

CEF.-

Contabilidad y Tributación

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9540

Revista mensual núms. 305-306

Agosto-Septiembre 2008



- La transmisión de valores en la imposición indirecta
- Régimen tributario de la Ley 43/2007 (bienes con re-compra)
- Autonomía de la obligación de ingresar las retenciones
- Propiedad, control y resultados de los bancos españoles
- Transición al PGC 2007
- Caso práctico de contabilidad

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

Viriato, 52
28010 MADRID

Gran de Gràcia, 171
08012 BARCELONA

Alboraya, 23
46010 VALENCIA

Ponzano, 15
28010 MADRID

www.cef.es

902 88 89 90

info@cef.es

AGOSTO-SEPTIEMBRE 2008 – NÚMEROS 305-306

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel

COORDINADORES

M.^a José Leza Angulo

Javier Romano Aparicio

CONSEJO ASESOR

- Sotero Amador Fernández
(Profesor del Centro de Estudios Financieros)
- Juan Arrieta Martínez de Pisón
(Vicedecano de Postgrado de la Facultad de Derecho y Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UAM)
- Eduardo Bueno Campos
(Catedrático de Economía de la Empresa. UAM)
- Inocencio Carazo González
(Socio Director de INSEA & Abogados)
- José Luis Cea García
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. UAM)
- Manuel García-Ayuso Covarsí
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Sevilla)
- Lorenzo de las Heras Miguel
(Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)
- Luis Alberto Malvárez Pascual
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva)
- Alfonso Martínez García Monco
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alcalá)
- Juan Monterrey Mayoral
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Extremadura)
- Francisco Palacio Ruiz de Azagra
(Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Central)
- Carlos Palao Taboada
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UAM)
- José Ramón Ruiz García
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de La Coruña)
- J. Andrés Sánchez Pedroche
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Castilla-La Mancha)
- Eduardo Sanz Gadea
(Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y Hacienda)
- Enrique Villanueva García
(Profesor Titular de Economía Financiera y Contabilidad. UCM)

SUMARIO

	Página
TRIBUTACIÓN	
51/2008 La transmisión de valores en la imposición indirecta. Análisis del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores tras la reforma de la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal 3	
1.^{er} PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2008 (Carlos de Pablo Varona)	
52/2008 La problemática tributación en la contratación de bienes con oferta de restitución (Ley 43/2007) 59	
(Alejandro Blázquez Lidoy)	
53/2008 Autonomía de la obligación de ingresar las retenciones a cuenta 111	
(Miguel Wert Ortega)	
CONTABILIDAD	
54/2008 Propiedad, control y resultados de los bancos españoles 131	
1.^{er} PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2008 (Marcos Santamaría Mariscal)	
55/2008 Forma de realizar los asientos derivados de la transición al nuevo Plan General de Contabilidad de 2007 (caso práctico) 169	
(José Luis Álvarez Carriazo)	
56/2008 Supuesto propuesto en la Oposición para Técnico de Auditoría de la Cámara de Comptos de Navarra 191	
(Fernando Vallejo Torrecilla)	
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS 213	

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.

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

- REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

C/ Viriato, 52 - 28010 MADRID

Telf.: 902 88 89 90

- 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 (2008): 129,81 € (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 (2008) 187,51 € (IVA no incluido)

(Comprende los dos volúmenes indicados anteriormente y

al final de cada año se recopilan en Tomos independientes:

Legislación, Jurisprudencia y Normativa contable).

- NÚMEROS SUELTOS (Completo):

– Suscriptores 14,43 € (IVA no incluido)

– No suscriptores 19,24 € (IVA no incluido)

En la página www.cefllegal.com, encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Contabilidad y Tributación* desde el número 100. Aquellos artículos que se correspondan con su período 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.

LA TRANSMISIÓN DE VALORES EN LA IMPOSICIÓN INDIRECTA. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE MEDIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE FISCAL

CARLOS DE PABLO VARONA

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



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2008** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos PALAO TABOADA, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, doña M.^a José LEZA ANGULO, don Alfonso MARTÍNEZ GARCÍA MONCO, don FRANCISCO PALACIO RUIZ DE AZAGRA y don José Ramón RUIZ GARCÍA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

HACE ya 20 años que se incorporó a nuestro ordenamiento el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, dedicado a regular el régimen tributario de la transmisión de valores en la imposición indirecta. El referido precepto, con objeto de eliminar los obstáculos a la creación de un verdadero mercado común de capitales, declaró exentas tanto en el IVA como en el ITP y AJD las transmisiones de valores, a la vez que sujetó a gravamen, como forma de luchar contra la elusión del ITP mediante la interposición de sociedades, algunas transmisiones de valores en las que, so capa de la transmisión de los títulos, se dice estar transmitiendo en realidad los inmuebles pertenecientes a la entidad. Es el caso de las transmisiones de valores de sociedades cuyo activo está integrado fundamentalmente por bienes inmuebles, y de las transmisiones de valores recibidos por la aportación de inmuebles a sociedades. Transcurridas dos décadas de su entrada en vigor es necesario reflexionar sobre la adecuación de las medidas introducidas a la finalidad pretendida, especialmente a la vista de que también alcanzan a la transmisión de acciones de sociedades que desarrollan una contrastada actividad económica, así como sobre los problemas que su aplicación práctica plantea a raíz de la reforma realizada en el precepto por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

Palabras clave: transmisión de valores, imposición indirecta y elusión fiscal mediante la interposición de sociedades.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La exención en la imposición indirecta de la transmisión de valores.
- III. La sujeción de determinadas transmisiones de valores al ITPO. La elusión fiscal a través de la interposición de sociedades.
 1. Introducción.
 2. ¿Excepción a la exención o nuevo hecho imponible?
- IV. Las adquisiciones originarias o derivativas de valores de sociedades cuyo activo está constituido al menos en un 50% por bienes inmuebles o en cuyo activo se incluyan valores de sociedades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por bienes inmuebles.
 1. Operaciones a las que alcanza.
 2. La composición del activo de la sociedad cuyo control se adquiere o aumenta. Reglas de cómputo.
 3. La adquisición del control.
 4. La cotización de los títulos en un mercado secundario.
 5. ¿Se aplica la norma también a la transmisión de valores de entidades que desarrollan una contrastada actividad económica?
- V. La transmisión de acciones o participaciones recibidas por la aportación de bienes inmuebles a sociedades.
 1. Introducción.
 2. La enajenación «onerosa» de valores recibidos por la aportación de bienes inmuebles a sociedades.
 3. El plazo de los tres años. Problemas transitorios.
 4. Problemas de constitucionalidad.
 5. La constitución y disolución de sociedades como mecanismo para transmitir inmuebles.
- VI. Consecuencias de la realización del presupuesto de hecho de la norma.
 1. Introducción. El tipo de gravamen.
 2. La fijación de la base imponible en el porcentaje de participación del adquirente.
- VII. Epílogo.

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya casi dos décadas que se incorporó al ordenamiento interno, en el marco de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV), una de las disposiciones más controvertidas de nuestro sistema tributario, dirigida a regular la fiscalidad indirecta de la transmisión de valores.

El artículo 108 de la LMV, que se ocupó de la referida cuestión, tenía un doble objetivo. Por un lado, perseguía favorecer la transmisión de valores, respondiendo, como se indicaba, a exigencias comunitarias. Con objeto de «atender la propuesta de Directiva de la Comunidad Económica Europea (CEE) relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de valores ¹ —señalaba su preámbulo—, la exención prevista en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) ² para las operaciones sujetas al mismo se hace extensiva al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD)».

Por otro, la norma establecía, de acuerdo con lo previsto en la citada propuesta de Directiva, medidas «para tratar de salir al paso de la elusión del ITP y AJD en la transmisión de bienes inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias». Con la intención de evitar el gravamen al que están sometidas las transmisiones onerosas de bienes inmuebles se ha acudido tradicionalmente a expedientes que, a través de la interposición de sociedades, conseguían eludir la tributación establecida en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas (ITPO) para las transmisiones

¹ Véase la Propuesta modificada de la Directiva del Consejo relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de títulos de 14 de abril de 1987, que modifica la propuesta de 2 de abril de 1976 (DOCE n.º C 115/9, de 30 de abril de 1987).

² La Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del IVA (que ha sustituido a la Sexta Directiva del IVA), recoge en su artículo 135 f) la obligación de los Estados de declarar exentas «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 títulos representativos de mercaderías y los derechos o títulos enunciados en el apartado 2 del artículo 15».

inmobiliarias: en unos casos, en lugar de transmitir directamente el bien, se constituía una sociedad a la que se aportaba el inmueble que se deseaba vender para, posteriormente, transmitir la totalidad de las acciones al adquirente, lo que les permitía beneficiarse del tratamiento más favorable dispensado a la cesión de títulos; o bien, se constituía una sociedad a la que el vendedor aportaba el inmueble y el comprador el precio para, acto seguido, disolver la misma adjudicándose el vendedor el precio y el comprador el inmueble. Finalmente, si los inmuebles ya estaban incorporados al activo societario, bastaba con transmitir las acciones para traspasar el control sobre los inmuebles. Con objeto de atajar tales prácticas el artículo 108 de la LMV incorporó reglas especiales para someter a tributación determinadas transmisiones de valores en las que –se suele señalar– en realidad se están transmitiendo los inmuebles pertenecientes al activo de la entidad.

El presente trabajo se dedica fundamentalmente a analizar este segundo tipo de normas, advirtiendo que hay al menos dos razones que justifican el interés del empeño.

La primera radica en las recientes e importantes modificaciones incorporadas al artículo 108 de la LMV por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, motivadas por la necesidad de corregir algunos problemas planteados por la normativa precedente y de cortar el paso a determinados expedientes utilizados por los interesados para eludir la aplicación del precepto.

La segunda reside en la necesidad de evaluar, a la luz de la experiencia de dos décadas, en qué medida la sujeción de determinadas transmisiones de valores cumple la finalidad para la que fue creada. Como norma antifraude que lesiona la igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, declarando exentas con carácter general las transmisiones de valores pero sujetando al ITPO algunas, resulta pertinente reflexionar sobre si es adecuada y proporcionada a la finalidad que pretende perseguir o se excede en su empeño.

Es necesario advertir además que sería necesario recapacitar sobre el propio tratamiento fiscal de la transmisión de valores, pues el mantenimiento del régimen vigente se viene justificando en un dato erróneo. Resulta curioso comprobar que la jurisprudencia siga señalando que la exención contemplada en el 108 de la LMV se recoge «con el fin de cumplir el contenido de la Directiva de la CEE, relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de valores»³, pues el proyecto nunca se llegó a aprobar y fue finalmente retirado el 14 de diciembre de 1993. La propia Directiva 2008/7/CE, de 12 de febrero, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales⁴, si bien impide a los Estados miembros someter a ninguna forma de imposición indirecta las aportaciones al capital (art. 5.1) y la creación, emisión, admisión a cotización en bolsa, puesta en circulación o negociación de acciones [art. 5.2 a)], permite, por excepción, percibir impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios, aplicando un tipo uniforme o no, así como impuestos sobre las aportaciones de bienes inmuebles a una sociedad [art. 6.1 a) y b)]. Hacemos esta observación para poner de relieve que el régimen fiscal de las transmisiones de valores y, en especial, de acciones o

³ Por ejemplo, la STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2004, NFJ019628.

⁴ Esta Directiva sustituye a la 69/335/CEE, de 17 de julio. Algunos preceptos de la nueva directiva entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2009.

participaciones o, si se quiere, de títulos representativos de la participación en fondos propios de entidades, no viene determinado en toda su extensión por normas de la Unión Europea, lo que permitiría abrir un debate sobre su fiscalidad en la imposición indirecta, y en especial sobre la segunda parte del artículo 108 de la LMV.

II. LA EXENCIÓN EN LA IMPOSICIÓN INDIRECTA DE LA TRANSMISIÓN DE VALORES

De acuerdo con el artículo 108 de la Ley 24/1988 «la transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del IVA y del ITP y AJD»⁵.

