constituyen el denominado «sistema de Solvencia I», y en lo que se refiere a los elementos constitutivos de los recursos propios necesarios para cumplir los requisitos de capitalización, se observan numerosos elementos comunes. En particular, en lo que se refiere a la deuda subordinada y los instrumentos híbridos, se observa una gran similitud al tratamiento otorgado en Basilea I.

El nuevo marco regulatorio establecido en la nueva directiva para el sector asegurador, conocida como Solvencia II, tiene numerosos elementos en común con el régimen establecido en el acuerdo de Basilea II. Y como no podría ser de otra manera, estos elementos comunes se extienden también al ámbito de la clasificación de la financiación a efectos de la determinación de los recursos disponibles para el cumplimiento de los requisitos de capitalización.

¹⁹ La denominación utilizada por el Comité de Basilea es capital, si bien por razones de consistencia y sobre todo para evitar la confusión con el significado de dicho término en la contabilidad, aquí vamos a utilizar la denominación recursos propios.

²⁰ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea: «Strengthening the resilience of the banking sector», diciembre 2009.

Por lo tanto, de todo lo anterior podemos extraer una conclusión principal: al igual que las agencias de calificación crediticia, la normativa del sector financiero tiene en cuenta la existencia de una multiplicidad de fuentes de financiación con características diversas. Sin perjuicio de los muchos matices y limitaciones al cómputo dentro de los recursos propios que la regulación impone, dicha regulación considera como recursos propios no sólo el capital ordinario, sino también otras financiación, incluyendo muchos instrumentos que caen dentro de la categoría de híbridos.

1.5. La clasificación de las fuentes de financiación en la contabilidad

Las dos principales normas contables existentes a nivel mundial ²¹ establecen una separación entre tres masas patrimoniales esenciales: los activos, que reflejan la inversión, y los pasivos y el patrimonio neto ²², que reflejan la financiación. Otras normas con ámbito jurisdiccional más reducido (por ejemplo, las del Plan General de Contabilidad español ²³) o aplicables en fuera del EEE o EEUU tienen clasificaciones que suelen guardar una gran similitud, cuando no son exactamente iguales.

En el análisis de las fuentes de financiación resultan especialmente importantes las definiciones de pasivo financiero e instrumento de patrimonio, que se enmarcan dentro de los conceptos más generales de pasivo y patrimonio neto. Los primeros están contenidos esencialmente en el párrafo 11 de la NIC 32 y en los apartados 480 y 505 de la Codificación de las FAS, todo ello sin perjuicio de las aclaraciones y ejemplos que se contienen en otras partes de la NIC y de la Codificación, respectivamente.

Las características principales de estos conceptos en ambos casos son:

- Pasivos financieros: tienen un carácter contractual (en contraste con otros pasivos, que surgen como consecuencia de una norma legal) y conllevan obligaciones por parte del emisor del instrumento (en contraste con los instrumentos de patrimonio neto, que no conllevan obligaciones).
- Instrumentos de patrimonio: también tienen un carácter contractual, y se definen de manera residual, a partir de lo que no es ni activo ni pasivo.

Tanto la NIC 32 como la Codificación establecen el deber de clasificar las fuentes de financiación en alguna de las categorías existentes, esto es, pasivo o patrimonio. La NIC 32 señala en su párrafo 15:

²¹ Las Normas Internacionales de Contabilidad y de Información Financiera (NIC/NIIF) aplicables en el EEE, y las Normas de Contabilidad Financiera (*Financial Accounting Standards* –FAS–) aplicables en EEUU.

²² Nota metodológica: téngase en cuenta que con el objeto de separar el ámbito del análisis, al referirnos al ámbito contable utilizamos las expresiones «pasivo» y «patrimonio», tal y como se recoge en las normas contables. En cambio, al referirnos a otros ámbitos financieros utilizamos las expresiones «recursos propios» y «ajenos».

²³ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

«El emisor de un instrumento financiero lo clasificará en su totalidad o en cada una de sus partes integrantes, en el momento de su reconocimiento inicial, como un pasivo financiero, un activo financiero o un instrumento de patrimonio, de conformidad con el fondo económico del acuerdo contractual y con las definiciones de pasivo financiero, de activo financiero y de instrumento de patrimonio.»

Por lo tanto, como regla general, las mencionadas normas distinguen solamente dos clases de fuentes de financiación, el pasivo y el patrimonio neto, dentro de las cuales se contienen los pasivos financieros y los instrumentos de patrimonio respectivamente. El elemento clave para distinguir si una fuente de financiación forma parte de una u otra categoría es la existencia de una obligación por parte del emisor del instrumento²⁴: como regla general, los instrumentos financieros de financiación que conlleven obligación alguna se clasificarán como pasivos financieros, y los que no, se clasificarán como patrimonio neto.

La distinción en la contabilidad entre dos masas patrimoniales de financiación solamente ha sido así históricamente, y la mayoría de las sociedades presentan una estructura de financiación en la que resulta apropiado llevar a cabo dicha distinción.

Además, en todo caso hay que tener en cuenta que la clasificación se ha de realizar conforme al fondo económico del instrumento de financiación a clasificar, y no a su forma jurídica. Por lo tanto, se trata de integrar los instrumentos en una de las categorías de acuerdo con sus efectos económicos, con independencia de la denominación que reciban dichos instrumentos o las operaciones que con ellos se realicen. La NIC 32 y, en menor medida, la Codificación de las FAS han definido conceptos generales para poder clasificar las fuentes de financiación, pero no se refieren a los instrumentos específicos que se pueden encontrar en el mercado, salvo como ejemplos. En cualquier caso, la circunstancia anterior no altera el hecho de que conforme al fondo económico del instrumento se deberá llevar a cabo la clasificación en la categoría de pasivo o en la de patrimonio.

Pero el sistema de clasificación entre pasivo y patrimonio sería demasiado corto de miras si se limitara a hacer una delimitación tan genérica de las fuentes de financiación como la que hasta ahora hemos descrito. Por ello se han recogido en las normas contables una serie de conceptos que tratan de resolver los problemas prácticos que la rigidez de la clasificación pasivo-patrimonio conlleva, como se describe en el apartado siguiente.

1.6. Dos medidas que tratan de recoger contablemente la existencia del espectro de fuentes de financiación

En el epígrafe anterior hemos puesto de manifiesto que las normas contables solamente recogen dos categorías para clasificar las fuentes de financiación de acuerdo a su naturaleza. También hemos señalado que el criterio esencial para determinarlo es la existencia o no de una obligación para el emisor del instrumento financiero que origina la fuente de financiación en cuestión.

²⁴ De manera más concreta, la referida obligación es, según la NIC 32, «una obligación contractual: (i) de entregar efectivo u otro activo financiero a otra entidad; o (ii) de intercambiar activos financieros o pasivos financieros con otra entidad, en condiciones que sean potencialmente desfavorables para la entidad».

A pesar de todo, las normas de la NIC 32 y la Codificación no son completamente ajenas a la existencia de una variedad de instrumentos financieros con características heterogéneas. De este modo las normas han introducido una primera medida para reconocer la diversidad de las fuentes de financiación, que se ha traducido en la definición explícita de algunas características que pueden presentar ciertas fuentes de financiación. La definición de dichas características está encaminada a facilitar la clasificación como pasivo o patrimonio.

1.6.1. Tratamiento contable de algunos instrumentos complejos

La siguiente tabla resume los criterios específicos que han recogido la NIC 32 y la Codificación de las FAS para clasificar como pasivo o patrimonio algunos instrumentos de financiación más complejos:

TABLA 3. *Reglas contables.*

	NIC 32	Sección 480 FAS
Cantidad variable de instrumentos de patrimonio (no derivado)	Párrafo 16.b.i	Sección 10-05-2
Liquidación distinta a una cantidad fija de instrumentos de patrimonio por cantidad fija de efectivo (derivado)	Párrafo 16.b.ii	Secciones 10-25-12 y 10-25-14
Opción de venta suscrita por el emisor	Párrafos 16 A y 16 B	Sección 10-25-5
Obligación de entregar a terceros una participación proporcional de los activos netos sólo en el momento de la liquidación	Párrafos 16 C y 16 D	Sección 10-25-5
Obligación de reembolso (u opción al tenedor) por una cantidad fija o determinable en fecha futura o determinable	Párrafo 18	Sección 10-25
Cláusulas de liquidación contingente	Párrafo 25	–
Obligación de comprar instrumentos de patrimonio propio	Párrafo 18	Sección 10-25-8

La tabla anterior recoge un resumen de las características analizadas en las dos normas principales que tratamos en nuestro estudio. Las referencias específicas a dichas características, que encontramos tanto en la NIC 32 como en la sección 480 FAS, tienen su justificación en la complejidad que algunas fuentes de financiación presentan. Por ello, aunque si bien se podría considerar que las definiciones de pasivo financiero e instrumento de patrimonio podrían ser suficientes para resolver el problema de clasificación de las fuentes de financiación, parece oportuno que las normas recojan dichas aclaraciones sobre algunos de los casos más complejos y aparentemente contradictorios.

La distinción entre pasivo y patrimonio en los casos menos evidentes también ha sido objeto de detalle en las normas contables españolas. En particular, la norma novena de valoración del Plan General de Contabilidad recoge buena parte de las distinciones necesarias para distinguir los pasivos financieros de los instrumentos de patrimonio, de modo análogo a lo dispuesto en la NIC 32. Las normas españolas han ido un paso más allá que la norma internacional, ya que no se han limitado a reconocer una lista de características que determinan que un instrumento se califique como pasivo

financiero o patrimonio. En cambio, las normas españolas han reconocido expresamente la contradicción entre el tratamiento que ciertos instrumentos de financiación reciben en contabilidad y en otras áreas del ámbito mercantil. De este modo, la definición de la cuenta 150 «Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros» establece que se trata de:

«Capital social escriturado y, en su caso, prima de emisión o asunción en las sociedades que revisitan forma mercantil que, atendiendo a las características de la emisión, deba contabilizarse como pasivo financiero. En particular, determinadas acciones rescatables y acciones o participaciones sin voto.

Figurarán en el pasivo no corriente del balance en el epígrafe "Deudas con características especiales a largo plazo"».

La dualidad pasivo-patrimonio establecida en las normas contables contrasta con la multiplicidad de conceptos representativos del patrimonio que podemos encontrar en la legislación mercantil en numerosas jurisdicciones. La contradicción entre el tratamiento contable de ciertas fuentes de financiación como pasivo financiero, que son consideradas patrimonio a efectos mercantiles no contables, queda patente en el balance de la Nationwide Building Society ²⁵:

TABLA 4. *Balance de Nationwide.*

4 abril 2009 - Millones de Libras Esterlinas

Activo	2009	2008
Caja y depósitos en Bank of England	8.201	3.353
Préstamos y créditos a bancos	5.040	2.837
Valores disponibles para la venta	21.223	25.486
Derivados financieros	5.861	2.408
Ajustes de cobertura	3.408	247
Préstamos y créditos a clientes	155.482	142.804
Participaciones	81	61
Intangibles	211	137
Activos materiales	886	811
Inversiones inmobiliarias	9	15
Ajustes por periodificación	743	555
Activos fiscales	859	116
Otros activos	357	197
Total activo	202.361	179.027

²⁵ Extraído del informe anual del ejercicio 2008-2009.

Pasivo	2009	2008
Acciones	128.284	113.816
Depósitos de bancos	13.283	11.777
Otros depósitos	5.673	4.567
Deudas con clientes	4.371	3.433
Deudas - valores	34.794	33.772
Ajustes de cobertura	239	–
Derivados financieros	5.986	1.201
Otros pasivos	671	751
Provisiones	271	16
Ajustes por periodificación	354	355
Deuda subordinada	2.233	2.058
Capital suscrito	1.526	1.245
Pasivos fiscales	51	-12
Obligaciones por pensiones	331	40
Total pasivo	198.067	173.019
Reservas	6.234	6.303
Reservas revaluación	69	121
Reservas de disponibles para la venta	-2.009	-418
Reservas de coberturas	0	2
Total reservas	4.294	6.008
Total pasivo y reservas	202.361	179.027

En este balance, el patrimonio está formado únicamente por partidas procedentes de acumulación de resultados de ejercicios anteriores (*general reserve*) como de la valoración de activos por su valor razonable y coberturas (*revaluation reserve*, *available for sale reserve*, *cash flow hedge reserve*). Por el contrario, las acciones las localizamos en el pasivo, dado que son en su totalidad reembolsables.

En principio no resultaría apropiado oponer objeción alguna al modo de contabilizar las acciones, dado que éstas cumplen la definición de pasivo financiero. Pero es indudable que la imagen que el balance proporciona tiene poco que ver con la dinámica de la compañía: los socios de las *building societies* británicas tienen derecho a que les sean reembolsadas sus acciones de acuerdo con ciertos criterios, y en el caso de Nationwide, la mayoría de los socios podrían exigir el pago inmediato. Pero la realidad es que el capital tiene unas características de permanencia financiera y capacidad de absorción de pérdidas que sugieren que esté más cercano a los recursos propios que a los ajenos. Ello a pesar de que contablemente se haya clasificado como un pasivo financiero, dado que los conceptos de permanencia financiera o capacidad de absorción de pérdidas no tienen cabida en la caracterización del patrimonio en las normas contables.

Y el caso anterior no es un fenómeno aislado, ni en cuanto al número de entidades en esa situación, ni en cuanto a la jurisdicción: el capital de las formas societarias mutuales y cooperativas, muy habituales en ciertas actividades económicas, a menudo presenta posibilidades de reembolso análogas a las del ejemplo anterior. Desde el punto de vista de la jurisdicción, encontramos una situación comparable en cuanto a la exigibilidad del capital en el régimen cooperativo en España²⁶ e Italia, entre otros. En EEUU también puede darse esta situación en el caso de ciertas formas mutuales. La respuesta contable a esta situación la encontramos en la sección 480-10-45-2 de la Codificación, que contempla expresamente un tratamiento para las acciones o participaciones representativas del capital reembolsables obligatoriamente que constituyen el capital de estas entidades. Dicha sección establece que dichas partidas se recogerán como pasivos financieros, aunque deberán ser separados de otros pasivos.

Todo lo anterior muestra que la distinción entre pasivo y patrimonio es uno de los conceptos más complejos y controvertidos de cuantos la contabilidad trata²⁷. La complejidad de la cuestión deriva en buena medida de la relativa rigidez de la clasificación respecto a la diversidad de fórmulas de financiación que existen en la realidad y que no se adaptan propiamente ni a un concepto ni al otro. La controversia, por su parte, es fruto del fuerte impacto que produce la clasificación de las fuentes de financiación en una u otra categoría, sobre los intereses de los agentes afectados.

1.6.2. La bifurcación

Hasta ahora nos hemos referido a la dificultad de conciliar las características de algunas fuentes de financiación con la dualidad pasivo-patrimonio existente tanto en las NIC/NIIF como en las FAS. Pero hay que tener en cuenta que en el intento de recoger la diversidad de los instrumentos de financiación que puede utilizar una sociedad, las normas no se han limitado a enumerar las posibles características de los mismos. Conscientes de la limitación que supone clasificar un instrumento dentro de un bloque o el otro, basándose solamente en la existencia de alguna de las características anteriormente mencionadas, las normas han previsto una segunda medida para tratar este problema. Esta segunda medida consiste en la posibilidad de descomponer esos instrumentos en la contabilidad. Dicha descomposición implica que un instrumento que cuente con características propias de pasivo y de patrimonio simultáneamente se dividirá en partes diferenciadas. Éste es un factor clave en la distinción entre pasivo o patrimonio, ya que, como consecuencia, un instrumento pueda ser clasificado como pasivo financiero en su totalidad, como instrumento de patrimonio en su totalidad, o que alternativamente pueda ser descompuesto en partes. Cada una de estas partes se deberá integrar en alguna de las dos categorías existentes.

El tratamiento anterior se recoge en la NIC 32, en la que el párrafo 28 indica que «el emisor de un instrumento financiero no derivado evaluará las condiciones del mismo para determinar si contiene componentes de pasivo y de patrimonio. Estos componentes se clasificarán por separado como pasivos financieros, activos financieros o instrumentos de patrimonio [...]». A éstos, la norma

²⁶ Un detallado análisis sobre el tratamiento del capital en las cooperativas en España se puede encontrar en GÓMEZ APARICIO y MIRANDA GARCÍA (2006).

²⁷ GUZMÁN RAJA (1999) y PULIDO ÁLVAREZ (2003).

los denomina «instrumentos financieros compuestos», y su tratamiento ya se había anticipado sutilmente en el párrafo 15 de la misma norma, mencionado anteriormente.

De la definición de *freestanding financial instrument* contenida en la sección 480-10-20 de la Codificación de las FAS se deduce que bajo esta norma también se deben separar los componentes de pasivo y patrimonio. Todo ello sin perjuicio de los matices, en cuanto a lo que debe y no debe ser separado, introducidos para la NIC 32 en los párrafos 30 a 35 de la guía de aplicación, y la sección 480-10-55 de la Codificación.

El reconocimiento de la existencia de instrumentos financieros que presentan simultáneamente características propias de los pasivos financieros y de los instrumentos de patrimonio es, sin duda, positivo a la hora de reflejar que la realidad de las fuentes de financiación es mucho más variada que la dualidad pasivo-patrimonio. No obstante, este enfoque presenta ciertas limitaciones tanto teóricas como prácticas que no pueden ser ignoradas, las cuales describimos a continuación.

1.6.3. *Análisis crítico del enfoque adoptado en las normas contables*

La primera cuestión que se plantea al analizar la bifurcación entre el componente de pasivo y el de patrimonio que mencionábamos anteriormente es: la bifurcación, ¿es algo que los emisores realmente aplican en la gestión de la financiación que se bifurca, o por el contrario es un concepto teórico que escapa a la gestión ordinaria de la financiación empresarial?

El concepto de bifurcación es una aplicación de la metodología de valoración financiera que se ha venido desarrollando desde los años sesenta, y que consiste en la descomposición de las operaciones financieras en sus diferentes componentes. Cada uno de estos componentes se valorará por separado. Dicha valoración está basada en la hipótesis de no arbitraje, según la cual el valor de la totalidad del instrumento tiene que ser igual a la suma de los componentes que racionalmente constituyen el instrumento que se valora. Dicha hipótesis, que aparece en el desarrollo de modelos tan extendidos como el *Capital Asset Pricing Model*²⁸, la *Arbitrage Pricing Theory*²⁹ o los modelos de valoración de opciones de BLACK, SCHOLES y MERTON³⁰, es la base racional del concepto de bifurcación.

La descomposición de un instrumento financiero complejo en piezas menores ha sido ampliamente utilizada en el ámbito académico e incluso por algunos participantes en los mercados financieros. Estos últimos han llevado a la práctica, con resultados heterogéneos, dicha técnica en el proceso de estructuración de determinados instrumentos financieros y con propósitos especulativos. Pero aunque la mayoría de los instrumentos financieros pueden ser descompuestos en diversas partes, a menudo se trata de una descomposición puramente teórica, ya que en la práctica no existe un mercado profundo para los diferentes componentes.