La exención alcanza pues tanto a las transmisiones de valores sujetas al ITPO como a aquellas realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad. La doctrina suele señalar que la exención se proyecta sobre las transmisiones onerosas e *inter vivos*, afirmación que no es del todo correcta pues olvida que el IVA también grava las operaciones gratuitas, sean *inter vivos* o *mortis causa*⁶. Las transmisiones lucrativas de valores que eventualmente realice un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad también están exentas en el IVA, aunque evidentemente no en el tributo que grave la renta obtenida por el adquirente (Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones –ISD– o Impuesto sobre Sociedades –IS–).

Se incluyen en el ámbito del precepto no solo las enajenaciones a título de compraventa, sino también las realizadas mediante otros negocios de cambio (permuta, dación en pago⁷, etc.), así como otras operaciones equiparadas a las transmisiones en el ITP y AJD, como las adjudicaciones en pago de deudas o en pago de asunción de deudas⁸, así como a los excesos de adjudicación declarados⁹, pues se trata en suma de enajenaciones onerosas.

Hay que entender que la exención afecta a todas las modalidades del ITP y AJD, y por tanto también al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados¹⁰.

⁵ Véanse los artículos 17.2 y 45.I.B).9 del TR ITP y AJD y el artículo 17 del Reglamento del ITP y AJD, y el artículo 20.Uno.18.I) de la LIVA. La exención se extiende a la transmisión de valores, pero no a la operación societaria en ejecución de la cual se produzca la transmisión, de forma que la aportación de acciones a sociedades con motivo de operaciones de aumento de capital no permitirá declarar exenta la operación societaria referida. Así lo ha declarado con buen criterio en reiteradas ocasiones el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC). Véanse sus Resoluciones de 19 de julio de 2000 (NFJ009520) y 20 de junio (NFJ014803) y 24 de octubre de 2001 (JT 2002, 815). También la Dirección General de Tributos (DGT) [contestación de 17 de abril de 2007, V0821-07 (NFC025100)].

⁶ Véase VARONA ALABERN, J.E., «La onerosidad en el IVA», *RDFHP*, n.º 209 (1990), págs. 1.141-1.166.

⁷ Véase la STSJ de Murcia de 29 de septiembre de 2001.

⁸ BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV: comentarios a propósito de un precepto complejo», *Impuestos*, n.º 7/2008, pág. 15.

⁹ LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores», *Hacienda Canaria*, n.º 12 (2005), pág. 33.

¹⁰ LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias...», ob. cit., pág. 28. BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 15.

La exención se extiende a la transmisión de «valores», admitidos o no a negociación en un mercado oficial. Estando ubicada la exención en una norma que regula el «mercado de valores», resultaría ciertamente lógico identificar el concepto de valor al que alude la exención con el que delimita el ámbito de aplicación de la propia norma en la que se ubica ¹¹. Ese concepto, o más bien el de valor «negociable», que es, como la propia Exposición de motivos precisa, el concepto sobre el que la ley reposa, es definido en el artículo segundo como «cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero», concepto que comprende, entre otros activos enumerados en el artículo segundo, las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren [art. 2.1 a)], las cuotas participativas de las cajas de ahorros ¹² [art. 2.1 b)], y las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva [art. 2.1 f)] ¹³, pero también títulos de renta fija como los bonos o las obligaciones representativos de un empréstito.

Es discutible, sin embargo, que este concepto técnico-mercantil sea necesariamente el que haya de acoger el intérprete a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de la exención, porque a la vista del origen de esta y de su finalidad puede revelarse demasiado estrecho, al menos en lo que atañe a los títulos representativos de la participación en fondos propios de entidades. Para cuestionar tal conclusión pueden realizarse varias observaciones.

Ha de advertirse en este sentido que las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada no tienen el carácter de valores [cfr. art. 5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL)], y sin embargo ello no ha sido óbice para que tanto la Administración tributaria como la jurisprudencia, antes de que la disposición adicional 4.^a de la LSRL/1995 estableciera que «el régimen de tributación de la transmisión de las participaciones sociales será el establecido para la transmisión de valores en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores», aceptaran que las transmisiones de participaciones también se beneficiasen de la exención ¹⁴, conclusión que no hubiera sido posible con el concepto de valor sobre el que se asienta la LMV. El mismo problema se plantea respecto de la transmisión de la condición de socio en el caso de sociedades colectivas o comanditarias.

¹¹ De esta opinión es BAS SORIA, que rechaza la existencia de un concepto autónomo de valor a efectos de la aplicación de la exención y diferente del de la LMV: «Debemos aceptar –afirma– el concepto jurídico de valor que la propia LMV propone, tal y como postula el sentido jurídico del término [...] ya que no existe limitación en el propio artículo 108 de la LMV a la utilización del concepto legal de la misma Ley». «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., págs. 16-17.

¹² Son valores negociables de acuerdo con su normativa reguladora. Véase el artículo 14 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. Por lo demás queda claro a la vista de la disposición adicional 5.^a de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que regula el *régimen fiscal de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro*, señalando que «el régimen fiscal de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros será el mismo que se aplique, en todos los casos y figuras impositivas y a todos los efectos, a las acciones y participaciones en el capital social o fondos propios de entidades, de acuerdo con la normativa legal y de desarrollo vigente».

¹³ De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, las participaciones tendrán la condición de valores negociables. Así lo ha estimado la DGT en contestación de 24 de julio de 1997 (n.º 1687-97).

¹⁴ Véanse las Resoluciones de la DGT de 15 de junio de 1989 y de 21 de octubre de 1991, así como del propio TEAC de 2 de junio de 1993 (NFJ002906), y de 10 de marzo de 1994 (NFJ003318).

Téngase en cuenta que el problema referido no era exclusivo de la imposición sobre el tráfico patrimonial, sino que se presentaba con similares tintes en la imposición directa. El IRPF ha recogido tradicionalmente numerosas normas en su articulado dedicadas a determinar la cuantificación de la renta realizada con la transmisión de títulos representativos de la participación en fondos propios de sociedades que también delimitaban su ámbito acudiendo al concepto de «valor». Tal era el caso de la que establecía el valor de enajenación, a efectos de calcular la ganancia patrimonial realizada, de la «transmisión a título oneroso de valores no admitidos a negociación» en mercados oficiales de valores y representativos de la participación en fondos propios de entidades [art. 48.Uno.b) de la Ley 18/1991, del IRPF], de la que regulaba la reducción de capital con devolución de aportaciones, ordenando que el importe de la devolución minorara el valor de adquisición de los «valores afectados» [art. 44.2 d) de la LIRPF/1991], o de la que establecía el método FIFO (*first in, first out*) para determinar qué títulos se consideraban transmitidos cuando el contribuyente solo enajenaba algunos de los títulos homogéneos de su cartera, regla cuya aplicación exigía la existencia de «valores homogéneos» (art. 48.Dos de la LIRPF/1991). Una interpretación histórica y sistemática permitía entender que el término «valor» no se utilizaba en el sentido mercantil de «valor mobiliario», sino que para su concreción había que acudir al sentido usual, pues ciertamente no podía entenderse que el legislador hubiera querido excluir de las referidas reglas a las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada o a otro tipo de títulos representativos de la participación en fondos propios de entidades que no fueran títulos-valores.

Aunque la Ley 40/1998, del IRPF, refrendó tal conclusión, pues, para despejar cualquier duda, refirió con carácter general las referidas reglas a la transmisión de «valores o participaciones», referencia que se incluía para dejar claro que las citadas normas también afectaban a las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada, aún hoy es posible encontrar referencias a la transmisión de «valores» sin más. Es el caso de la norma que regula la transmisión a título oneroso de valores no admitidos a negociación y representativos de la participación en fondos propios de entidades [art. 37.1 b) de la LIRPF/2006] o de la que establece el método FIFO para determinar qué títulos se consideran transmitidos cuando el contribuyente solo enajena algunos de los títulos homogéneos de su cartera (art. 37.2 de la LIRPF/2006). Si el concepto de valor al que tales preceptos aluden es el que regula la LMV, o el técnico-mercantil de valor, tales reglas no alcanzarían a las transmisiones de participaciones en sociedades de responsabilidad limitada, conclusión que no puede admitirse –insistimos– interpretando histórica, teleológica y sistemáticamente las referidas normas.

Similares consideraciones pueden realizarse respecto de la utilización del término «valor» en el IS, que como es sabido tiene un régimen tributario especial para las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y «canje de valores». Ciertamente no cabe sostener que el régimen fiscal del llamado «canje de valores» no sea aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada.

El propio apartado segundo del artículo 108 de la LMV parece avalar la necesidad de desdeñar el concepto de valor de la LMV, pues al establecer el ámbito objetivo de las que el precepto llama «excepciones» a la exención recogida en el apartado primero se refiere a los valores o participaciones transmitidos o adquiridos «que representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades».

Las dificultades para definir el concepto de valor se aprecian en la propia postura de la Administración tributaria, que si bien ha estimado que la exención no comprende la transmisión de participaciones en sociedades civiles¹⁵, paradójicamente sí la de participaciones en sociedades agrarias de transformación¹⁶, que, de acuerdo con su normativa reguladora, son precisamente «sociedades *civiles* de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad». La Administración fundamenta su postura en un criterio que no tiene anclaje legal: se benefician de la exención los títulos representativos del capital social de entidades que ostentan la condición de sujetos pasivos del IS¹⁷. Ulteriormente ha referido no obstante el ámbito de la exención al de la transmisión de títulos representativos del capital de entidades con personalidad jurídica¹⁸, criterio más razonable.

¹⁵ De acuerdo con la contestación de la DGT de 16 de abril de 2001 [núm. 756/2001 (NFC012736)] «A efectos de la exención, este Centro directivo ya ha señalado en Consulta de 27 de febrero de 2001 que debe entenderse por valores los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, así como otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la ley, como es el caso de participaciones en Fondos de Inversión [...]. *No resultan equiparables las participaciones que los socios ostentan en una sociedad civil, regulada en los artículos 1.665 y siguientes del Código Civil (CC), con los valores, negociables o no, que otorgan a su titular la condición de socio o participe de sociedades mercantiles, a causa de la diferente naturaleza jurídica de la participación en una sociedad civil y del valor participativo mercantil a que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como de la prohibición contenida en el artículo 23.3 de la Ley General Tributaria (LGT) que descarta la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones o bonificaciones».*

¹⁶ Contestación de la DGT de 25 de mayo de 2001 [núm. 0999-01 (NFC012573)]. Las SSTSJ de Valencia de 27 de abril de 2000 (NFJ023904) y del TSJ de Cataluña de 2 de abril de 2003 (NFJ016234) han rechazado sin embargo que la transmisión de participaciones en sociedades agrarias de transformación pueda beneficiarse de la exención del 108 de la LMV, porque según el artículo 8 del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, que las regula, los resguardos nominativos que materializan la parte alicuota del capital de su propiedad «no tendrán el carácter de Títulos Valores, y su transmisión no otorgará la condición de socio al adquirente...». Señala además la segunda sentencia que «para que los valores queden comprendidos en el marco de la ley es preciso que sean negociables y, estén agrupados en emisiones. Las participaciones que aquí se consideran, ni están agrupadas en series, ni son negociables en el sentido de la ley...».

¹⁷ Afirmaba la Contestación de la DGT de 25 de mayo de 2001 [núm. 0999-01 (NFC012573)] que «A efectos de la exención, este Centro Directivo ya ha señalado en Consultas de 27 febrero de 2001 o de 16 de abril de 2001 que *debe entenderse por valores los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles*, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, u otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la ley, como es el caso de participaciones en Fondos de Inversión—art. 20 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva—, y en general títulos representativos del capital social de entidades que ostentan la condición de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. La transmisión que los socios hacen de los títulos representativos del capital exige distinguir dos supuestos: A) *Entidades cuya tributación se realiza a través del mecanismo de atribución de rentas, es decir, comunidades de bienes, herencias yacentes, sociedades civiles y otros entes sin personalidad que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición. La transmisión que un socio de cualquiera de estas entidades jurídicas hace de su participación social está sujeta y no exenta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas*, con el efecto añadido de la inaplicación del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, dado que este exige que la transmisión estuviere exenta de tributación indirecta. [...]. B) *Entidades que ostentan la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades*, en las condiciones señaladas en el artículo 7 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, entre las cuales se encuentran las sociedades agrarias de transformación. La transmisión que el socio de estas entidades hace de su acción o participación origina el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, siendo plenamente aplicable la exención prevista en el artículo 45.1.B.9 del Real Decreto Legislativo 1/1993, y resultando posible la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores». En aplicación de tal criterio ha rechazado que la transmisión de cuotas por parte de condominios pueda estar exenta [véase la Resolución de la DGT de 28 de septiembre de 2005, V1883-05 (NFC021293)].

¹⁸ Véase la contestación de la DGT de 14 de abril de 2005 [núm. V0625-05 (NFC020692)] que examinaba la cuestión de determinar si la transmisión de las acciones de un club social se beneficiaba de la exención.

En nuestra opinión la interpretación del concepto de valor debe realizarse acudiendo precisamente a la norma que inspiró la incorporación a nuestro ordenamiento de la exención, que no es otra que la Propuesta de Directiva relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de títulos de 14 de abril de 1987, norma que, con objeto de favorecer las operaciones de adquisición de títulos y de admisión en el mercado de capitales de los títulos negociados o en curso de introducción en una Bolsa de valores y de eliminar obstáculos a los movimientos de capitales, preveía la supresión de los impuestos indirectos sobre las transacciones de títulos, término que, a pesar de no definirse, abarcaba indudablemente los títulos de participación en sociedades, pues así se infería precisamente de su artículo 2, que permitía percibir impuestos sobre las transmisiones de inmuebles como consecuencia de transacciones con títulos de participación en las sociedades, fondos, asociaciones u otras personas jurídicas cuyo patrimonio estuviera total o parcialmente constituido por inmuebles situados en su territorio. El título francés de la propuesta de Directiva es especialmente revelador («Proposition de Directive de Conseil relative aux impôts indirects sur les transactions sur titres»). De ahí que entendamos que la exención debe alcanzar la transmisión de cualquier título representativo del capital de una entidad con personalidad jurídica ¹⁹, y por ende también la transmisión de participaciones en sociedades civiles.

III. LA SUJECCIÓN DE DETERMINADAS TRANSMISIONES DE VALORES AL ITPO. LA ELUSIÓN FISCAL A TRAVÉS DE LA INTERPOSICIÓN DE SOCIEDADES

1. Introducción.

Como hemos indicado anteriormente para evitar el gravamen al que están sometidas las transmisiones onerosas de bienes inmuebles desde antiguo se ha acudido a expedientes que, a través de la interposición de sociedades, conseguían eludir la tributación establecida en el ITPO para las transmisiones inmobiliarias: así, por una parte, en lugar de transmitir directamente el bien, se constituía una sociedad a la que se aportaba el inmueble que se deseaba vender para, posteriormente, transmitir la totalidad de las acciones al adquirente, beneficiándose del tratamiento más favorable dispensado a la cesión de títulos; o bien, se constituía una sociedad en la que el vendedor aportaba el inmueble y el comprador el precio para, acto seguido, disolver la misma adjudicándose el vendedor el precio y el comprador el inmueble.

Es este el supuesto clásico que en las aulas se suele poner como ejemplo de fraude a la ley tributaria, en la medida en que las partes intervinientes consiguen un ahorro fiscal utilizando una vía que no es la que naturalmente hubiera sido empleada para transmitir el inmueble, esto es, empleado

¹⁹ También a esa solución se llega indagando en el antecedente interno del artículo 108 de la LMV. En efecto, el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, indicaba que «la transmisión onerosa de las acciones o participaciones representativas del capital de las Sociedades cuyo activo esté integrado, en más de su 80%, por bienes inmuebles de naturaleza rústica o urbana, siempre que dichas acciones o participaciones excedan del 80% del capital social, se gravará por el número uno de la tarifa del ITP y AJD, como transmisión onerosa de bienes inmuebles».

formas jurídicas (constitución de sociedad y transmisión de acciones) de forma artificiosa. Es de advertir que tal conclusión ha de ser admitida únicamente respecto de aquellos casos en que la sociedad creada realice una mínima actividad económica, pues en ausencia de tal actividad habrá de estimarse que el negocio societario no tendrá causa y, por ende, concluir que no estaremos ante un fraude de ley sino ante una simulación negocial ²⁰.

La interposición de sociedades para eludir el gravamen establecido para la transmisión de inmuebles se ha combatido por el legislador contemplando expresamente el negocio fraudulento y sometiéndolo a imposición (tipificando presupuestos de hecho sustitutivos). Aunque tanto el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1959 como el Texto Refundido de 1967 contemplaron una norma para combatir la elusión realizada a través de la constitución y disolución de sociedades, el germen del vigente artículo 108 de la LMV ha de buscarse en el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, que regulaba la transmisión onerosa de acciones o participaciones sociales recibidas por la aportación de bienes inmuebles a sociedades, y la transmisión onerosa de títulos representativos del capital de las sociedades cuyo activo estuviese integrado en más de un 80% por bienes inmuebles. La filosofía del referido precepto impregnó el apartado segundo del artículo 108 de la LMV, a cuyo análisis dedicamos este trabajo.

2. ¿Excepción a la exención o nuevo hecho imponible?

Si con carácter general la transmisión de valores está exenta, determinadas transmisiones de valores de sociedades cuyo patrimonio es fundamentalmente inmobiliario tributan. En principio parece que el apartado segundo del artículo 108 delimita –negativamente– el ámbito de aplicación de la exención («quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior...»), determinando a qué transmisiones de valores no alcanzará.

Este es el planteamiento que ha servido al Tribunal Supremo, antes de la modificación operada en la regulación del artículo 108 de la LMV por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal, para delimitar cuál era la base imponible. Frente a la postura de la Administración tributaria, que entendía que la base imponible estaba constituida por el valor total de los terrenos propiedad de la sociedad cuyas acciones se adquirirían con independencia del tanto por ciento del capital de la sociedad que representa el número de acciones transmitidas, el tribunal estimó, en Sentencia de 30 de abril de 2004 (NFJ017026), que el artículo 108 «lo que hace es eliminar la exención general de la transmisión de acciones y aplicar en consecuencia el ITP –concepto de transmisiones onerosas–, conforme a las normas esenciales de dicho Impuesto» ²¹.

Es discutible que ese planteamiento se corresponda con la regulación legal, de la que más bien cabe inferir que en realidad el apartado segundo del artículo 108 de la LMV no constituye una norma

²⁰ Véase DEBOISSY, F., *La simulation en droit fiscal*, Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ, 1997.

²¹ Es este un planteamiento generalizado entre la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, la Resolución del TEAC de 1 de marzo de 2006 (NFJ023508).

que delimita negativamente la exención de la transmisión de valores sino una norma que determina el hecho imponible del ITP ²².

Repárese en primer término qué sucede con las transmisiones de valores realizadas por sociedades mercantiles, y por tanto sujetas al IVA. La concurrencia de los requisitos recogidos en el apartado segundo del artículo 108 de la LMV no determina la inaplicación de la exención y su gravamen por el IVA ²³. El sujeto pasivo no es la sociedad que transmite los valores, sino el adquirente de los mismos. La operación sigue estando exenta en el IVA, por lo que difícilmente puede sostenerse que tal apartado precise el ámbito de aplicación de la exención. Antes bien, no puede sino entenderse que tal apartado delimita el ámbito de aplicación del Impuesto sobre Transmisiones: las transmisiones de valores de sociedades, cuyo patrimonio sea predominantemente inmobiliario, sean realizadas por particulares o por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad, estarán sujetas al ITPO, siendo sujeto pasivo el adquirente.

A la misma conclusión se llega si se examinan otras consecuencias que derivan de la aplicación del apartado segundo. La concurrencia de los requisitos de la norma no determina la inaplicación de la exención a la adquisición de valores realizada, pues la consecuencia prevista no es el gravamen de los valores adquiridos, sino de la parte proporcional *del valor de los inmuebles* que corresponda *al porcentaje total de participación que pase a tener en el momento de la obtención del control*. Por un lado, la base imponible se calcula por referencia no a los valores adquiridos, sino a los que poseyera el socio en el momento de obtener control. Y por otro, no se grava el valor de los referidos títulos, sino el de aquella porción de los bienes inmuebles que proporcionalmente corresponda al porcentaje de participación que el adquirente pase a tener en el momento de la obtención del control ²⁴. Si la base imponible cuantifica el hecho imponible, parece claro que las reglas del apartado tercero del artículo 108 contribuyen a precisar el hecho imponible y no el ámbito de aplicación de la exención.

Por otro lado, se someten a gravamen actos que de por sí no estarían sujetos al ITPO, como la adquisición de valores en mercados primarios como consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción preferente o de conversión de obligaciones en acciones, así como la transmisión de valores a la propia sociedad tenedora para su posterior amortización, siendo sujeto pasivo el accionista que obtenga el control de la entidad. Tales operaciones no estarían sujetas al referido tributo, lo que pone de relieve de nuevo que no estamos ante una excepción a la exención.

²² Así lo han advertido, con acierto, PÉREZ FADÓN, «Análisis de la nueva regulación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores», *Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, n.º 2/2007, págs. 4 y 6, y BAS SORIA, «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., págs. 17 y 18.

²³ Véase la Resolución del TEAC de 25 de julio de 1999. Ello ha sido criticado por VARONA ALABERN por no ser coherente con el fundamento del precepto. Entiende este autor que «si lo que se perseguía era evitar que verdaderas transmisiones de inmuebles quedasen exentas por beneficiarse fraudulentamente del beneficio fiscal de la transmisión de acciones (exentas en ambos impuestos), se debía respetar la naturaleza de la operación inmobiliaria, esto es, si estaba sujeta al IVA, dejar que como tal tributara por este impuesto y no atraer siempre y en todo caso la operación al ITPO, ya que este impuesto no es deducible y produce una distorsión en el ciclo económico». «Comentario al nuevo artículo 7.5 del nuevo Texto Refundido del ITP y AJD: ámbito de aplicación del ITPO y del IVA», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 26, pág. 84.

²⁴ Si se adquiere un 3%, cuando ya se poseía el 49%, no se grava la adquisición del 3% adquirido, sino la parte proporcional del valor de los inmuebles que corresponda al porcentaje total que pase a tener en el momento de adquirir el control, esto es, el 52% del valor de los inmuebles.

IV. LAS ADQUISICIONES ORIGINARIAS O DERIVATIVAS DE VALORES DE SOCIEDADES CUYO ACTIVO ESTÁ CONSTITUIDO AL MENOS EN UN 50% POR BIENES INMUEBLES O EN CUYO ACTIVO SE INCLUYAN VALORES DE SOCIEDADES CUYO ACTIVO ESTÉ CONSTITUIDO AL MENOS EN UN 50% POR BIENES INMUEBLES

1. Operaciones a las que alcanza.

1.1. La adquisición «onerosa» de valores en mercados secundarios.

1.1.1. Consideraciones generales.

En primer término se gravan por el ITPO las transmisiones realizadas en el mercado secundario –esto es, toda transmisión realizada después de la emisión del valor– de valores o participaciones que «representen partes alicuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio nacional, o en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España, siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas».