²⁸ SHARPE, *Capital Asset Prices: A Theory of Market Equilibrium Under Conditions of Risk* (1964).

²⁹ ROSS, *The Arbitrage Theory of Capital Asset Pricing* (1976).

³⁰ BLACK y SCHOLES, *The Pricing of Options and Corporate Liabilities* (1973); MERTON, *Theory of Rational Option Pricing* (1973).

Por ejemplo, las obligaciones convertibles con canje fijo y opción de conversión para el emisor son instrumentos que se han utilizado en ocasiones en operaciones de capital-riesgo para financiar el desarrollo de entidades no cotizadas. Aunque estas obligaciones se puedan pensar como una deuda más una opción de conversión, en la práctica, efectuar una valoración apropiada de los diferentes componentes resulta más complicado que considerar el instrumento en su conjunto, debido al número y complejidad de las hipótesis que se deben tener en cuenta. Y además, estas valoraciones suelen ser imprecisas, dado que a menudo se ignoran riesgos importantes que afectan a los componentes, como por ejemplo la existencia de liquidez suficiente.

Pero el inconveniente principal de la descomposición de los instrumentos de financiación que se lleva a cabo en la contabilidad es, sobre todo, que esto no es lo que los emisores realizan. No resulta habitual que un emisor descomponga sus propios instrumentos de financiación emitidos para arbitrarlos, sin perjuicio de que algunos especuladores lo hagan con los instrumentos emitidos por otros. Por el contrario, los instrumentos de financiación que se pueden descomponer en otros normalmente se observan como una operación única, que no se va a separar en partes. Y esto es también aplicable al terreno de los instrumentos híbridos, donde es casi imposible encontrar emisor alguno que arbitre los componentes de sus propios híbridos emitidos.

Volviendo al ejemplo de las obligaciones convertibles, la bifurcación propuesta en las normas contables estaría indicando al observador del balance que existen dos elementos integrantes de las mismas (deuda y opción de conversión), que pueden ser separados y gestionados individualizadamente. Sin perjuicio de los defectos que puedan derivarse del propio proceso de bifurcación (por ejemplo, para determinar qué parte es deuda y qué parte es patrimonio), la realidad es que el instrumento de financiación es único, y el emisor no tiene la intención, ni generalmente la capacidad, para efectuar su descomposición.

Otro ejemplo relevante es el del tratamiento contable que reciben las acciones sin voto de la LSA española. Éstas constituyen un ejemplo de un instrumento de financiación basado en una acción ordinaria que se ha modificado introduciendo una remuneración obligatoria, acumulativa o no, a cambio del derecho de voto. Por lo tanto, conceptualmente este instrumento de financiación se puede dividir para su valoración entre la parte que proporciona una remuneración variable, esto es, análoga a la de las acciones ordinarias; y otra parte que proporciona una remuneración fija (determinada o determinable), a cambio de la pérdida del derecho a voto. En este caso, se plantearían tres posibilidades de contabilización: como pasivo financiero en su totalidad, como patrimonio en su totalidad o bifurcando cada uno de los componentes ³¹. Las dos primeras son soluciones claramente imperfectas: la contabilización como pasivo ignora que existe un componente de remuneración voluntaria, que es el mismo dividendo que perciben las acciones ordinarias; y la contabilización dentro del patrimonio neto adolece del inconveniente simétrico, ya que ignora la existencia del componente de retribución obligatoria, que daría lugar a un pasivo. De esta forma se pone de manifiesto que la dualidad en la clasificación de los instrumentos de financiación no permite dar una respuesta rigurosa y sólida al tratamiento contable de las fuentes de financiación. La opción de la bifurcación es teóricamente posible, pero requiere valorar el componente de retribución variable ³², como se analiza con más detalle

³¹ SEBASTIÁN y ROMANO (2008).

³² GARCÍA y MONEVA (2009).

posteriormente. Esto hace que en la práctica resulte ser una solución de dudosa fiabilidad, y por lo tanto indeseable.

En este último ejemplo no sólo se pone de manifiesto que la rigidez del sistema de clasificación contable, basado solamente en dos categorías, resulta inapropiado. Además ilustra claramente cómo la aplicación de la regla de bifurcación es inadecuada en la práctica, aunque las normas sugieran esta regla. La razón es que, aunque teóricamente sea posible distinguir entre el componente de pasivo y el de patrimonio en las acciones sin voto, en la práctica dicha distinción conlleva asumir que el instrumento de financiación es divisible. Pero dicha división es meramente conceptual y difícil de llevar a cabo en la realidad.

Téngase en cuenta que los ejemplos anteriores pretenden ser ilustrativos de los inconvenientes que plantea la parquedad de un sistema dual de clasificación de las fuentes de financiación. Estos ejemplos pueden ser extrapolados a otros instrumentos de financiación que cuentan simultáneamente con características de pasivo y de patrimonio. Todos ellos sirven para dar respuesta a la cuestión que planteábamos inicialmente: la bifurcación es una práctica teórica que resulta difícil y poco corriente, cuando no imposible, en la realidad societaria.

Una segunda cuestión que se plantea al analizar el tratamiento contable de las fuentes de financiación es la relativa a las consecuencias para los usuarios de la información: *la distinción entre las categorías de pasivo y patrimonio, ¿facilita el análisis a los usuarios de la información contable?*

Es indudable que la distinción entre pasivo y patrimonio es necesaria, en la medida en que la mayoría de los instrumentos de financiación empresarial caen dentro de una de las dos categorías sin lugar a dudas. Cuando el usuario de la información contable analiza el balance de situación, en el pasivo, generalmente, esperará encontrar deudas en sentido estricto, esto es, incondicionales y de pago obligatorio. Por otra parte, en el patrimonio esperará encontrar instrumentos de financiación que conlleven pagos voluntarios y condicionales a la existencia de recursos suficientes para ello. Y a partir de estas premisas, el usuario de la información puede comenzar el análisis, por ejemplo, de la rentabilidad de los recursos propios, del coste de la financiación o de la proporción que representa un tipo de financiación sobre otro.

Pero la introducción de elementos dentro de una u otra categoría que no corresponden estrictamente a ninguna de las dos oscurece el trabajo del analista. Si no se tiene en cuenta la existencia de elementos de financiación con categorías mixtas, las conclusiones obtenidas pueden ser inapropiadas. Para evitar esta situación, es probable que el usuario de la información contable tenga que reubicar algunos elementos del balance para evitar distorsionar los resultados del análisis. Esto es, evidentemente, un inconveniente tanto para el analista como para la entidad emisora:

- Para el analista porque si no se percata de la existencia de fuentes de financiación atípicas en el balance, es posible que ignore la necesidad de reclasificar, y con ello perjudique la calidad de los resultados. Pero incluso si se da cuenta de ello, supone un inconveniente en la medida que tiene que realizar un trabajo extra, navegando por la información complementaria para localizar la financiación que debe ser tratada de manera especial.

- Para la entidad emisora porque deberá proporcionar información más exhaustiva que permita al usuario reconocer la singularidad de dichas fuentes de financiación, con los costes que esto conlleva.

Las consecuencias anteriores se producen tanto si los instrumentos con componentes de pasivo y patrimonio se clasifican en una de las dos categorías, como si se bifurcan.

Para ilustrar el efecto pernicioso de la dualidad contable en la clasificación de las fuentes de financiación, también podemos emplear el ejemplo de las obligaciones convertibles a las que nos referíamos anteriormente. A primera vista resulta muy difícil, cuando no imposible, reconocer la existencia de tales instrumentos entre las fuentes de financiación de una entidad. Esta dificultad es ya un gran inconveniente, puesto que impide apreciar las especiales características de la financiación empleada, y oculta el hecho de que existe una estrecha interrelación entre la deuda y el patrimonio de la compañía a través de dichas obligaciones. Pero además de todo esto, en la medida en que la bifurcación hace disminuir el valor del componente de pasivo en el balance e incrementar el de patrimonio, produce un efecto inmediato en las estimaciones que se puedan realizar a través de esas variables. Como consecuencia, la bifurcación da lugar a una imagen distorsionada de la fuente de financiación que se bifurca: a simple vista el analista no percibirá que la entidad se está financiando mediante un instrumento con características híbridas. Por el contrario, deberá acudir a la información complementaria para comprender este fenómeno y poder efectuar los ajustes necesarios.

Lo anterior también se pone de manifiesto en otros instrumentos que presentan particularidades que los hacen distintos de la deuda estrictamente, como son la flexibilidad en los pagos o en la amortización. Generalmente resulta inapropiado clasificarlos dentro del patrimonio, ya que conllevarían obligaciones, pero si se incorporan en el pasivo, se está dejando de mostrar claramente al usuario de la contabilidad esas características, que pueden llegar a ser tremendamente importantes en determinadas circunstancias. Si bien una buena información complementaria puede ayudar a superar este escollo, resulta razonable concluir que la dualidad en la clasificación contable de las fuentes de financiación no facilita la labor de los usuarios de la información contable, sino que por el contrario, la dificulta.

La tercera cuestión relevante es la referida a la incertidumbre y arbitrariedad asociada a la dualidad en la clasificación contable de las fuentes de financiación: *la bifurcación de componentes en el tratamiento contable de las fuentes de financiación, ¿incrementa el grado de arbitrariedad de la información contable?*

La descomposición de un instrumento de financiación en diversos componentes es una posibilidad teórica racional para la valoración. Pero en la práctica, la mayoría de los instrumentos se emiten inicialmente y posteriormente se intercambian como una unidad, y no como la suma de una serie de componentes. Como consecuencia, la entidad emisora puede disponer de información en el momento de la emisión sobre el valor del instrumento en su conjunto. En cambio, para conocer el valor de los componentes de pasivo y patrimonio en los que se bifurca será necesario aplicar hipótesis. Las normas contables apelan a la observación del valor de los parámetros necesarios para dicha

valoración en el mercado. Pero en la práctica, dicha observación resulta extraordinariamente complicada y a menudo fútil. Generalmente, al tratar fórmulas de financiación híbridas, nos encontramos con que no existen datos procedentes del mercado que proporcionen una base sólida para la valoración. Y la razón fundamental es la que ya hemos apuntado anteriormente: los instrumentos financieros se negocian en la mayor parte de los casos en su conjunto y no separadamente (salvo algunas exóticas excepciones). Esa ausencia de datos es aun mayor cuando la entidad no emite valores negociados, de tal modo que se pueda obtener información concluyente sobre los mismos.

Como consecuencia, para llevar a cabo la bifurcación se debe recurrir a técnicas de valoración que conlleven un elevado número de hipótesis. Estas hipótesis pueden estar basadas en el juicio de un experto, pero muy a menudo se estiman de manera arbitraria en un proceso de prueba y error que poco tiene que ver con el objetivo de correcta valoración que se persigue. El efecto de este proceso acaba siendo, con frecuencia, una descomposición desvinculada de la realidad financiera del emisor y del instrumento en cuestión que se valora.

Pueden existir, además, fuerzas que hagan que el propio emisor tenga un interés especial en mostrar cierta valoración, aunque ésta no se corresponda con la realidad. Estas fuerzas son esencialmente fiscales y de imagen patrimonial ³³.

Pero incluso si asumimos que los casos en los que no se hace una valoración rigurosa y diligente son minoritarios, todavía existe una mayoría de casos en los que la dinámica de la valoración se parece más a un juego de azar que a un proceso sólido encaminado a proporcionar información valiosa. Y esto se debe, en primer lugar, a las exigencias de la propia norma contable, que pretende resumir en una cifra la valoración, lo cual resulta tremendamente osado. Pero se puede deber también a que la valoración pretendida conlleva la estimación de flujos futuros y la evolución de otros parámetros que están completamente fuera del alcance incluso del conocimiento financiero más sofisticado. Para ilustrar esto vamos a recurrir de nuevo a los ejemplos de obligaciones convertibles y acciones sin voto que ya hemos utilizado anteriormente.

En el caso de las obligaciones convertibles, la bifurcación consiste en la separación del componente de deuda y el de patrimonio (la opción de conversión). La forma más simplista de hacerlo es la sugerida en el párrafo 32 de la NIC 32, esto es, valorando el componente de pasivo y extrayendo el valor del componente de patrimonio como la diferencia entre el total y el valor del componente de pasivo. La valoración del componente de pasivo, siendo ésta una tarea que se presume sencilla, conlleva un cierto grado de arbitrariedad en muchos casos, por ejemplo cuando el emisor no dispone de una referencia sobre deuda con vencimientos similar. También surge incertidumbre cuando el importe marginal de la deuda represente un incremento sustancial de la misma sobre el total preexistente, ya que esta operación podría conllevar un fuerte incremento en el coste marginal de la financiación.

Las anteriores dificultades se pueden ver aumentadas si el instrumento está sometido a condiciones financieras distintas de la deuda ordinaria, como por ejemplo en lo relativo a su tratamiento fiscal, su liquidez de cara a la transacción posterior. Como consecuencia, existen una multitud de

³³ ENGEL, ERICKSON y MAYDEW (1999).

factores que incrementan la dificultad de la valoración. La solución ante este problema pasa por establecer hipótesis, introduciendo con ello un componente de incertidumbre que resta credibilidad a la imagen que finalmente muestre el balance de situación.

En el caso de las acciones sin voto, para valorar el componente de pasivo habría que estimar el dividendo cuyo pago resulta obligatorio. Si este dividendo se ha fijado como una función de una magnitud de difícil estimación (como el beneficio futuro), nos encontraremos con que para valorar el componente de pasivo debemos estimar el beneficio futuro previamente. Y en la mayoría de los casos, las probabilidades de error son mucho más elevadas que las de acierto, con lo que la bifurcación abre la puerta a un grado de arbitrariedad que va en detrimento de la calidad de la información. La alternativa más apropiada sería clasificar todo el instrumento como pasivo financiero ³⁴, pero esto resultaría también en una situación de empobrecimiento de la información contable, como ya mencionamos anteriormente.

Además debe tenerse en cuenta que la arbitrariedad a la que la regla de bifurcación da lugar implica una reducción en la comparabilidad de los estados financieros de distintas entidades.

Por lo tanto, podemos concluir que el ejercicio de valoración que la regla de bifurcación conlleva a menudo no deriva en una mejor información contable, sino en un mayor grado de arbitrariedad de la misma.

1.7. Conclusiones sobre el tratamiento contable de las fuentes de financiación y las fórmulas alternativas

En páginas anteriores hemos descrito diferentes criterios para la clasificación de las fuentes de financiación. Dos de ellos, el de las agencias de calificación crediticia y el de la regulación del sector financiero, han optado por reconocer la existencia de una variedad de fuentes de financiación. En cambio, el tercer criterio, el contable, ha optado por el encaje de las fuentes en solamente dos categorías extremas, la deuda y el patrimonio. De este modo, frente al espectro de fuentes de financiación contemplado en los dos primeros casos, la contabilidad solamente prevé una clasificación dual.

Pero el criterio contable de clasificación se ha ido adaptando a lo largo del tiempo para dar cabida a novedosas y más complejas fuentes de financiación. Para ello se han aplicado dos medidas: por un lado, aclarar algunas características particularmente complejas que pueden presentar algunas financiaciones, para facilitar su clasificación. Por el otro, se ha previsto la regla de bifurcación, consistente en separar el componente de pasivo del de patrimonio en los instrumentos que presentan características híbridas.

La primera solución da respuesta a la existencia de una variedad de fuentes de financiación. Pero desafortunadamente crea situaciones en las que se clasifican dentro del mismo grupo instrumentos con características heterogéneas en cuanto a la flexibilidad en los pagos, la capacidad de amortización de pérdidas y la permanencia.

³⁴ AECA: *Clasificación contable de instrumentos financieros: distinción pasivo-patrimonio neto*, pág. 35.

La segunda solución supone un paso adelante al reconocer que existen instrumentos en los que la clasificación íntegramente como pasivo o patrimonio no resultaría correcta. Pero bifurcar también presenta inconvenientes e incluso problemas de viabilidad en algunos casos.

Nuestra conclusión sobre la clasificación de las fuentes de financiación en la contabilidad, como se ha puesto de manifiesto, es que el intento de clasificar fórmulas heterogéneas de financiación en uno de los dos grupos crea problemas importantes, como son:

- Por una parte, se empeora la calidad de la información proporcionada, al juntar fórmulas de financiación muy heterogéneas entre sí. Esto hace que el usuario de la información contable normalmente deba efectuar reclasificaciones antes de efectuar su análisis, para lo cual será necesario acudir a la información complementaria.
- Por otra, en cuanto a la bifurcación, se considera que el resultado de la aplicación de esta regla de bifurcación es artificial, puesto que se distancia del modo en el que habitualmente las entidades gestionan su financiación. Adicionalmente, a menudo se plantean dudas sobre su viabilidad de aplicación de la bifurcación sobre algunos instrumentos. Por último, cuando puede ser aplicada, la bifurcación introduce generalmente un elevado grado de arbitrariedad en las cuentas, al requerir la formulación de hipótesis para su aplicación.

En resumen, las reglas contables para la clasificación de los instrumentos de financiación, bajo la aparente sencillez de su enfoque dualista, encierran una situación de pérdida-pérdida. Las entidades pierden cuando tratan de aplicar correctamente las reglas, sobre todo la de bifurcación, ya que la complejidad de las mismas crea costes adicionales y potenciales discusiones con el auditor. Y los usuarios de la información contable también pierden, puesto que la imagen presentada en el balance dista de la realidad de la financiación de la compañía, por lo que a menudo tendrán que bucear en la información complementaria y llevar a cabo reclasificaciones.

A la vista de las desventajas que el enfoque adoptado por la contabilidad plantea, la pregunta evidente es: *¿cómo se puede mejorar la situación?*

SEGUNDA PARTE

2. UNA PROPUESTA CONTABLE DE CLASIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE FINANCIACIÓN

En la primera parte de este trabajo hemos puesto de manifiesto las limitaciones que el modelo dualista de clasificación de las fuentes de financiación tiene. También hemos mostrado cómo, a diferencia de las normas contables, las autoridades supervisoras en el sector financiero y las agencias de calificación crediticia han adoptado modelos que contemplan la totalidad del espec-

tro de fuentes de financiación. Basándonos en los inconvenientes del modelo dualista contable actualmente vigente, en este apartado vamos a realizar una propuesta de clasificación de las fuentes de financiación según su naturaleza que permita un mejor reflejo de la realidad de la financiación empresarial.

2.1. La categoría híbrida

Tanto las NIC/NIIF como las FAS establecen que en el balance de situación se distinguirá entre pasivo y patrimonio, atendiendo a la naturaleza de la financiación. El patrimonio recoge, como mínimo, el capital y las reservas correspondientes a los propietarios de la dominante. A estos efectos, la NIC 1 considera como propietarios a los «poseedores de instrumentos de patrimonio neto». Por lo tanto, en dichas normas, será el concepto de patrimonio neto el que determine quién es o no propietario, y no al revés. Pero como hemos visto en la primera parte, determinadas formas de financiación híbrida se incluyen dentro de la categoría contable de patrimonio neto total o parcialmente (en este último caso si se aplica la regla de bifurcación). No obstante, resulta bastante cuestionable calificar a los proveedores de dicha financiación como *propietarios*, ya que tanto su comportamiento respecto a la compañía como su poder sobre la misma denota habitualmente que no son tales.