Hay que entender, aunque el artículo 108 no lo precise, que la sujeción afecta las transmisiones *inter vivos* y *onerosas*, que son aquellas que grava el ITPO²⁵. Aunque pueda parecer obvio, es necesario detenerse en precisarlo pues el apartado 3.º del artículo 108 podría inducir a confusión sobre este extremo, en la medida en que, al regular la base imponible, determina que esta estará constituida por la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que 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 que aumente la cuota de participación». La referencia a la adquisición lucrativa del control debe contextualizarse adecuadamente: las transmisiones de valores que otorguen al adquirente el control de una entidad únicamente quedarán gravadas por el ITPO cuando la operación que permita al adquirente obtener el control de la sociedad sea onerosa; ahora bien, adquirido dicho control, onerosa o lucrativamente, cualquier aumento de la participación derivado de una operación onerosa tributará por el ITPO. No tendría sentido ni justificación que las transmisiones lucrativas fueran doblemente gravadas, aunque

²⁵ El artículo 40 de la Ley 50/1977, origen del 108 de la LMV, exigía expresamente que la transmisión fuera onerosa. Por lo demás el artículo 24 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, al concretar el alcance de la cesión y los puntos de conexión en el ISD, advierte expresamente que «tendrán la consideración de donaciones de bienes inmuebles las transmisiones a título gratuito de los valores a que se refiere el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio».

luego veremos, al examinar las reglas de determinación de la base imponible, que la regulación legal podría producir, de no ser adecuadamente tamizada, casos de doble imposición.

Es cierto que esta interpretación permitiría eludir la sujeción al ITPO planificando la operación de forma que se adquiriera onerosamente el 50% y un 1% lucrativamente. La forma de combatir tales prácticas no puede consistir sin embargo en gravar doblemente una misma adquisición²⁶, sino en utilizar las técnicas que el ordenamiento pone en manos de la Administración tributaria para combatir maniobras elusivas de los contribuyentes. Parece claro que si en el mismo documento se transmite por precio el 50% y se dona el 1% estaremos ante una simulación²⁷. Si, en cambio, ambas transmisiones se distancian en el tiempo habría que acudir en su caso a poner en marcha el procedimiento para luchar contra el fraude de ley (el «conflicto en la aplicación de la norma tributaria»). En todo caso, nada hubiera impedido al legislador configurar el precepto de forma que, en aquellos casos en que, habiéndose adquirido las participaciones en diferentes momentos y obteniéndose el control de la entidad a través de una operación gratuita, se hubiese liquidado esta última por el ISD y las anteriores por el ITPO, máxime cuando ha previsto que, una vez adquirido el control onerosa o lucrativamente los aumentos en el porcentaje de participación se someterán a tributación. De esa forma se cerraría la puerta abierta al fraude que deja la redacción actual.

No es necesario que los valores transmitidos lo sean de una entidad domiciliada en España o que tenga en nuestro país su sede de dirección efectiva. No se aplican en este caso en nuestra opinión los criterios generales de aplicación territorial del ITP y AJD (art. 6 del TR ITP y AJD), que conducirían a rechazar el gravamen de la transmisión de valores de una entidad extranjera cuyo activo estuviera íntegramente formado por bienes inmuebles situados en España. Esos criterios valdrían para determinar la sujeción de una transmisión de valores ordinaria, pero no de la transmisión de valores de una entidad con un patrimonio predominantemente inmobiliario situado en nuestro país, para la cual el legislador ha diseñado un régimen especial, que pasa por sujetar al ITPO las transmisiones de valores de sociedades, españolas o extranjeras, en cuyo activo figuren mayoritariamente bienes inmuebles situados en España²⁸. Evidentemente si se pretende combatir la elusión impositiva inmobiliaria que se podría alcanzar a través de la interposición de sociedades, la norma diseñada habrá de atender al ámbito de aplicación de la norma que se pretende eludir. Y de acuerdo con el ITP y AJD la transmisión de inmuebles se somete a gravamen en España cuando los mismos están situados en territorio español²⁹.

²⁶ Piénsese que se adquiere un 51% gratuitamente. ¿Acaso cabría imaginar someter la misma adquisición al ISD y al ITPO?

²⁷ Aunque pudiera estimarse que estamos ante un problema de calificación (lo que las partes consideran que es una transmisión onerosa del 50% y una donación del 1% es en realidad una enajenación del 51%) creemos que no hay tal, pues las partes intervinientes no califican erróneamente el negocio que realizan, sino que distinguen dos negocios distintos.

²⁸ De acuerdo con ello si un ciudadano inglés es socio único de una entidad constituida en el Reino Unido y con domicilio social en el mismo en cuyo activo figuran únicamente inmuebles situados en las Islas Canarias, la transmisión de las acciones de la sociedad quedará sujeta, siempre que se cumplan los demás requisitos establecidos en la ley, al ITPO. Y todo ello a pesar de que los valores no puedan ejercitarse o hayan de cumplirse en territorio español, y de que el adquirente no resida en España.

²⁹ La doctrina no ha dudado en estimar que es indiferente que la sociedad tenedora de los inmuebles en España sea o no residente. Así, por ejemplo, POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 286 (2007), pág. 46. BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 19.

Así se infiere indudablemente del Reglamento del ITP y AJD, que precisa en su artículo 8.2 que «no se considerarán situados en territorio español los títulos representativos de partes alicuotas de capital social o patrimonio de sociedades y entidades residentes en el extranjero, aunque se encuentren depositados en establecimientos o locales situados en territorio español, *salvo cuando representen partes alicuotas de capital social o patrimonio de las sociedades, fondos, asociaciones y demás entidades a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 17 de este Reglamento*», precepto que regula los supuestos en que la transmisión de valores tributa.

1.1.2. La transmisión efectuada en el marco de una operación societaria.

Es posible que la transmisión de las acciones o participaciones de una sociedad cuyo activo se encuentra integrado fundamentalmente por inmuebles situados en territorio español se realice en el marco de una operación societaria sujeta al Impuesto sobre Operaciones Societarias (IOS). En tal caso la sociedad adquirente no quedará sujeta al ITPO por los valores adquiridos, a la vista de la incompatibilidad establecida en el artículo 1.2 del TR ITP y AJD: la mayor especificidad del IOS determina que la aportación de valores de sociedades con un activo predominantemente inmobiliario no determine para la sociedad adquirente más que el devengo del IOS (pudiendo incluso quedar exenta si se beneficia del régimen fiscal especial relativo al canje de valores o a la fusión o escisión)³⁰. Téngase en cuenta que esa sería la conclusión si se aportaran directamente los inmuebles integrantes del activo de la entidad.

No obstante, hay que tener presente que una cosa es el gravamen de la adquisición realizada por la entidad receptora, que como hemos visto corresponde al IOS, y otra el de la adquisición originaria en un mercado primario de valores de una entidad con un patrimonio predominantemente inmobiliario, hecho imponible distinto, en la medida en que no se grava a la sociedad que aumenta su capital sino al socio que adquiere o aumenta su posición de control. Tras la reforma del artículo 108 de la LMV por la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, se sujetan las adquisiciones en un mercado primario como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones o «de cualquier otra forma», por lo que en estos casos se girarán dos liquidaciones: a la sociedad, por la operación societaria de constitución o aumento del capital; y al socio, con fundamento en el 108.2 de la LMV, por la adquisición o aumento de su posición de control³¹.

1.2. La adquisición en mercados primarios.

1.2.1. Consideraciones generales.

La Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ha ampliado considerablemente el ámbito de las transmisiones de valores gravadas por el ITPO, pues hasta su entrada en vigor las adqui-

³⁰ Véase la contestación de la DGT de 24 de marzo de 2008 [V0584-08 (NFC028916)]. En el mismo sentido se han pronunciado las contestaciones de la DGT de 20 de febrero de 1998 (n.º 0276-98), 23 de mayo de 2000 [n.º 1182-00 (NFC010953)] o de 17 de abril de 2007 [V0821-07 (NFC025100)], así como las Resoluciones del TEAC de 19 de julio de 2000 (NFJ009520), 24 de octubre de 2001 (JT 2002, 815), y de 20 de junio de 2001 (NFJ014803).

³¹ Véase la contestación de la DGT de 24 de marzo de 2008 [V0584-08 (NFC028916)].

siciones en mercados primarios de valores de sociedades que permitieran ejercer el control de una entidad integrada fundamentalmente por bienes inmuebles únicamente tributaban por el ITPO cuando fueran obtenidas como consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción preferente o conversión de obligaciones en acciones ³². El vigente artículo 108.2 de la LMV sujeta la adquisición de valores en mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones «o mediante cualquier otra forma», lo que introduce –al menos así se infiere *prima facie*– un cambio trascendental en el ámbito de aplicación de la disposición: es indiferente el título que haya legitimado al socio para adquirir los valores en un mercado primario, de forma que cualquier adquisición que permita obtener el control de una entidad con patrimonio predominantemente inmobiliario quedará sujeta, sea consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción o no ³³.

La modificación operada es en cierta medida lógica, pues si se quiere someter a gravamen la adquisición de valores de entidades con patrimonio eminentemente inmobiliario no tiene sentido que la medida no alcance a otras operaciones con las que se pueden conseguir resultados similares. Ello permitirá incluir en el ámbito del presupuesto de hecho sustitutivo operaciones que hasta entonces quedaban al margen de la misma, como la adquisición de paquetes de control, por ejemplo, con motivo de operaciones de ampliación de capital en las que se excluye el derecho de suscripción preferente –*ex art. 159 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)* por ejemplo–. Con la redacción anterior la adquisición del control de una entidad como resultado de una ampliación de capital que no tuviera su origen en el ejercicio de los derechos de suscripción preferente o de conversión de obligaciones en acciones no tributaba, por lo que, en lugar de transmitir las acciones –transmisión que caería dentro del ámbito de sujeción del art. 108.2– podía realizarse una ampliación de capital en metálico que diera entrada al nuevo socio y una posterior reducción que permitiera la salida del antiguo.

Lo cierto es que tal desmesurada extensión del ámbito de aplicación no tiene lógica en algunos supuestos. ¿Quiere el legislador gravar por el ITPO la adquisición por el socio único de las acciones de una sociedad de nueva constitución a la que el único activo aportado es un inmueble, que por tanto ya era propiedad del socio ³⁴, o la aportación de unas acciones de una sociedad inmobiliaria al constituirse una entidad ³⁵? ¿Y la escisión total de una sociedad con transmisión de su patrimonio a dos sociedades de nueva creación, recibiendo el accionista mayoritario en la escindida acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias en contraprestación a esta aportación que le siguen permitiendo controlar las sociedades de nueva creación? De ser afirmativa la respuesta se

³² Sobre este extremo véase la contestación de la DGT de 18 de junio de 2003 [n.º 0829-03 (NFC017966)].

³³ En esta línea afirma BAS SORIA que el legislador quiere subrayar el carácter cautelar de esta norma, anteponiendo el resultado objetivo a la forma del negocio jurídico que haya dado lugar al efecto proscrito por la norma, pareciendo indicar el legislador que «siempre que se produzca el resultado de obtención de control de una entidad de las contempladas en la norma, debe producirse la tributación en TPO». «El artículo 108 de la LMV...», *ob. cit.*, pág. 18.

³⁴ O imagínese que el socio dispone del 60% y se realiza una ampliación de capital a la que solo él acude aportando una nave industrial.

³⁵ La DGT [contestación de 17 de abril de 2007, V0821/2007 (NFC025100)] ha tenido ocasión de responder a esta cuestión en un supuesto en que los dos socios (dos entidades) aportaban cada uno a una sociedad de nueva constitución el 25,5% de las acciones de una sociedad con patrimonio predominantemente inmobiliario, adquiriendo cada uno el 50% del capital de la entidad. De acuerdo con el centro directivo «La constitución de la sociedad *holding* no supone la adquisición del control de la sociedad R por parte de ninguno de los dos aportantes de acciones de dicha sociedad a la sociedad *holding*, por lo que dicha constitución no estará sujeta...».

estaría gravando la adquisición de un control sobre un patrimonio inmobiliario que ya se tenía. O finalmente, piénsese en la fusión por creación de una nueva sociedad que pasa a controlar el mismo socio que controlaba las que se extinguen.

Difícilmente puede admitirse que los referidos supuestos motiven la liquidación que nos ocupa, pues no demuestra capacidad económica quien ya es titular de la riqueza que se quiere someter a imposición.

Ello ha llevado a PÉREZ-FADÓN a estimar, en la medida en que el artículo 108 responde a un criterio de adquisición de control de bienes o derechos de una entidad, para lo cual es necesario que no se tuviera antes de la operación de que se trate, que «si el adquirente de los valores ya controlaba el bien o las participaciones de la entidad, no es posible que se haya adquirido el control», de manera que la constitución de una entidad con aportación a la misma de un inmueble por el socio único no debiera motivar la liquidación por el tributo»³⁶. Se trata sin duda de una inferencia lógica, pero a la que hace falta encontrar soporte.

A nuestro modo de ver es necesario acotar el ámbito de la modificación normativa introducida por la Ley de prevención del fraude fiscal, mucho más limitada de lo que una primera lectura sugiere. El legislador no ha querido —entendemos— extender el artículo 108 de la LMV a las adquisiciones originarias de valores de sociedades de nueva constitución, en las que los socios aportantes ya tienen el control de los inmuebles que transmiten, sino ampliar el ámbito de las operaciones gravadas antes de la modificación operada en el artículo 108 de la LMV, que no eran sino las adquisiciones originarias con ocasión de ampliaciones de capital. Antes de la modificación se sujetaban las adquisiciones en mercados primarios «como consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones», entendiendo que el control de una sociedad con patrimonio predominantemente inmobiliario por quien no lo tenía solo se podía obtener adquiriendo derivativamente sus acciones o en un mercado primario en ejecución de los referidos derechos de suscripción o de conversión. En un aumento de capital son los socios quienes tienen derecho a suscribir los títulos que se emiten³⁷, por lo que la adquisición del control por un tercero requiere que estos le cedan sus derechos de suscripción. Lo cierto es, sin embargo, que la LSA permite excluir el derecho de suscripción preferente (art. 159), pudiendo entrar en la entidad un tercero por una vía distinta de las referidas. Esa es, entendemos, la vía que ha querido tapar el legislador, de manera que la referencia a la adquisición de los valores en un mercado primario mediante «cualquier otra forma» debe entenderse limitada por referencia a la operación en la que se enmarcan las operaciones de adquisición originaria hasta entonces gravadas: las adquisiciones consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente o de conversión de obligaciones en acciones *en el marco de una operación de aumento de capital*. Si no fuera esta la conclusión, no se entendería por qué el legislador no ha sujetado lisa y llanamente las adquisiciones en los mercados primarios, eliminando la coletilla referida. El mantenimiento de la misma tiene indudablemente que tener el sentido referido. Aunque el tenor literal del precepto pueda dar pie a otra lectura, a esta interpretación se llega, insistimos, analizando las vías de fraude que se han querido atajar e interpretando teleológicamente el precepto.

³⁶ PÉREZ-FADÓN, J.J., «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., págs. 8 y 9.

³⁷ Téngase en cuenta que la operación de aumento de capital no determinará la especial sujeción del artículo 108 de la LMV si los socios mantienen el mismo porcentaje de participación en el capital.

De acuerdo con ello no resultará aplicable en casos de constitución de sociedades, por las razones referidas, y tampoco en operaciones de fusión por absorción ³⁸ de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad a pesar de que tal operación implica un aumento de capital, pues la propia norma mercantil excluye el derecho de suscripción preferente (art. 159.4 de la LSA).

La DGT ha llegado a una conclusión similar por otro camino: estimando que la aplicación del precepto exige que el activo de la sociedad antes de la ampliación de capital esté compuesto principalmente por bienes inmuebles ³⁹. De acuerdo con ese proceder, una sociedad de nueva constitución no tendría un activo eminentemente inmobiliario con carácter previo, luego la operación no estaría sujeta.

El razonamiento de la Administración lleva, sin embargo, a consecuencias difícilmente admisibles en los casos de fusión, pues la forma de estructurarla –por absorción de una entidad o creación de una nueva– podría determinar diferencias en la tributación de la operación alcanzando, sin embargo, los mismos efectos. Supóngase que una entidad con un activo eminentemente inmobiliario (ASI), valorado en 100, quiere fusionarse con BSI, propiedad de un solo socio, también con la composición patrimonial referida por el artículo 108 de la LMV, y cuyo activo se valora en 120. Si la fusión se produce por creación de una nueva sociedad, con extinción de las fusionadas y transmisión en bloque de su patrimonio a la nueva, la operación no tributaría, en la medida en que la sociedad de nueva creación no tenía *ex ante*, según el razonamiento de la Administración, un patrimonio eminentemente inmobiliario. Y en cambio sí tributaría si se produjera por absorción de BSI por ASI ⁴⁰, sociedad que ampliaría su capital en 120 entregando las acciones correspondientes al único socio de BSI, que adquiriría el control de ASI (120 acciones de las 220 existentes). Siendo los efectos alcanzados con ambos procedimientos los mismos, parece difícil admitir las diferencias de tributación referidas.

1.2.2. ¿Es compatible la liquidación de la adquisición de valores en un mercado primario por ITPO con la liquidación de la operación societaria por el IOS?

Otra cuestión que suscita el gravamen por el ITPO de las adquisiciones de valores en mercados primarios es la de precisar si tal liquidación es compatible con la que derive de la operación societaria en cuyo marco se emiten los valores, habida cuenta de que el artículo 1.2 del TR ITP y AJD establece que «en ningún caso, un mismo acto podrá ser liquidado por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y por el de operaciones societarias».

³⁸ No es de esta opinión GIL DEL CAMPO, quien estima que la norma quiere dar cabida a situaciones excluidas en la legislación anterior «como la adquisición de valores a través de operaciones de fusión por absorción o de ampliaciones de capital a las cuales un contribuyente acude aportando acciones de otra entidad cuyo activo está constituido mayoritariamente por inmuebles», «Novedades en el Proyecto de Ley de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal», *Carta Tributaria*, n.º 14/2006, pág. 17.

³⁹ En el caso examinado por la contestación de la DGT de 24 de marzo de 2008 [V0584-08 (NFC028916)] una sociedad cuyo único activo era de 4.000 € en metálico realizaba una operación de canje de valores, conforme a la cual realizaba una ampliación de capital suscrita por su socio único quien entregaba a cambio el 98% del capital de una sociedad cuyo activo era eminentemente inmobiliario.

⁴⁰ Supóngase que fuera BSI quien absorbiera a ASI. En tal caso la adquisición del control de ASI no tributaría, según la contestación de la DGT de 18 de marzo de 2008 [V0569-08 (NFC028817)] porque «se realiza en una operación de fusión –y, por tanto, sujeta a la modalidad de operaciones societarias– efectuada mediante la adquisición de valores en el mercado secundario y no en los primarios».

La respuesta ha de ser afirmativa ⁴¹, pues propiamente se gravan dos adquisiciones diferentes –al igual que en las permutas–, como lo prueba el diferente sujeto pasivo de ambas. El IOS grava una adquisición patrimonial a favor de la sociedad –que será por ello contribuyente– con motivo de una constitución social o ampliación de capital. El artículo 108.2 de la LMV grava la adquisición de valores de determinadas sociedades por parte del socio aportante, que será sujeto pasivo del ITPO.

Es más que discutible en todo caso que la liquidación por el ITPO sea compatible con la normativa comunitaria reguladora de las concentraciones de capitales, que impide someter a ninguna forma de imposición indirecta la emisión de acciones o participaciones (véase el art. 5 de la Directiva 2008/7/CE y la STJCE de 15 de julio de 2004, Asunto C-415/02).

1.3. La transmisión de valores a la sociedad emitente para su amortización tras la cual un socio adquiere una posición de control.

Es posible que el control de una sociedad cuyo activo esté constituido fundamentalmente por bienes inmuebles se adquiera sin necesidad de adquirir un mayor porcentaje de títulos, lo que podrá suceder cuando se amorticen todos o parte de los títulos de algunos socios. Una amortización de parte del capital que no afecte por igual a todos los socios permitirá un aumento en el porcentaje de participación de algunos, aumento que en la medida en que determine la adquisición del control de la sociedad pretende someterse también a gravamen. Esa es la filosofía que está detrás de una de las modificaciones operadas en el artículo 108 de la LMV por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal: «en los casos de transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización por ella, se entenderá a efectos fiscales que tiene lugar el hecho imponible definido en esta letra a). En este caso será sujeto pasivo el accionista que, como consecuencia de dichas operaciones, obtenga el control de la sociedad, en los términos antes indicados» ⁴².

Aunque la *ratio* de la regla referida está meridianamente clara, no lo está en cambio su ámbito de aplicación. La ley la restringe a los «casos de transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización». ¿Alcanza a las adquisiciones de acciones propias efectuadas extramuros de una operación de reducción de capital? Esto es, ¿se extiende a la adquisición derivativa de acciones propias realizada al margen de una reducción de capital, pero que finalmente son amortizadas? Y, ¿debe interpretarse el término «transmisión» en sentido amplio, de forma que incluya aquellos casos de amortización que no vienen precedidos de una previa transmisión de los títulos, como sucede en los de separación de socios o de reducción de capital por amortización?

⁴¹ Así lo ha estimado también PÉREZ-FADÓN, J.J., «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., pág. 8.

⁴² Supóngase una sociedad con patrimonio inmobiliario propiedad de dos socios, cada uno con un 50% del capital. Uno de ellos quiere desligarse de la sociedad, habiendo pactado la venta de sus acciones al otro, operación que desencadenaría la aplicación del artículo 108.2 de la LMV y la tributación correspondiente. Antes de la reforma operada en el artículo 108.2 de la LMV por la Ley de prevención del fraude fiscal era posible eludir el referido gravamen enajenando las acciones a la entidad emitente que procedería a su amortización, lo que permitiría al socio único controlar la entidad sin haber tenido que tributar.

La primera pregunta no tiene fácil respuesta. Parece claro que si la regla no se aplicara a las transmisiones efectuadas al margen de una operación de reducción de capital, y por tanto en las que el destino de los valores adquiridos por la sociedad no está previamente fijado, se estaría abriendo una puerta al mismo fraude que se ha tratado de combatir. Bastaría adquirir derivativamente acciones propias sin referir la finalidad de amortizarlas, incluso contraviniendo lo dispuesto en las normas mercantiles, para eludir la previsión legal.

Pero imagínese el escenario contrario: ¿habría de gravarse la adquisición de acciones propias cuyo destino, tras varios meses o años, no es el de ser amortizadas sino colocarse entre los propios socios o terceros? ¿Y la de acciones propias que son amortizadas pasado más de un año desde su adquisición?

En nuestra opinión la solución a esta cuestión deriva de las reglas relativas al devengo. Dado que el impuesto nace con la transmisión de las acciones y no en el momento de procederse a la amortización, entendemos que la previsión legal no afecta a la transmisión de los títulos al margen de una operación de reducción de capital. Los títulos no se transmiten, como exige la ley, para su posterior amortización por la sociedad, aunque ese sea su destino finalmente. El posterior acuerdo de amortización de las acciones no permite entender que las acciones se transmitieron para ser amortizadas.

Piénsese que una sociedad anónima adquiera de forma derivativa acciones propias que representen un 20% de su capital, en clara vulneración de lo dispuesto en el artículo 75 de la LSA, que limita al 10% dicha posibilidad. Tales acciones, adquiridas en contravención de la norma mercantil, deben ser enajenadas en el plazo de un año a contar desde la adquisición, o, a falta de tal enajenación, amortizarse con la consiguiente reducción de capital. El acuerdo de amortización es en todo caso posterior a la adquisición, sin que la mera adquisición de un porcentaje mayor que el autorizado por la ley permita entender que se adquieren para ser amortizadas: cabe en efecto que sean enajenadas⁴³.