Un ejemplo de las discrepancias que el enfoque anterior puede originar lo encontramos en el balance de situación del grupo asegurador holandés Aegon (**tabla 5**), donde se han incluido instrumentos híbridos dentro del patrimonio (*other equity instruments y convertible core capital securities*). Esto contrasta con el balance de situación de Santander (**tabla 6**), donde sí aparece dentro del patrimonio la financiación procedente de instrumentos convertibles en acciones ordinarias pero no la emisión de otros instrumentos como acciones preferentes, o con el de Caja Madrid (**tabla 7**), donde tampoco figura la financiación híbrida procedente de la emisión de participaciones preferentes ³⁵.

TABLA 5. Extracto del balance de situación de Aegon (traducción propia). Datos en millones de euros.

Patrimonio neto	2009	2008
Fondos propios	12.164	6.055
Instrumentos convertibles en capital	2.000	3.000
Otros instrumentos de patrimonio	4.709	4.699
Total patrimonio neto de los accionistas de Aegon N.V.	18.873	13.754
Socios externos	10	6
Total patrimonio neto	18.883	13.760

³⁵ Téngase en cuenta que los tres grupos formulan cuentas consolidadas bajo las NIC/NIIF.

TABLA 6. Extracto del balance de situación de Santander, ejercicios 2008, 2007 y 2006.
Datos en euros.

Patrimonio neto		2008	2007	2006
Fondos propios	30	65.886.582	54.477.846	41.980.802
Capital	31	3.997.030	3.127.148	3.127.148
Escriturado		3.997.030	3.127.148	3.127.148
Menos capital no exigido		–	–	–
Prima de emisión	32	28.103.802	20.370.128	20.370.128
Reservas	33	20.868.406	16.371.430	12.289.480
Reservas (pérdidas) acumuladas	33	21.158.869	15.475.993	11.491.670
Reservas (pérdidas) de entidades valoradas por el método de la participación	33	(290.463)	895.437	797.810
Otros instrumentos de capital	34	7.155.566	7.086.881	62.118
De instrumentos financieros compuestos		–	–	12.118
Resto de instrumentos de capital		7.155.566	7.086.881	50.000
Menos: valores propios	34	(421.198)	(192)	(126.801)
Resultado del ejercicio atribuido a la entidad dominante		8.876.414	9.060.258	7.595.947
Menos: dividendos y retribuciones		(2.693.438)	(1.537.807)	(1.337.218)
Ajustes por valoración		(8.299.696)	722.036	2.870.757
Activos financieros disponibles para la venta	29	79.293	1.393.202	2.225.886
Cobertura de los flujos de efectivo	29	(309.883)	(31.051)	49.252
Coberturas de inversiones netas de negocios en el extranjero	29	1.467.289	638.474	(173.503)
Diferencias de cambio	29	(9.424.871)	(1.276.749)	711.685
Activos no corrientes en venta		36.878	–	–
Entidades valoradas por el método de la participación	29	(148.402)	(1.840)	57.437
Resto de ajustes por valoración		–	–	–
Intereses minoritarios	28	2.414.606	2.358.269	2.220.743
Ajustes por valoración		(371.310)	(73.622)	62.870
Resto		2.785.916	2.431.891	2.157.873
Total patrimonio neto		60.001.492	57.558.151	47.072.302
Total pasivo y patrimonio neto		1.049.631.550	912.914.971	833.872.715

TABLA 7. *Extracto del balance de situación de Caja Madrid, ejercicios 2008 y 2007.*
Datos en miles de euros.

Patrimonio neto	2007	2008
1. Fondos propios	10.219.553	9.635.803
1.1. Fondo de dotación	27	27
1.1.1. Escriturado	27	27
1.1.2. Menos: capital no exigido	–	–
1.2. Prima de emisión	–	–
1.3. Reservas (nota 25)	9.379.046	6.774.940
1.3.1. Reservas (pérdidas) acumuladas	9.340.994	6.722.374
1.3.2. Reservas (pérdidas) de entidades valoradas por el método de la participación	38.052	52.566
1.4. Otros instrumentos de capital	–	–
1.4.1. De instrumentos financieros compuestos	–	–
1.4.2. Cuotas participativas y fondos asociados	–	–
1.4.3. Resto de instrumentos de capital	–	–
1.5. Menos: valores propios	–	–
1.6. Resultado del ejercicio atribuido a la entidad dominante	840.480	2.860.836
1.7. Menos: dividendos y retribuciones	–	–
2. Ajustes por valoración (nota 24)	(224.879)	946.830
2.1. Activos financieros disponibles para la venta	(74.942)	846.659
2.2. Coberturas de los flujos de efectivo	2.006	(2.078)
2.3. Coberturas de inversiones netas en negocios en el extranjero	–	–
2.4. Diferencias de cambio	(62.297)	(1.014)
2.5. Activos no corrientes en venta	–	100.489
2.6. Entidades valoradas por el método de la participación	(89.646)	2.774
2.7. Resto de ajustes por valoración	–	–
3. Intereses minoritarios (nota 23)	45.725	69.211
3.1. Ajustes por valoración	(718)	7.495
3.2. Resto	46.443	61.716
Total patrimonio neto	10.040.399	10.651.844

Una posible solución al problema de clasificación de los instrumentos de financiación que presentan simultáneamente características de pasivo y de patrimonio consiste en la creación de una tercera categoría. Esta nueva categoría se añadiría a las dos ya existentes para clasificar las fuentes

de financiación y sería intermedia al pasivo y al patrimonio. Vamos a denominar a esta tercera categoría *masa patrimonial híbrida*, o simplemente *categoría híbrida*.

La creación de la masa patrimonial híbrida en el balance no alteraría la realidad de la financiación societaria, dado que es un hecho constatado que los instrumentos híbridos ya existen. En cambio, esto permitiría reconocer la existencia de una variedad de fuentes de financiación con características heterogéneas. Hasta el momento, la contabilidad se ha centrado en la distinción entre pasivo y patrimonio, la cual únicamente responde a razones históricas, dado que las más de dos décadas de historia supone un corto periodo de tiempo respecto a la larga historia de la contabilidad. No obstante, en estas dos décadas se ha intentado adaptar el tratamiento contable a la existencia de instrumentos de financiación híbridos, pero sin alterar la distinción elemental entre pasivo y patrimonio. Esto ha dado lugar a una situación forzada y artificial, que es fuente de los inconvenientes que señalábamos en la primera parte. El tratamiento contable contrasta con el aplicado por otros agentes, como los reguladores financieros y las agencias de *rating*, que han modificado sus enfoques para adaptarse a la nueva realidad, en vez de tratar de encajar dicha realidad en modelos poco flexibles.

En cierto modo, la normativa contable española, a pesar de estar fuertemente basada en las Normas Internacionales, ya parece haber considerado esta posibilidad ³⁶. Esto se puede deducir de la creación de la cuenta 150 «Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros». No obstante se trata realmente de un intento muy tímido de plantear una solución sólida a este problema, ya que en cualquier caso siguen existiendo solamente dos masas patrimoniales a efectos de clasificación. Además, a efectos de presentación en el balance de situación no se prevé distinción alguna de los saldos contenidos en esa cuenta respecto al resto de pasivos.

Los dos aspectos más trascendentales que es necesario analizar respecto a la masa patrimonial híbrida son:

- ¿Qué efecto tendría sobre la realidad financiera?, ¿afectaría al comportamiento de los emisores y de los usuarios de la información contable?
- La creación de dicha masa patrimonial ¿tendría un mero efecto en la presentación de los estados financieros o afectaría también a la valoración?

2.2. Posibles efectos de la masa patrimonial híbrida en el comportamiento de los emisores y los usuarios de la información contable

La incorporación de la masa patrimonial híbrida implica, como mínimo, un cambio en el balance de situación, dado que se añadiría un nuevo concepto que actualmente se encuentra diluido dentro del patrimonio y la deuda. De este modo, la financiación clasificada en función de su naturaleza pasaría a tener tres categorías, en vez de las dos actuales.

³⁶ En el ámbito supranacional comunitario también se ha planteado dicha proposición en alguna ocasión, pero con escasa ambición. Véase al respecto, por ejemplo, el documento del EFRAG *Distinguishing Between Liabilities and Equity*.

El tratamiento contable actual incide en la utilización de capital híbrido a través de dos características ³⁷:

- La imagen que se presenta en los estados financieros afecta a la utilización de unos instrumentos de financiación u otros ³⁸. Esto lo podemos encontrar en los siguientes casos:
 - Las entidades generalmente buscan reducir el grado de endeudamiento que sus estados financieros muestran. Para ello, el tratamiento contable como patrimonio de determinadas financiaciones resulta positivo. Esto hace que algunas estructuras resulten más atractivas para entidades que presentan elevados grados de endeudamiento, y que pueden ser más sensibles a la incorporación de más deuda en su balance.
 - Desde el punto de vista de la cuenta de resultados, la clasificación de la financiación es relevante. Mientras que los importes devengados como remuneración a los tenedores de instrumentos que la entidad clasifica como pasivos financieros originan gastos, los importes devengados sobre los instrumentos de patrimonio del emisor impactan directamente en el patrimonio neto, sin afectar a la cuenta de resultados.
 - También desde el punto de vista del estado de flujos de efectivo, el efecto del tratamiento de la financiación como pasivo es distinto al tratamiento como patrimonio. Mientras que los pagos de intereses afectan a los flujos procedentes de las operaciones, los pagos de dividendos afectan a los flujos de las actividades de financiación. Esto implica que desde este punto de vista, el tratamiento como patrimonio se vea generalmente favorecido frente al tratamiento como deuda, ya que la presentación de una buena imagen de las operaciones suele ser deseable.
- El tratamiento fiscal es otro aspecto esencial que las entidades consideran a la hora de decantarse por una fórmula de financiación u otra. En la medida en que una fórmula financiera tenga un tratamiento fiscal más beneficioso que otra, aquella resultará en principio más apetecible que ésta a la vista del emisor. Sobre esto hay que tener en cuenta que en numerosas jurisdicciones, incluyendo España ³⁹, existe un elevado grado de vinculación entre el tratamiento contable de las operaciones y su impacto fiscal, como ya se puso de manifiesto anteriormente. Por ejemplo, de manera muy general se puede considerar que si la sociedad busca deducir las cantidades que se paguen sobre los instrumentos de financiación, generalmente preferirá aquellas que reciben un tratamiento contable como pasivo. Esto se deriva normalmente de la consideración como gastos de la remuneración devengada a favor de los tenedores de instrumentos clasificados como pasivos financieros por el emisor, como indicábamos antes. En cambio, si trata de beneficiar a quien proporciona la financiación, a través de la posible existencia de alguna ventaja fiscal para aquél al invertir en un cierto instrumento financiero, las financiaciones que se contabilizan como patrimonio neto resultarán generalmente más adecuadas ⁴⁰.

³⁷ Excluimos en este caso de nuestro análisis las razones para emitir híbridos que no están directamente relacionadas con la contabilidad, como es el caso del tratamiento regulatorio en el sector financiero.

³⁸ LEVI y SEGAL (2005).

³⁹ VILLACORTA (2004).

⁴⁰ LAURENT (2000).

Lo anterior refleja que el tratamiento contable puede condicionar de algún modo las fórmulas financieras que las entidades elijan. Esto supone una cierta irrupción de la contabilidad en la toma de decisiones. Y dicha influencia puede ser considerada como indeseable, ya que no es el objetivo de la contabilidad afectar a las operaciones, sino tan sólo reflejarlas. Si se incorporara una categoría de financiación híbrida en el balance, las reglas contables pasarían a ser neutrales en cuanto a la imagen de la compañía mostrada en este estado financiero: una vez que todos los instrumentos con características mixtas de pasivo y patrimonio se incluyen en el mismo bloque, se está efectivamente igualando su efecto sobre el balance de situación.

Es cierto que la mera creación de la categoría híbrida de fuentes de financiación no soluciona los potenciales efectos distorsionadores sobre el estado de flujos de efectivo o los derivados de la relación entre contabilidad y fiscalidad. Para ello es necesario tratar la valoración inicial y sucesiva que se daría a estos instrumentos con características híbridas en la contabilidad, lo cual se realiza en el apartado siguiente.

El análisis anterior nos permite dar una primera respuesta a la cuestión sobre si la creación de la categoría híbrida en la clasificación contable de la financiación afectaría al comportamiento financiero: consideramos que dicha categoría haría que la imagen que se muestre en el balance deje de ser un elemento decisivo en la elección de la fórmula de financiación, ya que todos los instrumentos que no son estrictamente pasivo o patrimonio pasarían a estar incluidos dentro de la misma categoría. Por lo tanto, bajo la premisa de que resulta indeseable que el tratamiento contable guíe la naturaleza de las operaciones de una entidad, la introducción de la categoría híbrida produciría efectos positivos.

Por último, desde la perspectiva de los usuarios de la información contable, la creación de dicha categoría implica que aquéllos puedan apreciar rápidamente la existencia de financiaciones con características especiales en cuanto a la flexibilidad en los pagos, la absorción de pérdidas o la permanencia. Sin duda esto no evita tener que profundizar en la información contable complementaria si se quiere llegar a conocer el efecto de dichas financiaciones, pero sin duda constituye un primer sistema de alerta que facilita el trabajo.

También desde la perspectiva de los usuarios de la información contable se mejora la comparabilidad entre entidades. Tanto la clasificación en bloque de un instrumento financiero dentro de la categoría de pasivo o de patrimonio, como la aplicación de la regla de bifurcación, implican potenciales discrepancias entre el tratamiento contable de instrumentos de financiación análogos entre emisores distintos. Esto es, evidentemente, un factor que juega en contra de la comparabilidad entre emisores. En la medida en que la creación de la categoría híbrida simplifica notablemente la clasificación de las fuentes de financiación, se está eliminando el problema de comparabilidad: todas las entidades recogerán sus híbridos en dicha categoría y, por lo tanto, no habrá diferencias al respecto entre entidades.

En conclusión, consideramos que la creación de la categoría híbrida en el balance constituye una mejora en la información contable, puesto que reduce los incentivos de los emisores a clasificar un instrumento en una categoría que podría no ser la adecuada. Además, en la medida en que también se mejora la comparabilidad de la información y se proporciona un formato en el que el usuario de la información contable puede detectar rápidamente la existencia de financiaciones atípicas, se está efectivamente simplificando y mejorando la calidad de la información contable.

2.3. Tratamiento valorativo de los instrumentos híbridos

La posibilidad de crear una categoría híbrida en la clasificación de las fuentes de financiación plantea la duda sobre si dicha categoría debe existir meramente a efectos de presentación o si debe tener un método de valoración propio. Anteriormente hemos visto el efecto de clasificar los instrumentos financieros en la categoría de patrimonio o en la de pasivos financieros. Esto deriva directamente de la existencia de reglas de valoración distintas sobre cada una de dichas categorías.

El criterio valorativo de los pasivos financieros es objeto de constantes debates. No obstante, esto no afecta tanto a la pregunta que aquí nos formulamos, como el hecho de que los rendimientos devengados a favor de los proveedores de financiación clasificada como pasivo dan lugar a gastos, lo cual queda fuera del debate. Como regla general se considera que el carácter obligatorio hace que los importes devengados no constituyan distribuciones directas de patrimonio, al contrario que ocurre con los importes devengados a favor de los tenedores de instrumentos de patrimonio.

Como hemos puesto de manifiesto anteriormente, uno de los problemas que ocasiona el actual tratamiento dualista de los instrumentos de financiación es que obliga a clasificar en bloque el instrumento a pesar de sus características híbridas, cuando no resulta aplicable la regla de bifurcación. Por lo tanto la creación de la categoría híbrida no constituiría una solución global a los inconvenientes del sistema actual si no se abordase también el criterio de valoración de los instrumentos que allí se incluyan.

Consideramos que la fórmula más apropiada para este tratamiento debe recoger la verdadera naturaleza híbrida de los instrumentos, y el hecho de que están integrados por componentes simultáneamente de pasivo y patrimonio. Y el modo más flexible de hacer esto es, en nuestra opinión, aplicar criterios paralelos a los que se aplican al pasivo y al patrimonio sobre cada uno de los componentes de la financiación híbrida. Esto implica que el componente de pasivo se valore sucesivamente como los pasivos financieros, esto es, por su coste amortizado. La retribución devengada sobre el componente de pasivo del instrumento, en la medida que conlleva obligatoriedad, debería ser reflejada como un gasto en la cuenta de resultados. En cambio, los importes devengados sobre el componente de patrimonio deberían originar cambios en el patrimonio neto, al igual que ocurre con los dividendos devengados por las acciones ordinarias.

La anterior propuesta daría solución al resto de cuestiones que hemos planteado en el apartado anterior:

- Por una parte, se evitaría la distorsión que la clasificación en bloque del instrumento como pasivo o patrimonio origina sobre la cuenta de resultados y el estado de flujos de efectivo. De este modo se evitan los incentivos a la contabilización dentro de una u otra categoría, ya que cada componente de la financiación híbrida producirá efectos en el estado financiero correspondiente según su naturaleza.
- Por otra, es una consecuencia inmediata a lo anterior que, en ausencia de reglas fiscales específicas, la contabilidad dejaría de ser un factor influyente en el tratamiento fiscal. Si el componente de pasivo origina un gasto y el de patrimonio una distribución del propio patrimonio,

será la legislación fiscal únicamente la que determine el tratamiento fiscal acorde de dicho instrumento. Por lo tanto, la separación formal daría lugar a una ruptura de la influencia que la contabilidad ejerce sobre la fiscalidad en ausencia de reglas fiscales más concretas.

Se puede considerar que el tratamiento valorativo propuesto está basado en la regla de bifurcación, dado que implica un régimen distinto para el componente de pasivo y para el de patrimonio. No obstante, el tratamiento valorativo propuesto también conlleva ciertas ventajas sobre aquella. En la primera parte de este trabajo se puso de manifiesto que la regla de bifurcación es inconsistente con el modo en el que las entidades gestionan su financiación, así como que dicha regla era fuente de arbitrariedades que podían mermar la credibilidad de los datos contables, la comparabilidad y dificultar el análisis. Consideramos que los problemas anteriores se verían superados, ya que al no dividir el instrumento híbrido en dos partes totalmente separadas, el tratamiento contable del instrumento estaría alineado con la perspectiva del emisor, esto es, el instrumento es una unidad y la gestión del componente de pasivo se realiza conjuntamente con la del de patrimonio. Además, al no aplicarse la regla de bifurcación se reduce sustancialmente el número de hipótesis que deben ser asumidas para la valoración del instrumento, reduciendo por tanto la arbitrariedad y consecuente incertidumbre valorativa. De este modo, consideramos que también se está ayudando a mejorar la comparabilidad y facilitar el análisis.

En resumen, junto a la creación de la categoría híbrida en el balance, consideramos adecuado establecer un régimen de valoración específico para dichas categorías. Este régimen debería ser paralelo al ya existente en los instrumentos de patrimonio y los pasivos financieros. De esta manera se lograría simultáneamente reflejar el espectro de instrumentos de financiación de manera sencilla y consistentemente con la valoración de los instrumentos de financiación más elementales, esto es, la deuda estrictamente y las acciones ordinarias.