⁴³ No compartimos, por ello, las afirmaciones de PÉREZ-FADÓN cuando indica que «si no se establece expresamente en el acuerdo de adquisición de participaciones propias su finalidad, ni puede inferirse del mismo cuál sea la misma, [...] es dudoso cuándo se devengará el tributo, pudiéndose, en función de cualquier circunstancia del acuerdo, entenderse devengado este impuesto, sin perjuicio de que por comunicación del interesado –en este caso la propia sociedad y el partícipe– pueda expresar que no es esa su finalidad, aunque en caso de incumplimiento posterior de los requisitos establecidos para dicha adquisición y tenencia de participaciones que diera lugar a su amortización se exigiera en dicho momento el gravamen», añadiendo que «en los supuestos en que expresamente se acuerde la adquisición de participaciones para otros fines, distintos a su amortización posterior, no se devengará este impuesto, sin perjuicio de que, como en el caso anterior, si se amortizan posteriormente, con la adquisición del control por un accionista, se exija el tributo» en «Análisis...», ob. cit., pág. 14. También en contra de la opinión que reflejamos en el texto se ha manifestado POZUELO ANTONI, quien estima que «a pesar de esa redacción, que aparenta establecer una intencionalidad determinada en la transmisión de acciones, el supuesto no puede quedar limitado, so pena de evidente contradicción con su sentido, a los casos en los que la adquisición de acciones propias por parte de la entidad se haga con la finalidad o predeterminada intención de amortizarlas. Es verdad que ese es uno de los casos que, como supuesto de libre adquisición, recoge, para las sociedades anónimas, el artículo 77 de su ley reguladora. Pero no es menos cierto que, tanto el artículo 76, para los supuestos en que se hayan infringido los requisitos de adquisición de acciones propias, como el artículo 78, para el caso de acciones adquiridas no enajenadas en un plazo de tres años, fijan la amortización de las acciones como alternativa ineludible. De este modo, de exigir para aplicar la norma fiscal una intención de reducción del capital desde el momento de adquisición de las acciones, se estarían obviando otros supuestos de adquisición derivativa de acciones propias (los otros tres del art. 77), además de dar mejor trato fiscal (por hacer inviable este art. 108) a quien adquiere acciones sin la declarada intención de amortizarlas pero se ve impelido a ello como respuesta a su infracción mercantil (arts. 76 y 78.2). En este contexto –concluye– la obligada amortización de acciones propias por su falta de previa transmisión en el plazo requerido, debería entenderse incluido en el supuesto de la norma fiscal». «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., pág. 68.

Somos conscientes de que con ello se abre una puerta al fraude, pero difícilmente puede salvarla el intérprete de la ley. La única vía para combatirla será instar el expediente de fraude de ley –en el supuesto de que se admita el recurso a tal cláusula general cuando el propio legislador ha tipificado un presupuesto de hecho sustitutivo– cuando la amortización ulterior de las acciones denote claramente la intención elusiva, o la modificación de la norma, estableciendo por ejemplo una liquidación cautelar en aquellos casos en que la amortización de las acciones propias adquiridas pudiera determinar el gravamen de uno de los socios, a semejanza de la que se establece en el ITP y AJD respecto de la adjudicación de bienes para pago de deudas. O incluso que se refiera el devengo a la amortización de los títulos.

No es esa, empero, la única fórmula para burlar la referida regla. Como es sabido, la reducción de capital por amortización de acciones se puede realizar de dos formas: cabe que la sociedad adquiera en primer término las acciones y una vez en su poder, sean amortizadas –supuesto contemplado en el art. 170 de la LSA al que alcanzaría indudablemente la regla del art. 108 de la LMV–, o bien que se lleve a cabo la amortización de acciones sin que se proceda a la previa transferencia de títulos a la sociedad, limitándose esta a compensar a sus propietarios, por vía de reembolso, una cantidad igual al importe nominal –más la parte proporcional de reservas– de los títulos que quedan con ello anulados –*vid.* art. 164.3 de la LSA–⁴⁴. Tampoco esta vía quedaría cubierta, en la medida en que no hay transmisión alguna de títulos a la sociedad.

En aquellos casos en que la regla sea aplicable afectará tanto a aquellos casos en que como consecuencia de la amortización de los títulos uno de los socios adquiera el control de la entidad como a aquellos otros en que aumente su porcentaje de participación en la misma. Aunque el precepto considera sujeto pasivo únicamente al «accionista que, como consecuencia de dichas operaciones, obtenga el control de la sociedad», parece evidente que no solo se grava la obtención del control sino también su aumento, pues la equiparación de este supuesto con el general se realiza en toda su extensión⁴⁵.

2. La composición del activo de la sociedad cuyo control se adquiere o aumenta. Reglas de cómputo.

2.1. Introducción.

El artículo 108 ha exigido tradicionalmente, para someter a gravamen las transmisiones o adquisiciones de valores a que alude, que el activo de las sociedades cuyos valores se transmiten o adquieren esté constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio español, lo que resulta lógico pues si se trata de evitar la elusión del Impuesto sobre Transmisiones a través de la

⁴⁴ PÉREZ DE LA CRUZ, A., *La reducción del capital en Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1973, pág. 133.

⁴⁵ Para considerar quién es sujeto pasivo en el caso de ampliación habrá que recurrir a la analogía, en este ámbito no prohibida por la LGT.

interposición de sociedades habrá que adaptar el ámbito del artículo 108 de la LMV al ámbito territorial de aplicación del ITPO, impuesto que no grava las transmisiones patrimoniales de bienes y derechos de naturaleza inmobiliaria sitos en territorio extranjero.

Pudiera resultar que en el activo societario se encuentren acciones de sociedades cuyo activo esté integrado en más de un 50% por inmuebles. Con la redacción anterior a la modificación operada por la Ley de prevención del fraude fiscal no era posible entender que las acciones referidas debían tenerse por inmuebles, lo que permitía burlar la norma aportando las acciones de la sociedad cuyo activo estaba integrado en más de un 50% por inmuebles a una sociedad de nueva creación, y transmitiendo a continuación las acciones de esta última. La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ha equiparado la adquisición directa de valores de una entidad con patrimonio predominantemente inmobiliario con su adquisición indirecta a través de sociedades interpuestas, en la medida en que también somete a gravamen la transmisión de valores de sociedades «en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España», esto es, de sociedades que tengan filiales con patrimonio predominantemente inmobiliario. Se trata con ello de impedir que se pueda evitar la aplicación del artículo 108 de la LMV interponiendo sociedades para evitar que la composición del activo esté integrada en más de un 50% por inmuebles ⁴⁶. Se somete a gravamen, por tanto, no solo a las transmisiones de acciones de sociedades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio español, sino también a las transmisiones de acciones de sociedades en cuyo activo se incluyan valores que permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España ⁴⁷.

Con todo, no queda claro si la norma afecta no ya a la adquisición de matrices con filiales de carácter marcadamente inmobiliario, sino a la adquisición de matrices cuyas filiales controlan entidades cuyo activo está integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España. Dado que literalmente exige que en el activo de la sociedad cuyo control se adquiere «se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad» cuyo activo tenga la composición referida, será relevante para responder a tal cuestión precisar si, conforme a la LMV, los valores que figuran en el activo de la matriz permiten ejercer el control de la entidad inmobiliaria de tercer nivel, lo que, en el caso de sociedades mercantiles, ha de recibir una respuesta afirmativa pues se computan también las participaciones indirectas.

La nueva redacción no precisa con nitidez, sin embargo, su ámbito de aplicación. No queda claro en efecto si los dos supuestos mencionados son independientes o se complementan, esto es, si

⁴⁶ Supóngase que una entidad A, cuyo activo tiene un valor de 100, dispone de dos inmuebles valorados en 45 y 15, entrando por ello de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 108.2. Para evitar que la adquisición de su control por un sujeto determinara el gravamen por el ITPO por tener su activo integrado al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio español, bastaba con aportar el inmueble valorado en 15 a una entidad de nueva creación (operación que devengaría el IOS). Tras la referida operación el importe de los inmuebles situados en territorio español no alcanzaba el 50% del valor del activo de A. Con la modificación operada por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal la adquisición de los títulos de A devengaría el ITPO, si bien únicamente respecto de las acciones de la sociedad de nueva creación.

⁴⁷ Con ello, señalaba la memoria que acompañó al proyecto de ley, se «introduce la equiparación de la adquisición directa de valores de la sociedad tenedora de inmuebles con su adquisición indirecta a través de la adquisición de sociedades interpuestas, gravando de la misma forma ambos supuestos».

la especial sujeción que establece se produce cuando el activo societario está constituido en más de un 50% por inmuebles, debiendo computarse por tales tanto los inmuebles como las participaciones en sociedades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles radicados en España o, en cambio, tal adición no es posible, desencadenándose la aplicación de la norma tanto cuando se adquieran valores de sociedades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles, como cuando se adquiriera el control de sociedades en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España, independientemente, en este último caso, de la importancia de tales valores en el activo de la entidad cuyo control se adquiere y de que la composición del activo no sea predominantemente inmobiliario ⁴⁸.

La redacción legal da pie ciertamente a defender esta segunda solución ⁴⁹, pues sujeta a gravamen la adquisición del control o su aumento de sociedades cuyo activo tenga la composición inmobiliaria referida «o» en cuyo activo se incluyan valores de sociedades eminentemente inmobiliarias. Se plantea de forma disyuntiva la proposición, planteamiento que parece reforzado por la ausencia en el marco de las reglas de cómputo establecidas para calcular si el 50% del activo está constituido por inmuebles de una norma que exija la adición de los inmuebles al de los valores de sociedades con la composición patrimonial referida.

Un argumento más propende a entender que tal es la solución que deriva de la norma: en caso de que fuera procedente la adición, y el valor de los inmuebles debiera sumarse al de los valores de sociedades cuyo activo estuviera integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España, únicamente resultaría lógico computar como inmueble el valor íntegro de los mismos cuando el activo de la entidad estuviera constituido únicamente por inmuebles. En caso contrario solo se debería computar como inmueble la parte proporcional del valor de las acciones o participaciones. Tal previsión no existe, lo que *sensu contrario* permite estimar que estamos ante dos supuestos de hecho independientes. Tal postura ha sido acogida por la propia DGT ⁵⁰.

⁴⁸ De acuerdo con ello, si en el activo de la sociedad A, valorado en 100, figurara un inmueble valorado en 45, y acciones de B valoradas en 10, resultando que su activo está constituido al 100% por un inmueble ubicado en España, la transmisión de las acciones de la entidad A determinaría el gravamen por el ITPO, aunque para determinar la base imponible solo se tendrían en cuenta –de acuerdo con el art. 108.3 a).2.º párrafo– los inmuebles de B.

⁴⁹ Así lo ha entendido la doctrina de forma generalizada. Señala PÉREZ-FADÓN que «inmuebles y valores deben computarse separadamente a estos efectos (a los efectos de determinar que el activo esté integrado en un 50% por bienes inmuebles), sin que puedan sumarse, por ejemplo, si una entidad tiene su activo formado por un 40% de inmuebles y un 51% por acciones que representan el 40% de una sociedad cuyo activo está conformado, exclusivamente, por inmuebles, por ninguno de ambos límites se considerará como entidad inmobiliaria a los efectos del artículo 108 de la LMV», «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., pág. 10. EREÑO afirma igualmente que en estos casos «no se exige que en el activo de la sociedad de primer grado predominen esos valores, sino simplemente que consten en el mismo, por pequeño que sea su importe», «Novedades en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores», *Forum Fiscal de Guipúzcoa*, mes 8, 2007. En la misma línea POZUELO ANTONI estima que «en la suma de bienes y derechos no se consideran inmuebles las acciones que permiten controlar sociedades que tengan como principal activo el inmobiliario. O dicho de otro modo, aunque este requisito de la composición del activo gira sobre dos elementos (inmuebles y acciones), su cómputo ha de hacerse de manera independiente, de modo tal que al valor de los inmuebles no se le suma el valor de ese tipo de acciones», «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., pág. 46. También de esta opinión es BONASTRE CAPELL, «Comentarios a la redacción del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores por la Ley 35/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal», *Fiscal mes a mes*, n.º 125 (2007), pág. 8.