Bibliografía

- AECA [2008]: *Calificación contable de instrumentos financieros: distinción pasivo-patrimonio neto*.
- CEBS [2006]: *Analysis of the capital instruments recently created by the industry*.
- CUERVO, Á. y RIVERO, P. [1986]: *El análisis económico-financiero de la empresa*.
- DURÁN HERRERA, J.J. [1992]: *Curso básico de economía de la empresa*.
- EFRAG [2007]: *Distinguishing Between Liabilities and Equity. Preliminary Views on the Classification of Liabilities and Equity and Under International Financial Reporting Standards*.
- ENGEL, E; ERICKSON, M. y MAYDEW, E. [1999]: *Debt-Equity Hybrid Securities*.
- FERNÁNDEZ, P. [2007]: *120 errores en valoraciones de empresas*.
- [2008]: *Métodos de valoración de empresas*.
- GARCÍA LACALLE, J.J. y MONEVA ABAD, J.M. [2009]: *Alternativas de contabilización de las acciones sin voto*.

- GÓMEZ APARICIO, P. y MIRANDA GARCÍA, M. [2006]: *La caracterización financiera y contable del capital social a la luz de los principios cooperativos*.
- GORDON, M.J. [1989]: *Corporate Finance Under the MM Theorems*.
- GUZMÁN RAJA, I. [1999]: *Acciones rescatables o la controversia en la estructura financiera de las sociedades anónimas*.
- LAURENT, S. [2000]: *Capital Structure Decision: The Use of Preference Shares and Convertible Debt in the UK*.
- LEVI, S. y SEGAL, B. [2005]: *The Impact of Debt-Equity Reporting Classifications on Firms Decision to Issue Hybrid Securities*.
- MODIGLIANI, F. y MILLER, M. [1963]: *Corporate Income Taxes and the Cost of Capital: A Correction*.
- MOODY'S [1999]: *Moody's Tool Kit: A framework for Assessing Hybrid Securities*.
- [2003]: *Hybrid Securities Analysis*.
 - [2005]: *Refinements to Moody's Tool Kit: Evolutionary, Not Revolutionary!*
- PRICEWATERHOUSECOOPERS [2008]: *The IFRS Manual of Accounting*.
- PULIDO ÁLVAREZ, A. [2003]: *Los fondos propios. ¿Un concepto sujeto a revisión?*
- SAHARA, S. y DAWS-CHEW, A. [2007]: *Hybrid Capital Securities: A Definitive Guide for Issuers and Investors*.
- SEBASTIÁN, F y ROMANO, J. *Contabilidad de instrumentos financieros y combinaciones de negocios*.
- VILLACORTA HERNÁNDEZ, M.Á. [2004]: *Relación entre derecho contable y derecho fiscal*.

Base normativa

IASB: Normas Internacionales de Contabilidad 1 y 32.

FASB: Codificación de las FAS.

España: Real Decreto Legislativo 1564/1989. Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

España: Real Decreto 1514/2007. Plan General de Contabilidad.

Bank of International Settlements [1988]: «Basel Committee: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards».

- [1996]: Bank of International Settlements «Amendment to the Capital Accord to Incorporate Market Risks».
- [1996]: «Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework».

Directiva 2002/83/CE sobre el Seguro de Vida.

Directiva 2009/138/CE sobre el Seguro de Vida, el Acceso a la Actividad del Seguro y de Reaseguro y su Ejercicio (Solvencia II).

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

ÁNGEL MONTES CARRILLO

Profesor del CEF

BOICAC núm. 77, marzo 2009. Consulta 5. Indemnizaciones por siniestros en inmovilizado.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de la indemnización recibida de una entidad aseguradora a causa de un siniestro en el inmovilizado.

Respuesta:

La consulta versa sobre la vigencia en el nuevo marco contable, del criterio incluido en la norma de valoración 23.^a de la quinta parte de las Normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Sociedades Anónimas Deportivas (también recogida en las Normas de adaptación al Sector Vitivinícola, y extendida por analogía a cualesquiera otros sectores de actividad en la Consulta n.º 3 publicada en el Boletín del ICAC n.º 45). En particular, de acuerdo con estas normas, si el siniestro afectaba a un bien o derecho del inmovilizado, la indemnización acordada o estimada de la entidad aseguradora minoraba la pérdida extraordinaria producida, sin que procediese, por tanto, el registro en la cuenta de pérdidas y ganancias de gasto ni de ingreso alguno en el supuesto de que la compensación recibida fuese equivalente a la citada pérdida.

El Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC 2007), aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, no regula de forma expresa el criterio que debe aplicarse a las indemnizaciones a recibir por una entidad aseguradora. No obstante, del análisis conjunto de la norma de registro y valoración 2.^a «Inmovilizado material» (NRV 2.^a) y de la norma de registro y valoración 15.^a «Provisiones y contingencias» pueden extraerse las siguientes conclusiones.

En relación con la baja de estos bienes, la NRV 2.^a señala que: «Los elementos del inmovilizado material se darán de baja en el momento de su enajenación o disposición por otra vía o cuando no se espere obtener beneficios o rendimientos económicos futuros de los mismos.

La diferencia entre el importe que, en su caso, se obtenga de un elemento del inmovilizado material, neto de los costes de venta, y su valor contable, determinará el beneficio o la pérdida surgida al dar de baja dicho elemento, que se imputará a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que ésta se produce (...)

Por tanto, si el siniestro impide que los bienes puedan ser utilizados y en consecuencia no se espera obtener beneficios económicos en el futuro, la empresa deberá dar de baja el activo siniestrado junto a su amortización acumulada a través del reconocimiento de un gasto en la cuenta 678. «Gastos excepcionales», que lucirá con signo negativo en la partida 11 a). «Deterioros y pérdidas», de la cuenta de pérdidas y ganancias, salvo que el importe resultase significativo en cuyo caso será de aplicación el criterio incluido en la norma de elaboración de las cuentas anuales 7.º «Cuenta de pérdidas y ganancias», que requiere crear una partida con la denominación «Otros resultados», formando parte del resultado de explotación.

Respecto a las compensaciones a recibir de terceros la NRV 15.^a, en su apartado 2, señala que «la compensación a recibir de un tercero en el momento de liquidar la obligación no supondrá una minoración del importe de la deuda, sin perjuicio del reconocimiento en el activo de la empresa del correspondiente derecho de cobro, siempre que no existan dudas de que dicho reembolso será percibido».

Aplicando por analogía este criterio al supuesto planteado por el consultante, cabe concluir que cuando un activo se encuentre asegurado y la compensación a recibir sea prácticamente cierta o segura, es decir, la empresa se encuentre en una situación muy próxima a la que goza el titular de un derecho de cobro, habrá que registrar contablemente la indemnización a percibir en el mismo momento en que se registre la baja del activo, circunstancia que motivará el reconocimiento del correspondiente ingreso de acuerdo con los criterios incluidos en el Marco Conceptual de la contabilidad. Hasta que no desaparezca la incertidumbre asociada a la indemnización que finalmente se acuerde, la empresa sólo podrá contabilizar un ingreso por el importe de la pérdida incurrida, salvo que el importe mínimo asegurado fuera superior, en cuyo caso el ingreso se registrará por este último valor, siempre y cuando la entidad aseguradora hubiera aceptado el siniestro.

A tal efecto, podrá utilizarse la cuenta 778. «Ingresos excepcionales» que lucirá en la partida 11 b) «Resultados por enajenaciones y otras», de la cuenta de pérdidas y ganancias, sin perjuicio de considerar igualmente aplicable, si la cuantía resulta significativa, el criterio incluido en la citada norma de elaboración de las cuentas anuales 7.º «Cuenta de pérdidas y ganancias».

En definitiva, los criterios expuestos son contrarios, y por tanto queda derogado el criterio de presentación en la cuenta de pérdidas y ganancias de la operación sobre la que versa la consulta, contenido de la norma establecida al respecto en las citadas adaptaciones del PGC.

EJEMPLO:

El 1 de julio de 20X8 la entidad «AMC» sufrió un incendio en una de sus naves afectando a los siguientes bienes que han resultado totalmente inservibles:

- Maquinaria adquirida el 1 de julio de 20X4 por un importe de 800.000 euros con una vida útil de 10 años.
- Elementos de transporte externo adquiridos el 1 de julio de 20X5 por un importe de 90.000 euros. Los citados elementos de transporte se venían amortizando por el sistema de dígitos estimándose su vida útil en cinco años.

Asimismo la nave industrial, que se adquirió el 1 de julio de 20X2 por un importe de 1.000.000 de euros y que se amortiza mediante la aplicación de un coeficiente del 5 por 100 anual, ha resultado inservible en un 20 por 100 (a efectos de solución consideramos irrelevante el valor del suelo).

La empresa tiene contratado un seguro que cubre estos siniestros y una vez comunicado lo ocurrido y aceptado el siniestro por la entidad aseguradora se conoce que la misma:

- a) Cubrirá las pérdidas ocasionadas en la maquinaria y la nave.
- b) Por los elementos de transporte cubrirá un 40 por 100 de su precio de adquisición.

Se pide:

Registrar lo que proceda en relación con el siniestro.

Solución:

Por el siniestro y de conformidad con lo dispuesto en la NRV 2.^a y en la consulta 5 del BOICAC 77 procederemos a dar de baja los elementos siniestrados y a registrar la pérdida definitiva de la nave, registrando con carácter previo la amortización de los mismos hasta la fecha en la que tiene lugar el siniestro.

1. Por la maquinaria:

Amortización hasta 1 de julio de 20X7:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (800.000/10 × 6/12)	40.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		40.000

Después del anterior registro, la amortización acumulada de la máquina asciende a 320.000 (800.000/10 × 4).

.../...

.../...

Baja de la maquinaria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	320.000	
678	Gastos excepcionales	480.000	
213	Maquinaria		800.000

2. Por los elementos de transporte.

Amortización hasta 1 de julio de 20X7:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (90.000/15 × 3 × 6/12)	9.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		9.000

Después del anterior registro la amortización acumulada de los elementos de transporte asciende a 72.000 [90.000/15 × (5 + 4 + 3)].

Baja de los elementos de transporte:

Código	Cuenta	Debe	Haber
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	72.000	
678	Gastos excepcionales	18.000	
218	Elementos de transporte		90.000

3. Por la nave industrial.

Amortización hasta 1 de julio de 20X7:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (1.000.000 × 5% × 6/12)	25.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		25.000

Después del anterior registro la amortización acumulada de la nave industrial asciende a 300.000 euros (1.000.000 × 5% × 6), y el valor contable de la misma es de 700.000 euros.

Pérdida del 20 por 100 de la nave industrial:

Código	Cuenta	Debe	Haber
678	Gastos excepcionales	140.000	
211	Construcciones		140.000

.../...

.../...

Se podría haber dado de baja proporcionalmente el valor de adquisición de la nave y su amortización acumulada mediante la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	60.000	
678	Gastos excepcionales	140.000	
211	Construcciones		200.000

Por las indemnizaciones a percibir de la entidad aseguradora, la consulta 5 del BOICAC 77 dispone que:

- Por aplicación de lo dispuesto en la NRV 15.^a, en su apartado 2, no minorarán el gasto registrado por el siniestro.
- Si el activo se encuentra asegurado y la compensación es prácticamente cierta o segura se registrará la indemnización a percibir en el mismo momento en que se registre la baja del activo utilizando a tal fin la cuenta «Ingresos excepcionales» (778). En este caso, en tanto que la indemnización no fuera cierta, la empresa sólo podrá contabilizar un ingreso por la pérdida registrada salvo que el importe mínimo asegurado fuera superior y la entidad aseguradora hubiera aceptado el siniestro.
- Si existiera incertidumbre por lo que se refiere a la percepción de la compensación no se registraría ningún ingreso, en tanto que resultara probable la percepción de la misma.

Por lo que se refiere al supuesto, y dado que las compensaciones a percibir de la entidad aseguradora son ciertas o seguras procederán las siguientes anotaciones:

1. Compensación a percibir por el siniestro en la maquinaria.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	480.000	
778	Ingresos excepcionales		480.000

2. Compensación a percibir por el siniestro en los elementos de transporte.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	36.000	
778	Ingresos excepcionales		36.000

En este caso el ingreso a registrar es mayor que la pérdida registrada por la baja de los elementos de transporte.

.../...

.../...

3. Compensación a percibir por el siniestro en la nave industrial.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	140.000	
778	Ingresos excepcionales		140.000

Si las cantidades a percibir de la entidad aseguradora estuvieran pendientes de cobro utilizaríamos la cuenta «Créditos a corto plazo» (542).

BOICAC núm. 81, marzo 2010. Consulta 1. Instrumentos financieros, NRV 9.^a. Préstamo con tipo de interés subvencionado por un ente público.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de la concesión de un préstamo a tipo de interés cero o a un tipo de interés inferior al de mercado, en virtud de una ayuda o subvención otorgada por una entidad pública.

Respuesta:

Cuando la empresa reciba un préstamo a tipo de interés cero o a un tipo inferior al de mercado registrará la financiación recibida como un pasivo financiero aplicando el apartado 3.1 de la norma de registro y valoración (NRV) 9.^a «Instrumentos financieros» del Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC) aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, o, en su caso, el apartado 2.1 de la NRV 9.^a del Plan General de Contabilidad de PYMES (en adelante, PGC-PYMES) aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

De acuerdo con lo anterior, el pasivo financiero se valorará en el momento inicial por su valor razonable ajustado por los costes de transacción, pudiendo registrarse estos costes directamente en la cuenta de pérdidas y ganancias si la empresa aplica el PGC-PYMES. Posteriormente, registrará el pasivo financiero a coste amortizado aplicando el método del tipo de interés efectivo. Por tanto, el valor por el que deben registrarse inicialmente los préstamos de conformidad con las normas del PGC es su valor razonable que, en este caso particular, no coincidirá con el importe recibido.

Para calcular el valor razonable de estos préstamos que no devengan intereses o que devengan intereses inferiores a los de mercado, debemos acudir a una técnica de valoración como, por ejemplo, el valor actual de todos los flujos de efectivo futuros descontados (técnica prevista para calcular el valor razonable en el punto 6.º 2 del Marco Conceptual del PGC).

El tipo de interés a utilizar para determinar el valor razonable de la deuda será el tipo de interés de mercado, es decir, el tipo incremental de financiación de la empresa prestataria, tal y como se deduce de la respuesta a la consulta número 3 publicada en el Boletín de este Instituto (BOICAC) n.º 15, de diciembre de 1993, que, al tratar el registro de un préstamo concedido a un tipo de interés inferior al de mercado, propone la utilización del tipo de interés correspondiente a préstamos de características similares:

«Sin embargo, ante las condiciones especiales en que se pueden encontrar determinados préstamos, en los que se identifica claramente una subvención de tipo de interés, la contabilización del gasto por intereses devengados en cada ejercicio se deberá cuantificar a través de un tipo de interés de mercado correspondiente a préstamos de características similares (...)).».

Adicionalmente y atendiendo al fondo económico de la operación, al tratarse de préstamos concedidos a tipo de interés cero o a tipo inferior al de mercado, se pondrá de manifiesto una subvención de tipo de interés, por diferencia entre el importe recibido y el valor razonable de la deuda determinado de acuerdo con lo dispuesto en los párrafos anteriores (valor actual de los pagos a realizar descontados al tipo de interés de mercado).

Dicha subvención se reconocerá inicialmente como un ingreso de patrimonio que, en principio, se imputará a la cuenta de pérdidas y ganancias de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1.3 de la NRV 18.^a «Subvenciones, donaciones y legados» recibidos del PGC o PGC-PYMES, de acuerdo con un criterio financiero.

Por último, de conformidad con la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 7.^a, apartado 4 del PGC o 6.^a 4 del PGC-PYMES, dicha subvención deberá lucir en el margen financiero, con carácter general, minorando el gasto subvencionado, si bien, cuando el ingreso derivado de la misma sea significativo, deberá mostrarse en una partida separada que se cree al efecto dentro del citado margen.

No obstante, si el objeto de la concesión de las subvenciones es la realización de actividades específicas, como por ejemplo, actuaciones de investigación y desarrollo, ésta será la finalidad que deberá considerarse a la hora de aplicar los criterios incluidos en la NRV 18.^a 1 del PGC o PGC-PYMES. Es decir, el criterio de transferencia de la subvención a la cuenta de pérdidas y ganancias se vinculará a la finalidad otorgada, que si es la realización de las citadas actuaciones, la consecuencia será transferir el ingreso al resultado del ejercicio a medida que se incurran, amorticen o den de baja los gastos de investigación y desarrollo.

EJEMPLO:

La sociedad «LA ROJA» va a realizar la renovación de sus ordenadores adquiriendo a principios de abril de 2010 15 portátiles cuyo precio de adquisición es de 800 euros por ordenador y su vida útil cuatro años. El importe total de la compra ha sido financiado con un préstamo del ICO a tipo de interés cero obtenido a través de CCM a devolver por partes iguales en cuatro años. La CCM cobra una comisión inicial de 200 euros.

Se pide:

Contabilizar las operaciones del año 2010 teniendo en cuenta que el tipo de interés al que la sociedad «LA ROJA» podría obtener financiación en el mercado sería del 4 por 100.

.../...

.../...

Solución:

De acuerdo con la respuesta a la consulta 1 del BOICAC 81 de marzo de 2010, la sociedad «LA ROJA» contabilizará el préstamo recibido aplicando el apartado 3.1 de la NRV 9.^a «Instrumentos financieros» del PGC o, en su caso, el apartado 2.1 de la NRV 9.^a del PGC-PYMES, es decir, por su valor razonable ajustado por los costes de transacción que le sean atribuibles, pudiendo imputar éstos directamente a la cuenta de pérdidas y ganancias si la sociedad aplica el PGC-PYMES.

Por la diferencia entre el importe recibido y el valor razonable de la deuda se pone de manifiesto una subvención de tipos de interés.

Para el cálculo del valor razonable deberá utilizarse una técnica de valoración que puede ser el descuento de flujos de efectivo futuros, técnica ya prevista en el punto 6.º 2 del Marco Conceptual del PGC.

$$\text{Pago anual a realizar} = \frac{12.000}{4} = 3.000$$

El préstamo que podría obtener la sociedad en condiciones normales de mercado realizando un pago anual de 3.000 euros (valor razonable) sería $= 3.000 \times a_{4-0,04} = 10.889,69$ euros.

$$\text{El importe de la subvención será} = 12.000 - 10.889,69 = 1.110,31$$

1. La sociedad utiliza el PGC.

Teniendo en cuenta los gastos iniciales de 200 euros, el importe por el que se reflejará el préstamo será $10.889,69 - 200 = 10.689,69$.

El tipo de interés efectivo resultante de la operación será: $10.689,69 = 3.000 \times a_{4-i} \rightarrow i = 4,7910\%$.

Años	Coste amortizado	Intereses 4,7910%	Principal	Pago
1	10.689,69	512,15	2.487,85	3.000,00
2	8.201,84	392,95	2.607,05	3.000,00
3	5.594,79	268,05	2.731,95	3.000,00
4	2.862,84	137,16	2.862,84	3.000,00

Por la adquisición de los ordenadores:

Código	Cuenta	Debe	Haber
217	Equipos para procesos de información	12.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		12.000

.../...

.../...

Por la obtención del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	11.800	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		8.201,84
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		2.487,85
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		1.110,31

Por el efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	333,09	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (1.110,31 × 30%)		333,09

31 de diciembre de 2010. Periodificación de intereses:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (512,15 × 9/12)	384,11	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		384,11

Amortización de los ordenadores:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (12.000/4 × 9/12)	2.250	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		2.250

Por la transferencia de la subvención:

El préstamo obtenido ha sido destinado a la adquisición de unos equipos informáticos por lo que la transferencia de la subvención se realizará en función de la amortización de los ordenadores.

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (1.110,31/4 × 9/12)	208,18	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio		208,18

Por el efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (208,19 × 30%)	62,45	
8301	Impuesto diferido		62,45

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	1.110,31	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		208,18
8301	Impuesto diferido		270,64
130	Subvenciones oficiales de capital		631,49

Si el objeto de la subvención no hubiera sido la adquisición de los ordenadores o la realización de otras actividades específicas, la imputación de la subvención se debería realizar con el mismo criterio de devengo de los intereses y debería lucir en la cuenta de pérdidas y ganancias minorando el gasto subvencionado y si su importe es significativo deberá crearse una partida específica dentro del margen financiero.

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	326,69	
76	Imputación de subvenciones, donaciones y legados de carácter financiero		326,69

2. La sociedad utiliza el PGC-PYMES.

Si la sociedad utiliza el PGC-PYMES podría optar por imputar los costes de transacción a la cuenta de pérdidas y ganancias en el momento inicial. En este caso el cuadro del préstamo sería:

Años	Coste amortizado	Intereses 4%	Principal	Pago
1	10.889,69	435,59	2.564,41	3.000,00
2	8.325,28	333,01	2.666,99	3.000,00
3	5.658,29	226,33	2.773,67	3.000,00
4	2.884,62	115,38	2.884,62	3.000,00

Por la adquisición de los ordenadores:

Código	Cuenta	Debe	Haber
217	Equipos para procesos de información	12.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		12.000

Por la obtención del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	11.800	
669	Otros gastos financieros	200	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		8.325,28
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		2.561,41
130	Subvenciones oficiales de capital		1.110,31

.../...

.../...

Por el efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	333,09	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (1.110,31 × 30%)		333,09

31 de diciembre de 2010. Periodificación de intereses:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (435,59 × 9/12)	326,69	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		326,69

Amortización de los ordenadores:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (12.000/4 × 9/12)	2.250	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		2.250

Por la transferencia de la subvención. El préstamo obtenido ha sido destinado a la adquisición de unos equipos informáticos por lo que la transferencia de la subvención se realizará en función de la amortización de los ordenadores.

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital (1.110,31/4 × 9/12)	208,18	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio		208,18

Por el efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (208,19 × 30%)	62,45	
130	Subvenciones oficiales de capital		62,45

SEGUNDO EJERCICIO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE TÉCNICOS DE HACIENDA

SECOND EXAM OF THE SELECTIVE EXAMINATION FOR THE ADMISSION TO THE MANAGEMENT BODY OF THE EMPLOYEE OF THE TREASURY

SOTERO AMADOR FERNÁNDEZ

Profesor del CEF

[Segundo ejercicio del proceso selectivo para el ingreso por el sistema de promoción interna en el Cuerpo Técnico de Hacienda por Resolución de 2 de julio de 2009 (BOE del 11)].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad financiera y de sociedades.** Compras, reparto del resultado, acciones propias y accionistas morosos.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Permuta comercial, inmovilizado material en curso, activación de gastos financieros, activos no corrientes disponibles para la venta.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Liquidación del Impuesto sobre Sociedades en dos ejercicios consecutivos, anotaciones contables, incidencia de las operaciones en el balance, cuenta de pérdidas y ganancias y estado de gastos e ingresos reconocidos.
- Caso 4. Matemática financiera.** Crédito a otra empresa, tipo de interés efectivo, elaboración del cuadro de amortización y anotaciones contables.
- Caso 5. Contabilidad financiera.** Asientos contables de diversas operaciones, regularización, cierre, cuenta de pérdidas y ganancias y balance de situación.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

COMPRAS, REPARTO DEL RESULTADO, ACCIONES PROPIAS Y ACCIONISTAS MOROSOS

ENUNCIADO

La sociedad anónima «CRUZDEFERRO» presenta el siguiente balance al cierre del ejercicio 20X7:

Activo	Euros	Patrimonio neto y pasivo	Euros
Activo no corriente	874.500	Capital social	1.300.000
Investigación	14.500	Socios por desembolsos no exigidos	-256.000
Fondo de comercio	50.000	Reserva legal	190.000
Inmovilizado material	810.000	Reserva estatutaria	3.000
Activo corriente	989.000	Reserva por fondo de comercio	35.000
		Acciones propias en situaciones especiales	-5.000
		Resultados negativos ejercicio 20X6	-7.000
		Resultado del ejercicio 20X7	120.000
		Patrimonio neto	1.380.000
		Pasivo corriente	483.500
Total	1.863.500	Total	1.863.500

Información referente al capital de la sociedad:

El capital está dividido en las siguientes clases de acciones:

	Nominal (€)	Acciones emitidas
Clase A (ordinarias)	100	600
Clase B (ordinarias)	500	1.000
Clase C (ordinarias)	100	1.000
Clase D (ordinarias)	1.000	640

En el ejercicio anterior, la empresa adquirió 10 acciones de la serie B que se espera vender a corto plazo.

El desembolso pendiente corresponde a las acciones de la clase D.

Operaciones realizadas durante el año 20X8:

El día 3 de enero, compra mercaderías a pagar en tres meses. Precio de compra: 200.000 euros (IVA 16%).

El día 28 de febrero «CRUZDEFERRO» acuerda con el proveedor el pago anticipado de la deuda con un descuento por pronto pago de 2.000 euros. El pago se realiza por transferencia bancaria en esa misma fecha.

Con fecha 1 de abril, se ha celebrado la junta general de accionistas. En ella se aprobaron las cuentas anuales del año anterior y la siguiente distribución del beneficio:

- 1.º Destinar a reserva legal el mínimo exigido por la Ley de Sociedades Anónimas.
- 2.º Compensar la totalidad de las pérdidas.
- 3.º Destinar 12.000 euros a reserva estatutaria.
- 4.º Repartir un dividendo del 5 por 100 de rentabilidad a todas las acciones.
- 5.º Destinar el resto del beneficio a reservas voluntarias.

El 20 de abril, se abonan los dividendos acordados en la junta.

El 1 de julio, se exige a los accionistas el desembolso del dividendo pasivo pendiente.

El 25 de julio de 20X8, se cobra el desembolso exigido a los titulares de las acciones excepto el poseedor de 140 títulos que no hace efectiva la cantidad solicitada por dichos títulos.

El día 30 de julio, la sociedad paga 500 euros por los gastos ocasionados al reclamar el desembolso por la vía judicial.

El día 14 de agosto, el accionista manifiesta su negativa a liquidar su deuda y la sociedad emite unos duplicados que se ponen a la venta. Los gastos originados ascienden a 900 euros, que se abonan al contado.

El día 2 de septiembre, se venden 100 títulos al 90 por 100 del nominal. El resto de títulos se quedan sin vender.

El día 10 de septiembre, «CRUZDEFERRO» liquida con el accionista las cantidades que le corresponden según la ley.

El día 1 de noviembre, compra mercancía por 350.000 euros (IVA 16%) con pago aplazado a tres meses. En la factura se detalla un recargo por intereses de 600 euros.

A 31 de diciembre, la empresa realiza un test de deterioro para el fondo de comercio. El estudio realizado asigna a este activo un valor de 52.000 euros. El valor inicial del fondo fue 70.000 euros y el año anterior se realizó una corrección valorativa por 20.000 euros.

En esa misma fecha, comienza a amortizar la investigación. Para ello, ha fijado como vida útil del intangible el tiempo máximo permitido por la norma de valoración y considera que su depreciación en ese tiempo es lineal.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Anotaciones contables correspondientes a las operaciones descritas para el ejercicio 20X8.
2. ¿Qué dividendo cobran las acciones de clase A?

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1**1. ANOTACIONES CONTABLES DE LAS OPERACIONES DESCRITAS PARA EL EJERCICIO 20X8**

3 de enero de 20X8.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías	200.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	32.000	
400	Proveedores		232.000

28 de febrero de 20X8.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
400	Proveedores	232.000	
606	Descuentos sobre compras por pronto pago		2.000
472	Hacienda Pública, IVA soportado		320
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		229.680

1 de abril de 20X8.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	120.000	
112	Reserva legal (1)		12.000
1143	Reserva por fondo de comercio (2)		2.500
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores		7.000
1141	Reservas estatutarias		12.000
.../...			

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
526	Dividendo activo a pagar (4)		52.200
113	Reservas voluntarias (3)		34.300

(1) La dotación a la reserva legal está descrita en el artículo 274 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC):

«1. En todo caso, una cifra igual al 10 por 100 del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el 20 por 100 del capital social.

2. La reserva legal, mientras no supere el límite indicado, sólo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin.»

$$20\% \text{ Capital social} = 20\% 1.300.000 = 260.000$$

$$\text{Reserva legal anterior} = 190.000$$

$$\text{Dotación del ejercicio} = 120.000 = 12.000$$

(2) El artículo 273.4 «Aplicación del resultado» de la LSC indica:

«En cualquier caso, deberá dotarse una **reserva indisponible equivalente al fondo de comercio** que aparezca en el activo del balance, destinándose a tal efecto una cifra del beneficio que represente, al menos, un 5 por 100 del importe del citado fondo de comercio. Si no existiera beneficio, o éste fuera insuficiente, se emplearán reservas de libre disposición.»

En nuestro caso:

$$\text{Reserva por fondo de comercio} = 5\% 50.000 = 2.500$$

(3) El artículo 273.3 «Aplicación del resultado» de la LSC indica que:

«Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de **investigación y desarrollo** que figuren en el activo del balance.»

Dada la existencia de gastos de investigación, es válido el pago de los dividendos siempre y cuando se doten al menos 14.500 euros de reservas voluntarias.

Investigación	14.500	Reservas disponible	0
---------------	--------	---------------------	---

Al existir un déficit de 14.500 euros hay que dotar reservas voluntarias por esa cuantía como mínimo.

(4) La estructura del capital social es la siguiente:

Conceptos	Importe
Capital social	1.300.000
Nominal de la autocartera (10 acciones serie B × 500)	-5.000
Socios por desembolsos no exigidos, capital social	-256.000
Total	1.039.000

El enunciado señala que la rentabilidad de todas las acciones es del 5 por 100, por lo que a efectos de solución se incluyen las acciones propias en el reconocimiento de los dividendos, aunque hay que señalar que el dividendo de estas acciones se reparte entre las acciones en circulación, por lo que las que cobran tendrán una rentabilidad superior al 5 por 100.

$$5\% (1.300.000 - 256.000) = 52.200$$

20 de abril de 20X8.

Por el pago de los dividendos:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	52.200	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		52.200

1 de julio de 20X8.

Por la solicitud del dividendo pasivo pendiente:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
5580	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias	256.000	
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social (640 × 1.000 × 40%)		256.000

25 de julio de 20X8.

Por el cobro del dividendo pasivo pendiente y el reconocimiento de las acciones en mora:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (500 × 1.000 × 40%)	200.000	
			.../...

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
5581	Socios por desembolsos exigidos, accionistas morosos ($140 \times 1.000 \times 40\%$)	56.000	
5580	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias		256.000

30 de julio de 20X8.

Por el pago de los gastos ocasionados en la reclamación al accionista moroso:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
5581	Socios por desembolsos exigidos, accionistas morosos	500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		500

14 de agosto de 20X8.

Por la emisión de los duplicados y el pago de los gastos de su emisión:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
–	Duplicados de acciones (140×1.000)	140.000	
5581	Socios por desembolsos exigidos, accionistas morosos	900	
–	Acciones anuladas		140.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		900

2 de septiembre de 20X8.

Por la venta de 100 duplicados de acciones por cuenta y riesgo del accionista moroso:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros ($100 \times 1.000 \times 90\%$)	90.000	
5581	Socios por desembolsos exigidos, accionistas morosos ($100 \times 1.000 \times 10\%$)	10.000	
–	Duplicados de acciones (100×1.000)		100.000

Por la reducción de los 40 duplicados no vendidos, ya que, aunque el enunciado no señala nada al respecto, el artículo 84 «Reintegración de la sociedad» señala:

«1. Cuando el accionista se halle en mora, la sociedad podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso,

con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad, o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso.

2. Cuando haya de procederse a la venta de las acciones, la enajenación se verificará por medio de un miembro del mercado secundario oficial en el que estuvieran admitidas a negociación, o por medio de fedatario público en otro caso, y llevará consigo, si procede, la sustitución del título original por un duplicado.

Si la venta no pudiese efectuarse, la acción será amortizada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya desembolsadas.»

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social (40×1.000)	40.000	
–	Duplicados de acciones (40×1.000)		40.000

10 de septiembre de 20X8.

Por la liquidación del moroso:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
–	Acciones anuladas (140×1.000)	140.000	
5581	Socios por desembolsos exigidos, accionistas morosos		67.400
778	Ingresos excepcionales ($40 \times 1.000 \times 60\%$)		24.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		48.600

El desglose de la liquidación es el siguiente:

• Pagado ($100 \times 1.000 \times 60\%$)	60.000
• Pérdida venta duplicados	–10.000
• Gastos de emisión y venta duplicados	–1.400
• TOTAL	48.600

1 de noviembre de 20X8.

Por la compra de mercaderías:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías	350.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	56.000	
400	Proveedores		406.000

En la factura están desglosados los intereses, por lo que el pasivo financiero originado –proveedores– se valora posteriormente a coste amortizado, por lo que a 31 de diciembre se han de imputar los intereses devengados.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	400	
400	Proveedores ($600 \times 2/3$)		400

Con respecto al fondo de comercio no procede asiento contable ya que su valor inicial fue de 70.000 euros y el año anterior tuvo un deterioro de 20.000 euros, por lo que su valor contable es de 50.000 euros. A este respecto, el Plan General de Contabilidad (PGC) señala:

«Las correcciones valorativas por deterioro reconocidas en el fondo de comercio no serán objeto de reversión en los ejercicios posteriores.»

El periodo máximo de amortización indicado en el PGC para la amortización de los gastos de investigación y desarrollo es de cinco años.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible	2.900	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible ($14.500/5$)		2.900

2. ¿QUÉ DIVIDENDO LES CORRESPONDE A LAS ACCIONES DE LA SERIE A?

Según se ha calculado en el apartado anterior, el dividendo total a repartir es de 52.200 euros, del que corresponde a las acciones propias:

$$10 \times 500 \times 5\% = 250$$

La LSC en su artículo 148 a) «Régimen de las acciones propias y de las participaciones o acciones de la sociedad dominante» señala:

«Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante, se aplicarán las siguientes normas:

a) Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante.

Los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.»

Por tanto, el dividendo de las acciones propias se repartirá entre las acciones en circulación acrecentando la cuota que inicialmente les corresponde. Para calcular este importe en primer lugar se calcula el capital social desembolsado.

Serie	Número de acciones	Nominal	% Desembolsado	Total desembolsado
A	600	100	100%	60.000
B	990	500	100%	495.000
C	1.000	100	100%	100.000
D	640	1.000	60%	384.000
Capital social desembolsado				1.039.000

La cuota suplementaria por 1 euro de capital social desembolsado por el dividendo de las acciones propias será el importe del dividendo de éstas en el capital social desembolsado.

$$250/1.039.000 = 0,00024062$$

El dividendo total que cobrarán las acciones en circulación será la rentabilidad del 5 por 100 más el suplemento que les corresponde por la existencia de acciones propias.

Serie	Capital social desembolsado	Rentabilidad 5%	Suplemento por las acciones propias	Total serie	Dividendo unitario
A	60.000	3.000	14,44	3.014,44	5,0240616
B	495.000	24.750	119,10	24.869,10	25,120308
C	100.000	5.000	24,06	5.024,06	5,0240616
D	384.000	19.200	92,40	19.292,40	30,1443696
				52.200,00	

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

PERMUTA COMERCIAL, INMOVILIZADO MATERIAL EN CURSO, ACTIVACIÓN DE GASTOS FINANCIEROS, ACTIVOS NO CORRIENTES DISPONIBLES PARA LA VENTA

ENUNCIADO

La empresa «LASAGRA», dedicada a la producción y venta de ladrillos en la provincia de Toledo, es propietaria de un edificio en la ciudad. Con fecha 1 de enero de 20X1, ha conseguido un acuerdo con la empresa «PERES» para efectuar una permuta comercial por un local en Lisboa con el que piensa ampliar su negocio. Los datos sobre los elementos permutados son los siguientes:

Edificio de Toledo: solar: coste de adquisición: 100.000 euros; edificio: coste de adquisición: 150.000 euros. Amortización hasta la fecha: 50.000 euros. Valores de tasación a la fecha de la permuta: solar: 400.000 euros; construcción: 80.000 euros.

Local de Lisboa: coste de adquisición: solar 100.000 euros; construcción: 100.000 euros. Amortización hasta la fecha: 50.000 euros. Vida útil pendiente: 25 años. Valor de tasación a la fecha de la permuta: solar: 300.000 euros; construcción 100.000 euros.

El 15 de enero de 20X1, se cierra la operación en la que «PERES» entrega 80.000 euros por transferencia bancaria.

El 1 de marzo inicia una rehabilitación del local necesaria para la puesta en marcha de su sucursal por valor de 120.000 euros que abona al contado. Costes del año 1: para la financiación de la obra el banco ha concedido un préstamo a pagar el 1 de febrero de 20X3 con un interés del 4 por 100 anual pagadero en el vencimiento. Los gastos de apertura ascienden a 1.500 euros.

A 31 de diciembre de 20X1, la reforma no ha finalizado y se estima un plazo de seis meses para su acabado. Aplicado un criterio financiero, se valora los gastos devengados hasta el 31 de diciembre en 5.200 euros.

A 1 de julio de 20X2, finaliza la reforma con un coste adicional de 30.000 euros que abona al contado. Los gastos financieros devengados en el primer semestre ascienden a 2.713 euros.

El 10 de julio de 20X2, decide poner a la venta el local y para ello inicia negociaciones con una empresa inmobiliaria con la que espera cerrar el acuerdo para su venta el 1 de enero de 20X3. A estos efectos, se realiza una nueva tasación de la construcción que determina un valor de 220.000 euros.

A 31 de diciembre de 20X2, los gastos financieros del segundo semestre derivados del préstamo ascienden a 2.713 euros.

TRABAJO A REALIZAR:

Anotaciones contables derivadas de las operaciones realizadas en los años 20X1 y 20X2.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

ANOTACIONES CONTABLES DERIVADAS DE LAS OPERACIONES REALIZADAS EN LOS AÑOS 20X1 Y 20X2

1 de enero de 20X1.