⁵⁰ Contestación de 19 de junio de 2007 [V1308-07 (NFC029157)].

No es sin embargo esa la solución que mejor se acomoda a la filosofía del precepto. Si se pretende someter a gravamen la adquisición de acciones de sociedades cuyo patrimonio sea predominantemente inmobiliario, no tiene sentido sujetar la transmisión de acciones por el mero hecho de que en el activo de la sociedad figuren valores que permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles, cuando tal participación represente un pequeño porcentaje del activo de la primera. Supóngase que en el activo de una entidad, cuyo control adquiere una persona física, no hay ningún inmueble, y el 5% del mismo son valores de una entidad con patrimonio predominantemente inmobiliario. ¿Tiene sentido que tal operación tribute por el ITPO, como exige la norma? Advuértase además que la operación no estaría sujeta si la sociedad poseyera directamente los inmuebles.

El absurdo de la norma se acrecienta si se advierte que la configuración de la misma permite lograr precisamente lo que se ha tratado de evitar: que la interposición de sociedades permita eludir la aplicación del artículo 108 de la LMV. Piénsese en una entidad en la que el 60% de su activo está integrado por bienes inmuebles ubicados en territorio español, y cuya adquisición por tanto originaría el gravamen correspondiente. Basta, a tenor de lo que establece el artículo 108, con aportar parte de ese activo inmobiliario a una sociedad de nueva creación o ya existente para evitar que el activo esté integrado en más de un 50% por bienes inmuebles y su adquisición haga tributar por la totalidad de los mismos. Distribuyendo parte de los inmuebles de una entidad con un activo formado en un 50% por bienes inmuebles en filiales (ya existentes o de nueva constitución) se evita parcialmente el gravamen que de otra forma debería afrontar el adquirente. Con todo la referida operación devengaría dos impuestos distintos: la constitución quedaría sujeta por el IOS, y la adquisición por la persona física de las acciones de la entidad, en cuyo activo figuran los valores que permiten controlar una sociedad con patrimonio predominantemente inmobiliario, determinaría también el gravamen por el ITPO, pero únicamente respecto de los inmuebles que figuren en el activo de la entidad de segundo nivel.

En nuestra opinión en lugar de establecerse dos hechos impositivos diferentes la norma debería haber computado como inmuebles las participaciones en sociedades con patrimonio predominantemente inmobiliario ⁵¹.

2.2. Concepto de inmueble.

El concepto de inmueble debe determinarse, por mor de lo dispuesto en el artículo 3 del ITP y AJD ⁵², de acuerdo con lo que dispone el Código Civil, que delimita en sus artículos 334 y siguientes qué bienes tienen naturaleza de inmuebles, con la matización incorporada por el apartado segundo del artículo 3 del ITP y AJD según el cual «se considerarán bienes inmuebles, a efectos del impuesto, las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los (¡las!) mismos» ⁵³.

⁵¹ Así lo ha sugerido también BONASTRE CAPELL, «Comentarios a la redacción del artículo 108...», ob. cit., pág. 8.

⁵² Sobre el concepto de inmueble en el ITP y AJD véase MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., en AAVV, *Comentarios al ITP y AJD*, Thomson&Civitas, 2004, págs. 52 y ss.

⁵³ MUÑOZ DEL CASTILLO ha indicado atinadamente que es esta una disposición tradicionalmente reglamentaria que sin cobertura legal se incorporó al Texto Refundido del Impuesto de 1967, por lo que debe estimarse inconstitucional por vulnerar el

Hay que tener presente que el apartado 5 del artículo 334 convierte en inmuebles determinados muebles por el destino que han recibido, al señalar que son bienes inmuebles las «máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma»⁵⁴.

De acuerdo con lo indicado debe rechazarse el criterio recogido por la Resolución del TEAC de 15 de julio de 2004, que, a la hora de decidir si la transmisión de acciones de un parque de atracciones debía tributar de acuerdo con el artículo 108.2 de la LMV, estando constituido el activo de la entidad mayoritariamente por inmuebles por destino (las atracciones), se remitió al IVA, cuyo artículo 5 excluye del concepto de edificación los inmuebles por destino. Por más que la intención del tribunal fuera eximir de tributación una operación cuyo objeto no eran los inmuebles sino el negocio de ocio que en ellos se desarrollaba y por ende no buscaba eludir la imposición sobre el tráfico patrimonial, su interpretación carecía de fundamento legal⁵⁵.

La DGT se ha pronunciado sobre la consideración como inmuebles de los poseídos en *leasing*, estimando que solo deben computarse como bienes inmuebles cuando hay un compromiso firme de ejercicio de la opción de compra o se haya garantizado de alguna forma su ejercicio⁵⁶. A nuestro modo de ver la propiedad de los inmuebles no viene determinada por normas contables sino civiles, que no permiten entender que se sea propietario por más que se tenga una opción de compra, haya un compromiso firme de ejercer la opción o se haya garantizado su ejercicio, de la misma forma que no cabe considerar propietario al que ha suscrito un contrato de compraventa que no ha venido acompañado de *traditio* o al que compra difiriéndose la entrega del inmueble a un momento posterior⁵⁷.

2.3. El cómputo de los inmuebles por su valor real.

Con anterioridad a la modificación operada por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal, la ley no precisaba si la valoración tanto de los inmuebles como del resto de activos societarios había de efectuarse por referencia al valor resultante del balance o atendiendo al valor de mercado en el momento de realizarse la transmisión. La primera opción tenía la ventaja de facilitar la valoración de los activos societarios, introduciendo seguridad jurídica en la aplicación de la

principio de reserva de ley. También el Reglamento, sin cobertura legal, en su artículo 3, determina que «se considerarán bienes inmuebles los buques destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa».

⁵⁴ Según la contestación de la DGT de 26 de septiembre de 2007 [V2034/2007 (NFC027580)] una concesión administrativa que recaiga sobre la construcción y explotación de un aparcamiento público para vehículos tiene la calificación de bien inmueble a efectos de lo previsto en el artículo 108.2 a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, a la vista del artículo 334.10 del Código Civil conforme al cual las concesiones administrativas de obras públicas o que comporten la posibilidad de efectuar obras públicas tienen la calificación de bien inmueble. También una concesión administrativa de ejecución de obra pública y conservación y mantenimiento y explotación de las instalaciones del parque recreativo situadas sobre un terreno municipal [contestación de 19 de junio de 2007, V1308-07 (NFC029157)].

⁵⁵ De esta opinión es también BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 20.

⁵⁶ DGT de 10 de mayo de 1994 (NFC002023), apoyándose en una Resolución del ICAC de 21 de enero de 1992. También así lo estima LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108...», ob. cit., pág. 31.

⁵⁷ De esta opinión es igualmente POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108...», ob. cit., pág. 48.

norma ⁵⁸. Sin embargo, obviaba que los valores contables pueden hallarse alejados de los reales, lo que podía conducir, de aplicarse la referida solución, a abrir una puerta al fraude que se pretende combatir. El precepto, al exigir que el activo estuviera constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio nacional, parecía decantarse por la segunda alternativa, lo que permitía la facultad administrativa de comprobar valores. Tanto la Administración ⁵⁹ como el TEAC ⁶⁰ se decantaron expresamente por acudir a valores de mercado a efectos de computar el referido porcentaje, opción que ha sido recogida expresamente por la Ley 36/2006 que precisa 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.

La sustitución debe alcanzar a todos los valores del activo, y no solo a los inmuebles, pues de lo contrario se produciría una injustificable lesión del principio de igualdad, así como a los derechos, aunque la ley no los mencione.

Se ha cuestionado en alguna ocasión si debía tenerse en cuenta a la hora de realizar la valoración el *fondo de comercio u otros activos intangibles no contabilizados*. El TEAC ha dado a esta cuestión una respuesta negativa, precisamente por su no contabilización ⁶¹, solución que parece ser refrendada por la primera regla establecida para computar si el 50% del activo está constituido por inmuebles, que ordena sustituir por los valores reales «los valores netos contables», de donde parece inferirse que a falta de contabilización no cabe la sustitución ⁶². Esta solución no deja de ser injusta, pues ciertamente tales elementos son relevantes para el adquirente a la hora de aceptar el precio de los valores que compra. En nuestra opinión la consagración expresa por parte del legislador de la necesidad de acudir al valor de mercado de los bienes debe llevar a estimar que también deben valorarse el fondo de comercio u otros activos no contabilizados. No tiene sentido sujetar a gravamen la adquisición del control de una sociedad que gestiona una estación de servicio en la que el valor de la concesión para distribuir combustible es superior al del terreno y la instalación ⁶³, especialmente cuando la comparación entre el precio pagado por las acciones y el valor de los activos «revela» el valor de los activos no contabilizados. Como se ha señalado acertadamente, si se quiere huir de los valores contables se debe hacer con todas sus consecuencias permitiendo que también se tengan en cuenta en la valoración aquellos bienes o derechos no recogidos en contabilidad ⁶⁴.

⁵⁸ Esta solución fue adoptada por la Orden de 14 de enero de 1978 que, en desarrollo del artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, ordenó que a efectos de la determinación del porcentaje del valor de los bienes inmuebles se tendrían en cuenta «los que figuraran en el último balance ordinario aprobado de la sociedad».

⁵⁹ Véanse las contestaciones de la DGT de 19 de febrero de 1997, 20 de febrero de 1998 [n.º 0275-98 (NFC012043)] y 22 de diciembre de 2004 (V0460-04).

⁶⁰ Véanse las Resoluciones de 9 de mayo de 2001, de 28 de julio de 2004 (NFJ011065)] y 16 de febrero de 2005 [núm. 00/2332/2004 (NFJ019577)].

⁶¹ Véanse las Resoluciones de 25 de junio de 1999 (NFJ007891), en la que el recurrente solicitaba que se valorara una concesión de venta y suministro de carburante, y la de 16 de febrero de 2005 [núm. 00/2332/2004 (NFJ019577)].

⁶² Así lo estiman PÉREZ-FADÓN, «Análisis...», ob. cit., pág. 10; EREÑO, «Novedades...», ob. cit., pág. 26; POZUELO ANTONI, «Modificación del artículo 108...», ob. cit., pág. 48; y BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 21.

⁶³ Véase ALONSO GONZÁLEZ, L.M., «La cláusula antielusión del artículo 108 de la LMV y las sociedades concesionarias de aparcamientos subterráneos municipales», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 266 (2005).

⁶⁴ BONASTRE CAPELL, «Comentarios a la redacción del artículo 108...», ob. cit., pág. 9.

2.4. La exclusión de los inmuebles de sociedades de construcción o promoción inmobiliaria.

A los efectos del cómputo del 50% del activo constituido por inmuebles, no se tendrán en cuenta aquellos, 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 o promoción inmobiliaria [regla 2.^a del art. 108.2 a) de la LMV], lo que supone que no se computarán en el numerador de la fracción, aunque sí en el denominador. La exclusión se justifica por el hecho de que tales inmuebles están precisamente destinados a venderse.

La Administración ha señalado que de no realizarse el referido objeto con exclusividad no procederá la exclusión de los inmuebles⁶⁵, por lo que cualquier actividad añadida –lo que suele ser frecuente– obligaría a computar todos los inmuebles integrantes del activo⁶⁶. Cabe cuestionar si la exclusividad que se exige al objeto de la entidad alude al que recogen los estatutos⁶⁷ o también al que dimane del tráfico de la sociedad, dado que, como es sabido, los actos no comprendidos en el objeto social también son válidos, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudieran haber incurrido los administradores.

Únicamente se excluyen los bienes que formen parte del activo circulante, de manera que la medida no alcanzará a la sede de la entidad, ni en principio a los inmuebles que hubieran sido adquiridos como inversión⁶⁸. Tampoco a los terrenos y solares.