Los datos de los locales permutados son los siguientes:

Local entregado por «LASAGRA»:

Conceptos	Importe
Solar	100.000
Construcciones	150.000
Amortización acumulada del inmovilizado material	-50.000
Tasación del solar	400.000
Tasación de la construcción	80.000
Valor razonable conjunto	480.000

Local recibido:

Conceptos	Importe
Tasación del solar	300.000
Tasación de la construcción	100.000
Valor razonable conjunto	400.000

La diferencia entre ambos valores razonables se compensa en metálico, según señala el enunciado, por lo que la sociedad «LASAGRA» recibirá 80.000 euros en la operación.

Desde el punto de vista contable, se trata de una permuta comercial, ya que la configuración de los flujos de efectivo serán diferentes al tratarse de bienes permutados en localidades diferentes.

El PGC señala al respecto:

«A efectos de este PGC, se entiende que un elemento del inmovilizado material se adquiere por permuta cuando se recibe a cambio de la **entrega de activos no monetarios o de una combinación de éstos con activos monetarios**.

En las operaciones de permuta de carácter comercial, el inmovilizado material recibido se valorará por el valor razonable del activo entregado más, en su caso, las contrapartidas monetarias que se hubieran entregado a cambio, salvo que se tenga una evidencia más clara del valor razonable del activo recibido y con el límite de este último.

Las diferencias de valoración que pudieran surgir al dar de baja el elemento entregado a cambio se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Se considerará que una permuta tiene carácter comercial si:

- a) La configuración (riesgo, calendario e importe) de los flujos de efectivo del inmovilizado recibido difiere de la configuración de los flujos de efectivo del activo entregado; o

b) El valor actual de los flujos de efectivo después de impuestos de las actividades de la empresa afectadas por la permuta se ve modificado como consecuencia de la operación.

Además, es necesario que cualquiera de las diferencias surgidas por las anteriores causas, a) o b), resulte significativa al compararla con el valor razonable de los activos intercambiados.»

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	300.000	
231	Construcciones en curso	100.000	
543	Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado	80.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	50.000	
210	Terrenos y bienes naturales		100.000
211	Construcciones		150.000
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material		280.000

15 de marzo de 20X1.

Por la liquidación del crédito originado en la operación anterior:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	80.000	
543	Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado		80.000

1 de marzo de 20X1.

Por la obtención del préstamo destinado a la rehabilitación del local, entendiéndose que el importe solicitado debe cubrir las necesidades financieras, por lo que el valor nominal de préstamo debe ser de 121.500 euros ya que tiene que cubrir también los gastos de apertura:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	120.000	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito (121.500 – 1.500)		120.000

Por el pago de las obras de rehabilitación del local:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	120.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		120.000

31 de diciembre de 20X1.

Por los intereses devengados por el préstamo, que se incluyen como mayor valor del mismo ya que se trata de intereses implícitos:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	5.200	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		5.200

Según las estimaciones realizadas por la empresa, el periodo de rehabilitación del local superará el año (10 meses del ejercicio actual y 6 del próximo), por lo que, según establece la norma de registro y valoración 2.^a del PGC, los intereses devengados por las deudas específicas en la adquisición de inmovilizado material deben capitalizarse de forma obligatoria.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	5.200	
733	Trabajos realizados para el inmovilizado material en curso		5.200

1 de julio de 20X2.

Por el pago del coste adicional de la rehabilitación:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	30.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		30.000

Por los intereses devengados por el préstamo desde el 1 de enero:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	2.713	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		2.713

Por la capitalización de los intereses:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	2.713	
733	Trabajos realizados para el inmovilizado material en curso		2.713

Por la redominación de la cuenta «Construcciones en curso» una vez finalizada la rehabilitación:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	257.913	
231	Construcciones en curso (100.000 + 120.000 + 5.200 + 30.000 + 2.713)		257.913

10 de julio de 20X2.

En esta fecha decide poner el local a la venta, lo que significa que debe ser calificado como un activo no corriente mantenido para la venta. La norma de registro y valoración 7.^a del PGC señala al respecto lo siguiente:

«La empresa clasificará un activo no corriente como mantenido para la venta si su valor contable se recuperará fundamentalmente a través de su venta, en lugar de por su uso continuado, y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) El activo ha de estar disponible en sus condiciones actuales para su venta inmediata, sujeto a los términos usuales y habituales para su venta; y
- b) Su venta ha de ser altamente probable porque concurren las siguientes circunstancias:
 - b1) La empresa debe encontrarse comprometida por un plan para vender el activo y haber iniciado un programa para encontrar comprador y completar el plan.
 - b2) La venta del activo debe negociarse activamente a un precio adecuado en relación con su valor razonable actual.
 - b3) Se espera completar la venta dentro del año siguiente a la fecha de clasificación del activo como mantenido para la venta, salvo que, por hechos o circunstancias fuera del control de la empresa, el plazo de venta se tenga que alargar y exista evidencia suficiente de que la empresa siga comprometida con el plan de disposición del activo.
 - b4) Las acciones para completar el plan indiquen que es improbable que haya cambios significativos en el mismo o que vaya a ser retirado.

Los activos no corrientes mantenidos para la venta se valorarán en el momento de su clasificación en esta categoría por el menor de los dos importes siguientes: su valor contable y su valor razonable menos los gastos de venta.

Para la determinación del valor contable en el momento de la reclasificación, se determinará el deterioro del valor en ese momento y se registrará, si procede, una corrección valorativa por deterioro de ese activo.»

Prescindiendo de la amortización de los 10 días de julio, el valor por el que entra la cuenta «Inmovilizado» (580) es el menor de:

- Valor contable (300.000 + 257.913) 557.913
- Valor razonable menos costes de venta (300.000 + 220.000) 520.000

Dado que el valor razonable menos los costes de venta es menor que el valor contable, procede dotar el deterioro por la diferencia (37.913):

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
691	Pérdidas por deterioro del inmovilizado material	37.913	
599	Deterioro de valor de activos no corrientes mantenidos para la venta		37.913

Por la reclasificación a activo no corriente mantenido para la venta:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
580	Inmovilizado	520.000	
599	Deterioro de valor de activos no corrientes mantenidos para la venta	37.913	
210	Terrenos y bienes naturales		300.000
211	Construcciones		257.913

31 de diciembre de 20X2.

Por los gastos financieros devengados y la reclasificación del préstamo:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	2.713	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		2.713

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito (120.000 + 5.200 + 2.713)	127.913	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		127.913

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN DOS EJERCICIOS CONSECUTIVOS, ANOTACIONES CONTABLES, INCIDENCIA DE LAS OPERACIONES EN EL BALANCE, CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS Y ESTADO DE GASTOS E INGRESOS RECONOCIDOS

ENUNCIADO

A 31 de diciembre de los años 20X4 y 20X5, se dispone de la siguiente información contable sobre la empresa «PARAÍSO»:

	Año 20X4 (€)	Año 20X5 (€)
Beneficio antes de impuestos	100.000	45.000
Retenciones y pagos a cuenta	5.000	2.800

Adicionalmente, se sabe que la empresa ha adquirido un inmovilizado a principios del año 20X4 por 1.800 euros que le permite fiscalmente una amortización acelerada en el primer año. La empresa amortiza fiscalmente el bien en su totalidad en el año 20X4. Contablemente lo amortiza en tres años.

TRABAJO A REALIZAR:

- a) Anotaciones contables derivadas del impuesto sobre beneficios en los años 20X4 y 20X5 teniendo en cuenta que el tipo impositivo es del 30 por 100 en cada año.
- b) Presentar a 31 de diciembre de cada año la información que se deriva de esta operación en los siguientes estados contables:
 - b.1) Estados de pérdidas y ganancias.
 - b.2) Estados de ingresos y gastos reconocidos.
 - b.3) Balance al cierre de ejercicio.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

NOTA PREVIA: A efectos de solución, se resuelven de forma simultánea los apartados a) y b).

Liquidación del Impuesto sobre Sociedades año 20X4.

Beneficio antes de impuestos	100.000
+/- Ajuste	
Amortización acelerada (1)	-1.200
Base imponible	98.800
Tipo de gravamen	30%
Cuota íntegra	29.640
Deducciones y bonificaciones	0
Cuota líquida	29.640
Retenciones y pagos a cuenta	-5.000
Cuota diferencial	24.640

(1) El cuadro de ajustes derivado de la aplicación de la amortización acelerada es el siguiente:

Años	Amortización contable	Amortización fiscal	Ajuste en la base del Impuesto sobre Sociedades	Pasivos por diferencias temporarias imponibles
20X4	600	1.800	-1.200	360 H
20X5	600	0	600	180 D
20X6	600	0	600	180 D
	1.800	1.800		

Por el gasto devengado por impuesto corriente:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	29.640	
4752	Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades		24.640
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		5.000

Por la amortización acelerada:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	360	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		360

Por la regularización de las cuentas 6300 y 6301:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	30.000	
6300	Impuesto corriente		29.640
6301	Impuesto diferido		360

La información que se deriva de estos asientos en los diferentes estados financieros solicitados es:

Pérdidas y ganancias.

Conceptos	Importe
Beneficio antes de impuestos	100.000
Menos impuesto sobre beneficios	-30.000
Resultado del ejercicio	70.000

Estado de gastos e ingresos reconocidos.

A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias	70.000
B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto (I + II + III + IV + V)	0
C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias (VI)	0
TOTAL GASTOS E INGRESOS RECONOCIDOS (A + B + C)	70.000

Balance de situación.

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
ACTIVO NO CORRIENTE		PATRIMONIO NETO	
Maquinaria (1.800 – 600)	1.200	Resultado del ejercicio	70.000
ACTIVO CORRIENTE		PASIVO NO CORRIENTE	
		Pasivos por diferencias temporarias imponibles	360
		PASIVO CORRIENTE	
		Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades	24.640

Liquidación del Impuesto sobre Sociedades año 20X5.

Beneficio antes de impuestos	45.000
+/- Ajuste	
Amortización acelerada	600
Base imponible	45.600
Tipo de gravamen	30%
Cuota íntegra	13.680
Deducciones y bonificaciones	0
Cuota líquida	13.680
Retenciones y pagos a cuenta	-2.800
Cuota diferencial	10.880

Los asientos derivados de la liquidación anterior son los siguientes:

Por el impuesto corriente del ejercicio:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	13.680	
4752	Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades		10.880
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		2.800

Por la amortización acelerada:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	180	
6301	Impuesto diferido		180

Por la regularización de las cuentas 6300 y 6301:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	180	
129	Resultado del ejercicio	13.500	
6300	Impuesto corriente		13.680

La información que se deriva de estos asientos en los diferentes estados financieros solicitados es:

Pérdidas y ganancias.

Conceptos	Importe
Beneficio antes de impuestos	45.000
Menos impuesto sobre beneficios	-13.500
Resultado del ejercicio	31.500

Estado de gastos e ingresos reconocidos.

A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias	31.500
B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto (I + II + III + IV + V)	0
C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias (VI)	0
TOTAL GASTOS E INGRESOS RECONOCIDOS (A + B + C)	31.500

Balance de situación.

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
ACTIVO NO CORRIENTE		PATRIMONIO NETO	
Maquinaria (1.800 – 600 – 600)	600	Resultado del ejercicio	31.500
ACTIVO CORRIENTE		PASIVO NO CORRIENTE	
		Pasivos por diferencias temporarias imponibles	180
		PASIVO CORRIENTE	
		Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades	10.880

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

CRÉDITO A OTRA EMPRESA, TIPO DE INTERÉS EFECTIVO, ELABORACIÓN DEL CUADRO DE AMORTIZACIÓN Y ANOTACIONES CONTABLES

ENUNCIADO

El 1 de enero del año 20X4, la empresa «RABANAL» concede un crédito a otra empresa ajena al grupo con la finalidad de mantenerlo hasta el vencimiento en las siguientes condiciones:

- Nominal: 400.000 euros con un descuento de emisión del 2 por 100 y prima de reembolso del 3 por 100.
- Vencimiento: 31 de diciembre de 20X8.
- Gastos de la operación: 3.000 euros pagados por banco.
- Tipo de interés nominal: 4 por 100 que se cobrará anualmente al 31 de diciembre.

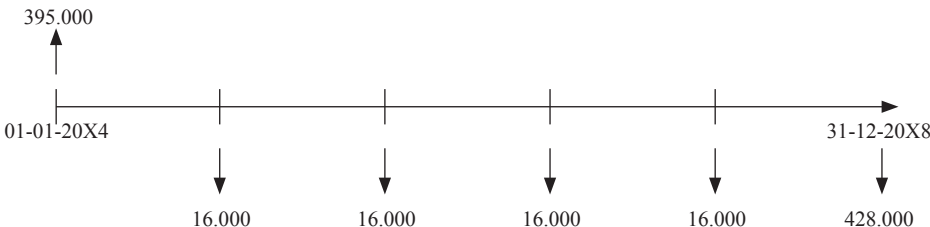
Todos los cobros y pagos se efectúan en las fechas previstas en el contrato.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Plantear la ecuación para calcular el tipo de interés efectivo (TIE) de la operación. No es necesaria la resolución.
2. Elaborar un cuadro financiero del préstamo que incluya: flujos de caja, interés real devengado y deuda acumulada para cada fecha de cierre. El opositor deberá tomar como dato de referencia un TIE de 4,09 por 100.
3. Asientos a realizar en los ejercicios 20X4 y 20X8. Tipo de retención 18 por 100.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

1. PLANTEAR LA ECUACIÓN PARA CALCULAR EL TIPO DE INTERÉS EFECTIVO DE LA OPERACIÓN NORMATIVA APLICADA



$$395.000 = \frac{16.000}{1+i} + \frac{16.000}{(1+i)^2} + \frac{16.000}{(1+i)^3} + \frac{16.000}{(1+i)^4} + \frac{428.000}{(1+i)^5}$$

Interés efectivo de la operación = 4,8321282%

2. ELABORAR EL CUADRO FINANCIERO DEL PRÉSTAMO QUE INCLUYE: FLUJOS DE CAJA, INTERÉS REAL DEVENGADO Y DEUDA ACUMULADA PARA FECHA DE CIERRE. EL OPOSITOR DEBERÁ TOMAR COMO REFERENCIA UN TIE DE 4,09%

El tipo de interés efectivo según la operación planteada es del 4,8321282 por 100 y no el 4,09 por 100 que facilita el enunciado. El cuadro según el primer tipo es:

Años	Capital vivo inicio periodo	Intereses	Amortización	Cobro	Coste amortizado
1	395.000,00	19.086,91	-3.086,91	16.000,00	398.086,91
2	398.086,91	19.236,07	-3.236,07	16.000,00	401.322,98
3	401.322,98	19.392,44	-3.392,44	16.000,00	404.715,42
4	404.715,42	19.556,37	-3.556,37	16.000,00	408.271,78
5	408.271,78	19.728,22	408.271,78	428.000,00	0,00

Si el cuadro se realiza con el tipo de interés del 4,09 por 100 sería el siguiente, en el que se puede observar que el coste amortizado del préstamo al final de la vida de la operación no es cero.

Años	Capital vivo inicio periodo	Intereses	Amortización	Cobro	Coste amortizado
1	395.000,00	16.155,50	-155,50	16.000,00	395.155,50
2	395.155,50	16.161,86	-161,86	16.000,00	395.317,36
3	395.317,36	16.168,48	-168,48	16.000,00	395.485,84
4	395.485,84	16.175,37	-175,37	16.000,00	395.661,21
5	395.661,21	16.182,54	411.817,46	428.000,00	-16.156,25

3. ASIENTO A REALIZAR EN LOS EJERCICIOS 20X4 Y 20X8. TIPO DE RETENCIÓN 18 POR 100

Año 20X4

1 de enero de 20X4.

Por la concesión del crédito:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
252	Créditos a largo plazo	395.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		395.000

31 de diciembre de 20X4.

Por los intereses devengados y el cobro de los mismos:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (16.000 × 82%)	13.120,00	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (16.000 × 18%)	2.880,00	
252	Créditos a largo plazo	3.086,91	
762	Ingresos de créditos		19.086,91

Año 20X8

El saldo de la cuenta «Créditos a corto plazo» (542), es decir, su coste amortizado a 1 de enero de este año (véase cuadro anterior), asciende a 408.271,78 euros.

31 de diciembre de 20X8.

Por el vencimiento de la operación:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (16.000 × 82% + 400.000 × 1,03)	425.120,00	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (16.000 × 18%)	2.880,00	
762	Ingresos de créditos		19.728,22
542	Créditos a corto plazo		408.271,78

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

ASIENTOS CONTABLES DE DIVERSAS OPERACIONES, REGULARIZACIÓN, CIERRE, CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS Y BALANCE DE SITUACIÓN

ENUNCIADO

La empresa «MASORBE» se dedica a la fabricación y venta de muebles de diseño. A 30 de octubre de X2 presenta la siguiente relación de saldos:

Saldos deudores	Euros	Saldos acreedores	Euros
Maquinaria	23.000	Capital social	123.000
Elementos de transporte	54.000	Reservas	20.000
Construcciones	200.000	Proveedores de inmovilizado a largo plazo	42.066
Materias primas	9.500	Efectos a pagar	22.000
Productos terminados	20.000	Seguridad Social acreedora	14.000
Bancos	165.000	Hacienda Pública, acreedora	18.000
Sueldos y salarios	80.000	Deudas por efectos descontados	7.500
Seguridad Social a cargo empresa	24.000	Anticipo de clientes	10.000
Suministros	25.000	Proveedores	35.000
Publicidad y propaganda	40.000	Venta de productos terminados	350.000
<i>Rappels</i> por ventas	25.000	Devoluciones sobre compras	2.000
Clientes	70.000	Amortiz. acumulada inmov. material	140.000
Compras de MP	60.000	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	11.934
Total	795.500	Total	795.500

Información complementaria sobre operaciones relacionadas de enero a octubre del año 20X2:

- El 1 de enero contrató el alquiler de un automóvil con opción a compra en las siguientes condiciones: precio de compra: 54.000 euros; valor residual: 4.500 euros; forma de pago: 4 cuotas anuales: 14.850 euros con vencimiento el 31 de diciembre de cada año; última cuota: 2.256,31 euros; tipo de interés efectivo: 5,4 por 100; vida útil: 5 años. Depreciación lineal.
- El 1 de octubre contrató un pedido con «GUADASA» para la fabricación y venta de mesas y sillas. Tras las conversaciones, se llegó al siguiente acuerdo: precio de venta cerrado: 40.000 euros; forma de pago: 25 por 100 de anticipo a la firma del contrato; 75 por 100 a la entrega del pedido (1 de marzo de 20X3) con un recargo por intereses de 150 euros incluido en la factura.

El presupuesto de fabricación es el siguiente:

Materias primas	13.000 euros
Mano de obra directa	5.000 euros
Gastos indirectos de fabricación	3.000 euros
Gastos financieros por préstamos solicitados	300 euros

Operaciones relacionadas durante noviembre y diciembre del año 20X2:

- El 1 de noviembre vende un lote de mesas por 20.000 euros, que es abonado de la siguiente forma:

	Capital (€)	Intereses (€)	Total (€)
Entrada	2.000		2.000
30-12-20X2	12.000	120	12.120
30-12-20X3	6.000	840	6.840

«MASORBE» considera que el interés no es contractual.

- El 1 de diciembre adquiere 130 metros de materia prima. Precio de compra: 100 euros/metro se paga al contado.
- El 3 de diciembre se firma un contrato con la empresa «JADRASA» para realizar un estudio consistente en el diseño interiorista en unos edificios. «MASORBE» ha presupuestado el coste del proyecto en 60.000 euros y ha cerrado el precio del estudio en 90.000 euros. Forma de pago: 20 por 100 a la firma del contrato y el resto el 2 de marzo de 20X4 con un interés simple del 5 por 100 anual incluido en el contrato. El estudio se inicia el 4 de diciembre del 20X2 y se entregará el 2 de junio de 20X3.
- El 5 de diciembre se abona la factura de luz que asciende a 12.000 euros.
- El 10 de diciembre vende la fábrica instalada en Sevilla. El valor razonable fijado para el edificio ha sido de 280.000 euros con cobro contado. El edificio estaba valorado en 200.000 euros con una amortización acumulada de 80.000 euros. La operación ha supuesto unos costes por desmantelamiento de 30.000 euros. El tipo impositivo es 30 por 100.
- El 22 de diciembre paga la nómina a los trabajadores por transferencia bancaria correspondiente a dicho mes: sueldo bruto: 30.000 euros; Seguridad Social cuota patronal: 9.000 euros; Seguridad Social cuota empleado: 1.200 euros; IRPF: 12.000 euros. También se abonan 150 euros por ayudas para comidas y transporte.
- El 31 de diciembre paga la cuota correspondiente a la operación de *leasing*.

Ajustes para la regularización a 31 de diciembre:

1. Existencias iniciales de materias primas: 100 metros $\times$ 95 euros/metro; compras de octubre: 60 metros; existencias finales: 30 metros. La empresa valora sus inventarios a coste medio ponderado.
2. El pedido de «GUADASA» se encuentra al 25 por 100 de fabricación, habiendo ocasionado los siguientes costes: materias prima: 120 metros; mano de obra: 3.000 euros; gastos indirectos: 2.000 euros; intereses de préstamos: 100 euros. Se estima que el pedido se podrá entregar en fecha pero los costes pendientes para terminarlo ascenderán a 38.000 euros.
3. Respecto al estudio encargado por «JADRASA», se encuentra al 10 por 100 grado de realización.
4. Existencias de productos terminados: cero.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Anotaciones contables derivadas de las operaciones en el año 20X2.
2. Regularización en el año 20X2.
3. Presentación de la cuenta de pérdidas y ganancias a 31 de diciembre de 20X2.
4. Presentación del balance a 31 de diciembre de 20X2.

(El opositor hará abstracción de las consideraciones fiscales que puedan tener las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 5

1. ANOTACIONES CONTABLES DERIVADAS DE LAS OPERACIONES EN EL AÑO 20X2

1 de noviembre de 20X2.

Estamos ante una venta en la que el plazo de cobro excede del año –al menos en parte–, por lo que el instrumento financiero que se origina se registra a coste amortizado, según se establece en la norma de registro y valoración 9.^a del PGC. Por la venta:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Clientes	18.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	2.000	
701	Ventas de productos terminados		20.000

30 de diciembre de 20X2.

Por el cobro del primer plazo:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	12.120	
430	Clientes		12.000
762	Ingresos de créditos		120

El importe de 120 euros corresponde a los intereses devengados por la totalidad de la operación desde el 1 de noviembre al 30 de diciembre.

1 de diciembre de 20X2.

Por la compra de las materias primas:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
601	Compras de materias primas (130 m × 100 €/m)	13.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		13.000

3 de diciembre de 20X2.

Se trata de un contrato de prestación de servicios que se ha de valorar a efecto contable según el grado de avance. En el momento inicial, se recibe un 20 por 100 del importe acordado que anota como un anticipo de clientes.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (90.000 × 20%)	18.000	
438	Anticipos de clientes		18.000

El resto de las anotaciones relativas a este punto se realizan en el proceso de cierre (31 de diciembre).

5 de diciembre de 20X2.

Por el pago de la luz:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
628	Suministros	12.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		12.000

10 de diciembre de 20X2.

Por la venta de la fábrica, teniendo en cuenta que no existe provisión por desmantelamiento previamente dotada:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (280.000 – 30.000)	250.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	80.000	
211	Construcciones		200.000
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material		130.000

22 de diciembre de 20X2.

Por la nómina del mes diciembre:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios	30.000	
642	Seguridad Social a cargo de la empresa	9.000	
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores (9.000 + 1.200)		10.200
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas		12.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		16.800

Por las ayudas para comidas y transporte:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
649	Otros gastos sociales	150	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		150

31 de diciembre de 20X2.

El cuadro financiero de la operación es el siguiente:

Años	Capital vivo	Intereses (TIE = 5,4%)	Pago	Amortización	Capital pendiente
1	54.000,00	2.916,00	14.850,00	11.934,00	42.066,00
2	42.066,00	2.271,56	14.850,00	12.578,44	29.487,56
3	29.487,56	1.592,33	14.850,00	13.257,67	16.229,89
4	16.229,89	876,41	14.850,00	13.973,59	2.256,31
5	2.256,31	121,84	2.256,31		0,00

Por el pago de la primera cuota del contrato de *leasing*:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	11.934	
662	Intereses de deudas	2.916	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		14.850

Por la redenominación correcta de las cuentas utilizadas:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
173	Proveedores de inmovilizado a largo plazo	42.066	
174	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo		42.066

Por la reclasificación a corto plazo de la siguiente cuota:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
174	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo	12.579	
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		12.579

Por la amortización del vehículo correspondiente al ejercicio:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	9.900	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material (54.000 – 4.500)/5		9.900

Ajustes para la regularización a 31 de diciembre:

Materias primas.

El inventario de materias primas obtenido a partir de los datos del balance y de la compra contabilizada es el siguiente, según el precio medio ponderado:

Existencias iniciales	100	95,00	9.500,00
Compras de octubre	600	96,67	58.000,00
Compra de diciembre	130	100,00	13.000,00
Total	830	96,99	80.500,00
Consumo	800	96,99	77.590,36
Existencias finales	30	96,99	2.909,64
Total	830	96,99	80.500,00

Por las existencias iniciales:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
611	Variación de existencias de materias primas	9.500	
310	Materias primas		9.500

Por las existencias finales:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
310	Materias primas	2.910	
611	Variación de existencias de materias primas		2.910

Por el pedido de «GUADASA»:

Al tratarse de un pedido que está en proceso de fabricación, el valor del mismo a 31 de diciembre se calcula al coste de producción, registrándose la siguiente anotación contable:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
330	Productos en curso	16.639	
710	Variación de existencias de productos en curso		16.639

El coste de producción es el siguiente:

Conceptos	Importe
Consumo de materias primas ($120 \text{ m} \times 96,99$)	11.638,80
Mano de obra directa	3.000,00
Gastos indirectos de fabricación	2.000,00
Valor productos en curso	16.638,80

Además hay que calcular el posible deterioro, para ello se compara el coste de producción incurrido más costes pendientes estimados con el valor neto realizable:

Conceptos	Importe
Coste producción + costes pendientes ($16.638,80 + 38.000$)	54.638,80
Valor neto realizable	40.000,00
Deterioro	14.638,80

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
693	Pérdidas por deterioro de existencias	14.639	
393	Deterioro de valor de los productos en curso		14.639

Por los intereses devengados por aplazamiento:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Clientes	90	
762	Ingresos de créditos ($150 \times 3/5$)		90

Estudio encargado por «JADRASA»:

Se trata de una prestación de servicios que se registra según el grado de avance, por lo que en esta fecha hay que registrar unos ingresos: $90.000 \times 10\% = 9.000$ y teniendo en cuenta que el día 1 de octubre se cobró un anticipo de 10.000 euros, el asiento a 31 de diciembre es el siguiente:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
438	Anticipos de clientes	9.000	
705	Prestaciones de servicios		9.000

Productos terminados.

Por el ajuste de las existencias iniciales:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
712	Variación de existencias de productos terminados	20.000	
350	Productos terminados		20.000

2. REGULARIZACIÓN EN EL AÑO 20X2

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	372.195	
640	Sueldos y salarios (80.000 + 30.000)		110.000
642	Seguridad Social a cargo de la empresa (24.000 + 9.000)		33.000
628	Suministros (25.000 + 12.000)		37.000
627	Publicidad, propaganda y relaciones públicas		40.000
709	<i>Rappels</i> sobre ventas		25.000
601	Compras de materias primas (60.000 + 13.000)		73.000
649	Otros gastos sociales		150
662	Intereses de deudas		2.916
681	Amortización del inmovilizado material		9.900
611	Variación de existencias de materias primas (9.500 – 2.910)		6.590
693	Pérdidas por deterioro de existencias		14.639
712	Variación de existencias de productos terminados		20.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
701	Ventas de productos terminados (350.000 + 20.000)	370.000	
.../...			

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
608	Devoluciones de compras y operaciones similares	2.000	
762	Ingresos de créditos (120 + 90)	210	
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material	130.000	
710	Variación de existencias de productos en curso	16.639	
705	Prestaciones de servicios	9.000	
129	Resultado del ejercicio		527.849

Asiento de cierre.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	123.000	
11	Reservas	20.000	
174	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo	29.487	
175	Efectos a pagar a largo plazo	22.000	
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores	24.200	
475	Hacienda Pública, acreedora por conceptos fiscales	30.000	
5208	Deudas por efectos descontados	7.500	
438	Anticipos de clientes	19.000	
400	Proveedores	35.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	69.900	
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	12.579	
393	Deterioro de valor de los productos en curso	14.639	
129	Resultado del ejercicio	155.654	
213	Maquinaria		23.000
218	Elementos de transporte		54.000
310	Materias primas		2.910
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		390.320
430	Clientes		76.090
330	Productos en curso		16.639

3. PRESENTACIÓN DE LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS A 31 DE DICIEMBRE DE 20X2

A) OPERACIONES CONTINUADAS	
1. Importe neto de la cifra de negocios	354.000
a) Ventas	345.000
.../...	

.../...	
b) Prestaciones de servicios	9.000
2. Variación de existencias de productos terminados y en curso	-18.000
4. Aprovisionamiento	-77.590
b) Consumos de materias primas y otras materias consumibles	-77.590
6. Gastos de personal	-143.150
a) Sueldos, salarios y asimilados	-110.000
b) Cargas sociales	-33.150
7. Otros gastos de explotación	-77.000
a) Servicios exteriores	-77.000
8. Amortizaciones del inmovilizado	-9.900
11. Deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado	130.000
b) Resultado por enajenaciones y otras	130.000
A.1) RESULTADO DE EXPLOTACIÓN	158.360
12. Ingresos financieros	210
b) De valores negociables y otros instrumentos financieros	210
b2) En terceros	210
13. Gastos financieros	-2.916
b) Por deudas con terceros	-2.916
A.2) RESULTADO FINANCIERO	-2.706
A.3) RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS	155.654
17. Impuesto sobre beneficios	
A.4) RESULTADO PROCEDENTE DE OPERACIONES CONTINUADAS	155.654
A.5) RESULTADO DEL EJERCICIO	155.654

4. PRESENTACIÓN DEL BALANCE A 31 DE DICIEMBRE DE 20X2

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
ACTIVO NO CORRIENTE		PATRIMONIO NETO	
Inmovilizado material	7.100	Capital social	123.000
ACTIVO CORRIENTE		Reservas	20.000
Existencias	4.910	Resultado del ejercicio	155.654
Clientes	76.090	PASIVO NO CORRIENTE	
Tesorería	390.320	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo	29.487
		Efectos a pagar a largo plazo	22.000
		.../...	

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
.../...		PASIVO CORRIENTE	
		Deudas por efectos descontados	7.500
		Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	12.579
		Administraciones públicas	54.200
		Anticipos de clientes	19.000
		Proveedores	35.000
Total	478.420	Total	478.420

Recensiones Bibliográficas

La responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas en la Ley General Tributaria

Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ
Aranzadi, Navarra, 2010, 351 págs.

Me alegra poder traer de nuevo, a las páginas de esta revista, información de una obra escrita, revisada y puesta al día por Joaquín ÁLVAREZ, brillante cultivador de los estudios de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Zaragoza, quien ha hecho gala en su trayectoria investigadora de un especial cuidado y rigor en la elección y tratamiento de diferentes problemas de marcado interés teórico, pero sin ningún descuido, antes al contrario, del indudable afán práctico y proyección profesional que ha venido poniendo el autor a todas sus reflexiones sobre variados aspectos del cada vez más enmarañado mundo de la fiscalidad.

Así aconteció en un anterior libro suyo que recensionamos sobre la motivación de los actos tributarios en la nueva Ley General Tributaria (Marcial Pons, 2004, apareciendo nuestro comentario en el número 259/2004 de esta revista), cuyas dificultades de estudio saltaban a la vista si se tiene en cuenta el entramado de concepciones y regímenes jurídicos –administrativo, constitucional y tributario– sobre ese instituto garantista de los particulares frente a los actos emanados de los diversos órganos de la Administración.

Igualmente ocurrió cuando el profesor ÁLVAREZ MARTÍNEZ se aproximó al importante tema de la inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de los tributos (La Ley, 2007), abordando de forma íntegra y sistemática el conjunto de problemas –entre otros: fuentes jurídicas, caracteres y fundamento del derecho analizado, alcance y extensión del concepto constitucionalmente protegido del domicilio inviolable, títulos legitimadores de los accesos e investigaciones tanto desde la perspectiva del consentimiento del obligado como del régimen de la autorización judicial– que necesariamente suscitan las entradas y registros domiciliarios en desarrollo de las actuaciones inspectoras.

En cuanto al antecedente inmediato del libro que ahora recensionamos –y que viene dado por la aparición publicada en el año 2004 del resultado de una investigación, con la que el autor obtuvo el premio nacional de la Asociación Española de Asesores Fiscales en su XIV Edición–, el profesor FALCÓN Y TELLA, que escribió entonces el prólogo de la obra, indicaba que la misma ofrecía «una rigurosa información sobre todas las cuestiones que plantea la responsabilidad de los administradores, incluyendo las cuestiones más generales que afectan a la misma, exponiendo siempre de forma clara y exhaustiva las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales y, a partir de ellas, ofreciendo con gran brillantez las propias conclusiones del autor, en lo que sin duda constituye uno de los estudios más completos sobre la responsabilidad de los administradores».

No era de extrañar que con tales premisas, el público interesado en los estudios jurídico-tributarios dispensara una buena acogida que justifica la aparición ahora de esta segunda edición, estructurada en cinco amplios capítulos rematados de la pertinente información sobre la extensa lista de sentencias y bibliografía consideradas por el autor, que también ha consultado los diversos informes y documentos oficiales elaborados por diversos grupos de expertos y que sirvieron de base para la elaboración de las previsiones normativas vigentes en la actualidad.

El primer capítulo se titula «La responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas: configuración general en el Derecho español con especial referencia al ordenamiento tributario». En él se adopta una perspectiva general sobre el objeto tratado, examinando la evolución normativa experimentada en esta materia tanto por lo que afecta a la Ley General Tributaria de 1963 y las sucesivas reformas que tuvo dicho texto, como por lo que se refiere al ordenamiento mercantil —centrándose en la diferentes leyes sobre sociedades anónimas—, con la finalidad de destacar la influencia recíproca de ambas ramas jurídicas y comprender el origen y sentido de la regulación que, hoy en día, posee nuestro Código Tributario.

En dicho contexto, el profesor ÁLVAREZ MARTÍNEZ plantea la importancia y permanente actualidad de la derivación de responsabilidad a los administradores de sociedades, que quedaría refrendada «por el hecho de que el legislador se haya venido a ocupar del mismo en diferentes ocasiones, modificando y alterando su regulación (incluso de forma sustancial) en el seno de la LGT, lo cual no ha evitado —más bien al contrario— que sigan planteándose en torno a él múltiples problemas, tales como la delimitación de los presupuestos de la responsabilidad de los administradores y su prueba, la concreción de su extensión, los plazos para efectuar la correspondiente derivación (prescripción), su distinción con otros supuestos de responsabilidad, etc.».

Ya en el capítulo segundo, se examinan los diversos presupuestos (comunes y específicos) que determinan el nacimiento de las distintas responsabilidades de los administradores contempladas en las dos primeras letras del artículo 43.1 de la vigente Ley General Tributaria. Ambos supuestos requieren, como es obvio, que se tenga la cualidad de administrador de una persona jurídica y que haya obligaciones tributarias, infringidas, en el caso de que la responsabilidad derive de la comisión de infracciones por parte de las entidades, o pendientes de pago, si aquélla resulta del cese en las actividades de las mismas.

Al estudiar la condición de administrador, el autor considera la doble opción interpretativa que, bajo la vigencia de la LGT de 1963, distinguía entre administradores «de hecho» y «de derecho», deteniéndose más adelante en el problema de la prueba correspondiente a tal posición en ambos casos. Después de este presupuesto genérico se consideran, por separado, los presupuestos singulares y propios de cada tipo de responsabilidad.

Así, en el caso de la que resulta de la comisión de infracciones, se observan con detalle tres grupos de cuestiones: la consideración de las entidades jurídicas como sujetos infractores, la determinación de los rasgos generales que caracterizan el comportamiento de los administradores en estas situaciones y la delimitación individualizada de las diversas conductas que hacen nacer esta responsabilidad (no realización de los actos necesarios que fuesen de la incumbencia de los

administradores para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios; consentir el incumplimiento –de las obligaciones y deberes tributarios– por quienes de ellos dependan y adoptar acuerdos que hicieran posible la comisión de infracciones tributarias).

En relación a la otra clase de responsabilidad, se analiza en qué consiste el «cese de actividades» y luego se estudian las conductas de los administradores cuya concurrencia determinará que queden insatisfechas ciertas obligaciones tributarias (no hacer lo necesario para el pago de las obligaciones pendientes de la persona jurídica o adoptar acuerdos o medidas causantes del referido impago).

Precisamente, en relación a este tipo de responsabilidad prevista en el artículo 43.1 b) de la LGT, el capítulo tercero del libro que comentamos se interesa por el problema de su naturaleza jurídica, de carácter culposo, habida cuenta de las modificaciones que ha supuesto el nuevo texto legal frente a su predecesor, que evita las dudas interpretativas surgidas durante su vigencia.

En el cuarto capítulo, el autor se ocupa del examen de la extensión y contenido de las dos especies de responsabilidad de los administradores. Aquí se tienen en cuenta a las sanciones, por una parte –concepto éste que es el que mayor polémica ha levantado entre la doctrina y la jurisprudencia a la hora de determinar su inclusión o no en el ámbito de las responsabilidades exigibles a los administradores de las personas jurídicas–, y a los diversos componentes de la deuda tributaria (recargos del periodo ejecutivo, intereses de demora y recargos por declaraciones o autoliquidaciones extemporáneas), por otra, fijándose en la evolución que ha tenido la Ley General Tributaria desde su redacción originaria en 1963.

Finalmente, en el capítulo quinto, se agrupan diversas cuestiones esenciales, íntimamente relacionadas con el procedimiento de exigencia de las responsabilidades estudiadas en el libro. Por una parte se encaran problemas específicos atinentes, en exclusiva, a dichas hipótesis de responsabilidad de los administradores, como es el de la posible colisión de lo dispuesto en el artículo 43.1 a) de la LGT con el supuesto enunciado por el artículo 42.1 a) del mismo texto legal –precepto en el que se establece la responsabilidad solidaria en la deuda tributaria de las personas o entidades que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria– y asimismo se pone en relación el artículo 43.1 b) de la LGT con el enunciado que realizan los artículos 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, posibilitando la exigencia de deudas tributarias a través de los procedimientos mercantiles, aunque limitando la responsabilidad de los administradores a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, como consecuencia de la reforma introducida por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea. Esta modificación implica, como bien señala el profesor ÁLVAREZ MARTÍNEZ, que para la Administración tributaria «no parece que tenga ya sentido alguno recurrir a la vía mercantil al objeto de exigir, a los administradores de una sociedad inactiva, las obligaciones tributarias de la misma pendientes de pago, dado que a través de aquélla no podrá pretender el cobro de las que sean anteriores a la concurrencia de la mencionada causa disolutiva –a buen seguro, las de mayor monto económico–, limitándose sólo a las de fecha posterior a dicho instante, las cuales serán, por lo general, de escasa cuantía».

Por otra parte, en las últimas páginas del libro se examinan diversos problemas que, por su contenido, afectan, de modo común, a cualquier supuesto de responsabilidad previsto en el ámbito tributario, como son los referidos al trámite de audiencia, motivación, derecho de reembolso, prescripción y sucesión del responsable.

Miguel Ángel Martínez Lago

Técnicas convencionales en el ámbito tributario. perspectivas de derecho interno, comparado y comunitario

Saturnina MORENO GONZÁLEZ, Gemma PATÓN GARCÍA,
María Esther SÁNCHEZ LÓPEZ y José Alberto SANZ DÍAZ-PALACIOS
Atelier, Barcelona, 2007, 208 págs.

Presenta este libro el director de la nueva colección «Atelier Fiscal», Miguel ÁNGEL COLLADO YURRITA, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Castilla-La Mancha, la misma a la que pertenecen los autores, además de al Centro Internacional de Estudios Fiscales auspiciado en ella. En el prólogo se constata la mayor popularidad que los instrumentos convencionales han tenido en los ordenamientos anglosajones, a la vez que se informa del leitmotiv de los trabajos reunidos en esta publicación, desarrollados en el marco de proyectos de investigación financiados por aquella universidad, así como en la organización de las III Jornadas sobre las reformas fiscales en Europa, que se celebraron en Toledo en marzo de 2005 y que versaron, precisamente, sobre la temática abordada en la obra de la que damos noticia.

La primera de las contribuciones, de alcance más general que las restantes, se titula «Principio de reserva de ley y técnicas convencionales en el ámbito tributario», firmada por María Esther Sánchez López y que arranca reivindicando el empleo de los avances que se han realizado por parte de la doctrina administrativista como punto de partida de las elaboraciones teóricas de signo financiero que procede realizar y asumiendo que la reserva de ley constituye la clave de arco de las mismas.

La autora que acabamos de citar se ocupa, primero, de determinar la eficacia que tiene la voluntad de las partes a la luz del indicado principio, sin entrar en un análisis en profundidad de su significado y ámbito de aplicación. En esta aproximación comienza aludiendo a un rancio rasgo de delimitación de la actividad financiera —la instrumentalidad— y de la Administración (tributaria) que la acomete. Luego se hace referencia a la elevada tecnificación del Derecho tributario y la dificultad que tiene «de regular, por unos motivos u otros, todas las circunstancias que pueden concurrir en un supuesto concreto. Situación que provoca que el legislador tenga que acudir a la utilización de conceptos que otorgan a la Administración, a la hora de proceder a la aplicación de los tributos, un margen más o menos amplio de actuación».

A partir de las notas que han sido resaltadas en la jurisprudencia constitucional sobre el principio de reserva de ley —coactividad e inequívoca finalidad de interés público—, se circunscribe el campo idóneo para ubicar las técnicas convencionales a la determinación de los elementos cuantitativos del tributo, entendiendo que aquéllas no pueden aparecer como sustitutivas de los aspectos estructurales de éste, ya que «únicamente en ausencia de predeterminación normativa suficiente es posible, debido al margen de apreciación que de dicha indeterminación se deduce, acudir a las técnicas convencionales». Posteriormente se advierte el relevante papel que la ley tiene para concretar los supuestos que se pueden encomendar a las técnicas convencionales, así como la importancia del principio de proporcionalidad sobre la actuación de las mismas.

En la segunda parte de su trabajo, la profesora SÁNCHEZ LÓPEZ se refiere al acuerdo de voluntades como generador de relaciones jurídicas en el seno del procedimiento de gestión tribu-

taria, aludiendo específicamente a las actas con acuerdo introducidas por la nueva Ley General Tributaria. La autora rechaza que en el ámbito tributario quepan los acuerdos administrativos consensuales finalizadores del procedimiento, pero admite sin problemas que haya convenios preparatorios que condicionen el contenido del acto administrativo final, modalidad de acuerdos a la que pertenecería la citada clase de actas y que introduce, a su juicio, una cierta reinterpretación del procedimiento de aplicación de los tributos.

Así las cosas, se llega a la conclusión de que «la figura de la convención, no solamente es fruto de la evolución del sistema tributario así como del ordenamiento jurídico-público general a que pertenece, sino que su inserción en dicho sistema supone, además, una cierta reinterpretación del mismo. Nuevo entendimiento, pues, en cuya base se encuentra, a nuestro juicio, la necesidad de *equilibrar*, de una parte, las garantías del contribuyente y las nuevas vías de entendimiento entre Administración tributaria y contribuyente y, de otra, el papel de la Administración en cuanto garante, en último término, del cumplimiento de los principios materiales de justicia tributaria».

Las demás investigaciones recogidas en el libro ofrecen perspectivas comparadas (Francia e Italia) y comunitaria. Por un lado, José Alberto SANZ DÍAZ-PALACIOS estudia las «Medidas fiscales con efecto reductor de la conflictividad en Francia. La transacción». Su análisis parte del examen de la naturaleza contractual que ésta tiene asignada en el Código Civil del país vecino –art. 2044: «La transacción es un contrato por el cual las partes ponen término a una controversia que ha comenzado o evitan que comience una»–, señalando posteriormente su régimen jurídico fiscal, donde se destacan varios criterios a considerar en la apreciación de las solicitudes de transacción, condonación o moderación, con independencia de la materia concernida, como serían: 1.º Examen de las circunstancias particulares del caso; 2.º Examen de la situación personal del contribuyente, y 3.º Principios inspiradores de la fijación de las sanciones.

También comenta el autor el papel que desempeñan las comisiones departamentales de impuestos directos y de gravámenes sobre la cifra de negocio y de conciliación, finalizando con unas breves reflexiones críticas porque los principios de legalidad e igualdad tributaria pueden resultar menoscabados por el carácter discrecional de la transacción fiscal, sin perjuicio de que el sistema haya mostrado su efectividad para reducir la conflictividad y mejorar la recaudación tributaria.

Por su parte, Gemma PATÓN GARCÍA escribe sobre «La pianificazione fiscale concordata: una técnica convencional del Derecho tributario italiano». En este trabajo, primero se ofrece un marco general que la autora aprovecha para referirse a la figura del accertamento con adesione que influyó en la introducción de las actas con acuerdo por la Ley General Tributaria.

Luego se pasa revista a los caracteres generales, ámbito de aplicación y régimen sustantivo de la figura de la pianificazione fiscale concordata, cuya pretensión primordial pasa por la «determinación consensuada de la base imponible «característica» que se imputa a un determinado grupo de contribuyentes que realizan actividades empresariales y profesionales, en materia del Impuesto sobre la Renta y del Impuesto sobre Sociedades, sustentada fundamentalmente en los datos de estudios del sector, junto a otros que maneja la propia Administración tributaria». La autora concluye criticando esta técnica convencional, cuyo defecto más relevante consistiría en que

«el contribuyente está llamado a aceptar una propuesta que puede fácilmente decaer, a cambio de una expectativa de beneficios sumarios».

El último estudio que concita el libro que comentamos es de Saturnina MORENO GONZÁLEZ y se titula «Técnicas convencionales en el ámbito tributario y ayudas de estado». Al principio se advierte al lector de la carencia de estudios que atiendan a los límites que desde el Derecho comunitario se establecen al empleo de acuerdos y convenciones por las Administraciones fiscales nacionales, pese a que el despliegue por éstas de sus facultades discrecionales puede dar lugar a «ayudas de estado» incompatibles con el mercado común.

Según se encarga de reconocer la propia autora, su contribución analiza, en primer término, el entendimiento que han venido realizando las autoridades comunitarias, particularmente la Comisión, del criterio de la selectividad de facto como integrante de la noción «ayuda de estado».

Después se estudia con detalle la postura que, desde la perspectiva del régimen comunitario de control de las ayudas de estado mantienen las instituciones de la Unión Europea frente a dos tipos de técnicas convencionales: la participación de la Hacienda Pública en los convenios concursales y los acuerdos previos sobre precios de transferencia.

El trabajo termina con unas breves conclusiones en las que la autora duda de la adecuación al Derecho comunitario de las propuestas previas de tributación para operaciones de especial complejidad aprobadas en las Normas Forales Generales Tributarias de Guipúzcoa y Vizcaya, además de razonar que «la simple existencia de facultades discrecionales en la ejecución de los enunciados tributarios no basta a nuestro juicio para calificar una medida como selectiva, sino que lo determinante es analizar el modo en que la Administración ejerce esas facultades discrecionales, prestando atención a aquellos signos (como la falta de motivación o de publicidad) que permitan llegar a la conclusión de que se ha producido un trato arbitrario o discriminatorio».

Miguel Ángel Martínez Lago

Financiación local y participaciones en tributos autonómicos. Reflexiones sobre un mandato constitucional pendiente de cumplimiento

JAVIER LASARTE ÁLVAREZ y JESÚS RAMOS PRIETO
Comares, Granada, 2009, 192 págs.

La obra que recensamos esta vez proviene de un informe que la Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Madrid encargó a la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, a la que pertenecen estos profesores de Derecho Financiero y Tributario, cuyo estudio se proyecta sobre un recurso financiero local prácticamente desconocido, pese a que formalmente se encuentre previsto en la propia Constitución y en la legislación de nuestras Haciendas Locales: las participaciones en los ingresos de las Comunidades Autónomas.

El interés de la Corporación madrileña resultaba coincidente en el tiempo con las reivindicaciones que, en noviembre de 2008, dirigía la Federación Española de Municipios y Provincias al Gobierno de la Nación para que procediese a la regulación de dicha fuente de ingresos locales, subsanando el incumplimiento, por parte de las Comunidades Autónomas, de la norma constitucional en materia de financiación local, desde la perspectiva del principio de suficiencia.

El libro consta de cinco capítulos, en los que se abordan, por este orden, los temas siguientes: aspectos constitucionales, legislación estatal, fondos autonómicos de cooperación o financiación local, alternativas y propuestas, amén de una consideración final sobre las fuentes nutricias de las participaciones de los Entes Locales en ingresos de las Comunidades Autónomas.

Al comienzo se plantea el encaje de la Hacienda Local en nuestra norma fundamental, donde el artículo 142 «encierra un claro llamamiento al legislador estatal y a los legisladores autonómicos, obligados a articular un sistema de recursos que permita a los Entes Locales ejercer en condiciones financieramente adecuadas las competencias que les sean atribuidas».

Los autores comparten la caracterización dual –desempeño de una función valorativa y también de norma programática o principal– que se ha efectuado del principio de suficiencia financiera instaurado en el citado precepto constitucional y ponen de manifiesto la relatividad y subjetividad que presenta dicho concepto, resultando inviable la determinación a priori y permanente de la dotación económica adecuada para financiar competencias y servicios públicos que no se definieron en la norma *normarum* y a los que la legislación de régimen local, inspirada en el principio de subsidiariedad, se refiere con una gran flexibilidad.

Con todo, los profesores LASARTE y RAMOS entienden que sería contrario a la norma constitucional «la negativa a poner en funcionamiento fuentes de ingresos a las que la Constitución y las disposiciones reguladoras de las Haciendas locales otorguen la condición de básicas; la puesta en marcha de dichas fuentes de ingresos de forma simbólica, testimonial o secundaria, con un ámbito subjetivo y objetivo de aplicación o una cuantía poco acorde al protagonismo que deberían asumir sobre el papel; o la supresión, reducción o congelación injustificada de alguno de los mecanismos esenciales de financiación de las Haciendas locales, no acompañada de alguna medida de compensación financiera a favor de las mismas».

Tras el repaso efectuado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la autonomía y suficiencia locales, así como constatar que el bloque básico de la financiación de municipios y provincias ha de pasar por sus propios tributos y de rendimientos provenientes de la participación de dichas Haciendas en las superiores del Estado y Comunidades Autónomas, se expone la finalidad esencial que ha de tener esta fuente de ingresos transferidos —«que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas asuman su respectiva cuota de corresponsabilidad con respecto al sostenimiento financiero de las Entidades Locales, puesto que a ambos incumbe delimitar conjuntamente su ámbito de competencias y ambos monopolizan la potestad legislativa»— en el contexto de un sistema mixto de financiación tendente a la interconexión de los distintos niveles de gobierno en una Hacienda participada.

En su recorrido, los autores advierten de la atribución constitucional a las Haciendas locales de un derecho público subjetivo, o de crédito, a la participación en los tributos autonómicos, así como de la indeterminación —por el amplio margen de discrecionalidad ostentado por las Comunidades Autónomas— del objeto y forma de reparto de esta fuente de financiación, planteándose la exclusión de las tasas y contribuciones especiales de las categorías tributarias susceptibles de participación y, en relación a los impuestos, se considera si la participación puede extenderse, además de a los propios impuestos autonómicos, a los recargos y a los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado a las Haciendas autonómicas. Los profesores LASARTE y RAMOS son partidarios de «una interpretación teleológica que permita a cada Comunidad Autónoma extender, si así lo estima conveniente, la cesta de exacciones susceptibles de participación a impuestos cedidos en todo o en parte por la Hacienda estatal, como los Impuestos sobre el Patrimonio, Sucesiones y Donaciones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o los gravámenes sobre los Juegos de suerte, envite o azar», abogando porque el número de habitantes constituya el criterio básico, aunque no el único, de distribución de la participación.

Otro problema sobre el que llaman la atención afecta a la disposición libre o condicionada —que, entonces, podría implicar servidumbres o dependencias financieras— de los ingresos percibidos por los Entes Locales en concepto de participación, punto en el que se considera el poder de gasto local, la eventual financiación transferida condicionada de municipios y provincias, y se distinguen los conceptos de participación en tributos y subvención (dentro del género común más amplio de transferencias intergubernamentales), alcanzando la conclusión de que las participaciones representan mecanismos de financiación básica y no afectada de las Haciendas Locales, teniendo éstas libre disposición de los ingresos coparticipados. Por otra parte, en cuanto a la delimitación de los títulos competenciales Estado-Comunidades Autónomas sobre las finanzas locales, se plantea que «la regulación, dotación efectiva y distribución de las participaciones en los tributos de las Comunidades Autónomas corresponde exclusivamente a éstas, como parte de las competencias compartidas que han asumido con relación al régimen local».

En el capítulo segundo del libro que comentamos se toman en consideración las regulaciones contenidas en los primeros y ulteriores Estatutos de Autonomía, así como en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. También se pasa revista a las Leyes 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local y 39/1988, de 28 de diciembre (y posterior Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que ha aprobado el texto refundido en la materia), de las Haciendas Locales. Del examen de este amplio conjunto normativo se deduce que la legislación estatal ha renunciado a establecer un marco mínimo de referencia para las Comunidades Autóno-

mas, debiendo actualizarse la legislación financiera local. Los autores proponen que mediante ley orgánica se proceda a la regulación de las participaciones en tributos autonómicos, en garantía de la suficiencia financiera de las Entidades Locales y dejando a salvo la competencia de las Comunidades Autónomas para diseñar su configuración concreta.

En el capítulo tercero se emplean diversos cuadros para informar de los fondos autonómicos de cooperación con las Entidades Locales. El planteamiento que se acoge en el trabajo es el de identificar los rasgos más destacados –normativa que los regula, estructura, entidades beneficiarias, finalidad y objeto, evaluación, carácter de los ingresos y criterios de distribución– de algunos de los fondos con mayor interés en el sexenio 2003-2008, con miras a la determinación del grado de cumplimiento del requerimiento constitucional de dotar a municipios y provincias de una participación en los tributos de la Hacienda Autonómica.

Al final de la investigación aparecen expuestas las diferentes alternativas que puede revestir la participación local en tributos de las Comunidades Autónomas, según que se instrumente por medio de la cesión, total o parcial, de impuestos propios de las mismas o a través de un fondo global dotado con la recaudación de impuestos propios y/o cedidos por el Estado. Así mismo se señalan, en relación con el modo de reparto de los ingresos de las Entidades Locales que resulten de las Comunidades Autónomas, las versiones que puede presentar la participación si la misma responde a una atribución directa, conforme a criterios de localización o recaudación territorial o se materializa en una atribución indirecta, de acuerdo con criterios de nivelación, entre los que sobresaldría la variable poblacional, aunque ésta no represente en único indicador posible, pudiendo utilizarse junto a la población criterios como la superficie, dispersión geográfica, esfuerzo fiscal, renta per cápita, déficits de servicios e infraestructuras, etc.

En relación al alcance de la participación, los profesores LASARTE y RAMOS llegan a sistematizar las ventajas e inconvenientes que la misma tendría si se limita únicamente al rendimiento de los tributos autonómicos, así como las que resultarían de la intervención de las Entidades Locales en la aplicación de los tributos participados y, en su caso, en la regulación –asumiendo competencias normativas– de los mismos. Además se discurre sobre la posible vinculación de las participaciones locales en ingresos autonómicos a la que gozan las Comunidades Autónomas en los tributos del Estado y se señalan diversos problemas derivados de dicha solución, sugiriendo llevar a cabo una completa regulación de las entregas a cuenta y de la liquidación definitiva de las participaciones, determinando específicamente los plazos en que habrán de tener lugar las transferencias autonómicas a los Entes Locales, después de que las Comunidades perciban las transferencias del Estado.

En las últimas páginas del libro se resalta el ejercicio de realismo que habrá que poner para que las participaciones estudiadas se configuren normativamente y lleguen a aplicarse de manera generalizada, recomendando la asignación de distintas fuentes de ingresos a las mismas y mostrando su preferencia porque sean los impuestos parcialmente cedidos a las Comunidades Autónomas los que se utilicen para financiar las transferencias de éstas a las Haciendas Locales.

Miguel Ángel Martínez Lago