2.5. La exclusión de la financiación ajena a corto plazo.

La Ley de prevención del fraude fiscal ha incorporado una regla destinada a soslayar manipulaciones interesadas en la composición del activo. Para minorar la importancia porcentual de los inmuebles respecto del activo social y eludir la consideración de la entidad como eminentemente inmobiliaria, los gestores societarios podrían aumentar el activo solicitando un préstamo en la cuantía necesaria para evitar que el valor de los inmuebles respecto del activo fuera superior al 50% (que incluso podrían otorgar los propios socios), préstamo que sería amortizado tras la transmisión de los títulos⁶⁹. El artículo 108 de la LMV trata de salir al paso de tales maniobras estableciendo que el activo total a computar se minorará en el importe de la financiación ajena con vencimiento igual o

⁶⁵ Véase la contestación de la DGT de 15 de marzo de 2007 [V0553-07 (NFC029229)]. También así lo han entendido doctrina (LÓPEZ ALDEA, A., «Criterios de aplicación del artículo 108...», ob. cit., pág. 77. PÉREZ-FADÓN, «Análisis...», ob. cit., pág. 10. LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108...», ob. cit., pág. 33) y jurisprudencia [STSJ de Cantabria de 31 de enero de 2006 (NFJ022386)].

⁶⁶ Por ejemplo la Resolución del TEAC de 26 de mayo de 2004 [n.º 00/73/2004 (NFJ017350)] examina un supuesto en que la sociedad en cuestión tenía por objeto no solo la promoción y construcción de inmuebles sino su explotación en régimen de arrendamiento.

⁶⁷ Así lo estima BAS SORIA, para quien «aun con este objeto social exclusivo las sociedades podrán dedicarse a toda una serie de actividades diversas, como puede ser la compraventa de inmuebles, e inclusive declarar tales actividades habituales en sus declaraciones fiscales, sin miedo por ello a perder este beneficio». «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 23.

⁶⁸ PÉREZ-FADÓN, «Análisis...», ob. cit., pág. 11.

⁶⁹ Véanse por ejemplo los antecedentes de hecho examinados por la Resolución del TEAC de 28 de julio de 2004 [núm. 00/3975/2003 (NFJ019016)].

inferior a 12 meses, siempre que se hubiera obtenido en los 12 meses anteriores a la fecha en que se produzca la transmisión de los valores ⁷⁰.

Esta nueva regla puede abocar a resultados injustos en la medida en que el dinero del préstamo haya sido utilizado por la sociedad para adquirir algún bien inmueble. En tal caso, si bien por mandato legal el valor del activo se minorará en el importe del préstamo, no sucederá lo mismo con el valor de los inmuebles que compongan el activo en el momento de la transmisión de los valores. Lo lógico hubiera sido no computar tampoco los bienes adquiridos con los fondos obtenidos en préstamo ⁷¹.

La eficacia de la previsión establecida por el legislador es sin embargo limitada, en la medida en que la referida regla podría burlarse incidiendo no en la financiación ajena sino en la propia: bastaría aumentar el capital social en la medida necesaria para cambiar la composición del activo para evitar la sujeción al ITPO ⁷², aunque tal operación devengaría el IOS.

2.6. Fecha de cómputo del activo e inventario.

El cómputo deberá realizarse «en la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición de los valores o participaciones ⁷³, 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 esta».

La obligación de formar inventario y facilitarlo a la Administración plantea diversos problemas. En primer término, no queda claro si afecta a cualquier transmisión de valores o su ámbito es más restringido, y, en este último caso, cuál sea. Parece evidente que debe descartarse su exigencia generalizada a cualquier enajenación, pues en tal caso se hubiera incorporado tal obligación en el apartado primero del artículo 108 de la LMV. Téngase en cuenta que semejante exigencia sería absurda e impracticable: no puede entenderse que afecta a quien adquiere unas acciones en bolsa sin ningún control sobre la entidad cuyos títulos adquiere. Precisamente esta reflexión debe orientar sobre el ámbito de la obligación de formar inventario: parece que deberá afectar a aquellos que adquieran valores cumpliendo

⁷⁰ Evidentemente hay que entender que para que proceda su minoración del activo será necesario que el préstamo no se haya amortizado en la fecha de transmisión de los valores.

⁷¹ Imagínese que una entidad con un activo valorado en 100, en el que se integra un inmueble cuyo valor real asciende a 40, solicita un préstamo a corto plazo de 30, adquiriendo un inmueble valorado en 20. En el momento de transmitir el capital (supongamos que se transmite el 100%), el activo societario ascenderá a 130, del que habrá que retirar el importe del préstamo (30). El valor de los inmuebles ascenderá a 60. De acuerdo con las reglas del artículo 108, la transmisión de los títulos quedará sujeta al ITPO (valor del activo a computar = 100; valor de los inmuebles = 60). Y, sin embargo, claramente se puede apreciar ni antes de solicitar el préstamo ni en el momento de transmitir las acciones la entidad tenía un patrimonio eminentemente inmobiliario.

⁷² Supóngase que uno o varios socios quieren transmitir a un tercero todo el capital de una sociedad que gestiona un hotel, y por tanto cuyo activo está compuesto fundamentalmente por bienes inmuebles, valorándose el hotel en 100. Aumentando el capital en 101 el activo dejaría de estar constituido fundamentalmente por bienes inmuebles. Evidentemente la referida operación devengaría el IOS (1% del aumento del capital). La disponibilidad de la cifra requerida para aumentar el capital no constituiría un problema porque se obtendría recurriendo al préstamo, que es precisamente la operación en la que el legislador ha pensado. Ulteriormente el adquirente podría reducir el capital, devengándose de nuevo el IOS.

⁷³ Se eleva a rango legal el criterio administrativo expresado por la DGT, por ejemplo, en contestación vinculante de 22 de diciembre de 2004 (V0460-04). Evidentemente esta regla ya se infería de los criterios generales del devengo.

todos los requisitos exigidos por el 108.2 para que la operación esté sujeta al ITPO, salvo el de la composición del activo, que es precisamente el que se pretende acreditar con el inventario. Esto es, deberán formar inventario quienes, como consecuencia de una transmisión o adquisición, adquieran el control de una entidad, independientemente de la composición de su activo, pues precisamente el inventario permitirá a la Administración comprobar si el activo está o no integrado fundamentalmente por inmuebles situados en España o en él se encuentran valores de sociedades eminentemente inmobiliarias.

Tampoco precisa la norma si el inventario debe describir meramente los bienes integrantes del activo o también recoger su valoración contable. Esta segunda opción parece más adecuada atendiendo a la finalidad de la norma, pudiendo sustentarse en el dato de que cataloga «el activo» y no meramente los bienes propiedad de la entidad.

Según el precepto el obligado a proporcionar el inventario es el propio sujeto pasivo, no la sociedad cuyas acciones se transmiten, lo que puede ser problemático pues es el administrador de la entidad cuyos valores se adquieren o transmiten quien tiene en su poder tal información. Aunque se ha señalado que dado que tras la adquisición de los valores el socio posee el control de la entidad, por lo que no ha de tener problemas para conocer y elaborar el inventario, es esta una afirmación que no ha de ajustarse en todo caso a la realidad. Piénsese por ejemplo en el siguiente supuesto: sea una entidad propietaria del 30% de B, que a su vez posee el 60% de SI (sociedad con un patrimonio eminentemente inmobiliario), que adquiere el 40% restante de SI de un tercero. Por más que, conforme al criterio de la Administración, posea el control de SI, sumando su participación directa a la indirecta (40% directa más 18% indirecta), desde luego no cabe estimar que tenga el control jurídico de la misma: ni tiene una participación directa mayoritaria en su capital, ni controla a la entidad participada que tiene el 60% restante. Dificilmente puede en tal situación inventariar el activo. Como ha señalado BAS SORIA el adquirente, por su mera condición de socio, no tiene la facultad de conocer la composición del activo de la sociedad en el momento de la operación y además no puede, por el mero hecho de ir a realizar una transmisión, obligar a que los administradores, responsables de la formación de la contabilidad, formulen un inventario ⁷⁴.

Se ha señalado, por otro lado, que el incumplimiento de la obligación de formar inventario no llevará aparejada la imposición de sanción alguna, ante la ausencia de una norma que tipifique la infracción ⁷⁵. Siendo cierta tal afirmación, no lo es menos que sí se tipifica como infracción la desatención de requerimientos de la Administración (art. 203 de la LGT). Lo que de ningún modo puede admitirse es que el incumplimiento de la obligación determine el gravamen: es a la Administración a quien compete probar que se ha producido el hecho imponible, colabore o no el contribuyente en su verificación.

El inventario, que por cierto no ha de ser presentado a la Administración sino cuando esta lo requiera, y no con la autoliquidación, debe elaborarse en la fecha de la transmisión. Evidentemente, en aquellos casos en que el contribuyente haya adquirido sus acciones en diferentes fechas, la fecha a la que ha de atenderse para valorar el activo es aquella en la que se adquiera la participación que le haya permitido adquirir una posición de control, o un aumento en la cuota de participación en la entidad.

⁷⁴ BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 25.

⁷⁵ Véase nota anterior.

3. La adquisición del control.

3.1. En caso de entidades.

3.1.1. Introducción.

La aplicación del supuesto de hecho sustitutivo se produce cuando la adquisición permite obtener una posición de control, o una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación. Se trata esta de una novedad introducida por la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, pues anteriormente si la posición de control ya se poseía, según la Administración, la adquisición de un mayor porcentaje de capital en la entidad no desencadenaba la aplicación de la norma, «pues ya ha tributado por la adquisición de todos los bienes inmuebles incluidos en el activo de la sociedad participada y se produciría una doble imposición»⁷⁶. La modificación operada es coherente con la nueva regulación de la base imponible.

No es necesario que se adquiera la totalidad de los valores de la sociedad en cuestión o el 51% del capital, sino que basta que la adquisición de los títulos permita al adquirente obtener «una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas». De ahí que la transmisión de un pequeño paquete de acciones pueda desencadenar la aplicación de la norma, si ya se disponía de un cierto porcentaje de participación en el capital.

3.1.2. El cómputo de las participaciones pertenecientes al grupo de sociedades.

Para determinar si se posee el control de la entidad adquirida se tendrán en cuenta también las participaciones indirectas⁷⁷, así como, tras la modificación operada por la Ley de prevención del fraude fiscal, los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, lo que permitirá gravar la adquisición de valores cuando el grupo adquiera el control independientemente de que tal control no lo tenga la adquirente de los valores⁷⁸. Con anterioridad a la modificación normativa solo

⁷⁶ Contestación de la DGT de 18 de junio de 2003 [n.º 0829-03 (NFC017966)]. Por otro lado, en el supuesto examinado por la contestación de la DGT de 17 de julio de 1996 una sociedad de mera tenencia era participada por cuatro sociedades a partes iguales, todas ellas propiedad de una persona física que, por tanto, poseía el control indirecto de la sociedad de mera tenencia. El centro directivo consideró que la venta de las acciones en la sociedad de mera tenencia por tres de las sociedades a la cuarta originaba el devengo del ITPO.

⁷⁷ Véase la Resolución del TEAC de 31 de mayo de 1995 y la STS de 21 de enero de 2003 (NFJ014784).

⁷⁸ La definición de tal concepto exige acudir al artículo 42 del Código de Comercio, según el cual «existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta

la adquisición directa de una participación que permitiera a la adquirente, sumada a las participaciones indirectas que eventualmente pudiera poseer con carácter previo, obtener el control de una entidad con la composición patrimonial requerida por el artículo 108 de la LMV, determinaba la sujeción de la adquisición al ITPO. Si el control se obtenía por medio de una adquisición indirecta, esto es, por medio de la adquisición por una filial, la operación no estaba sujeta, pues la filial no adquiriría el control de la sociedad de carácter inmobiliario, y la matriz no adquiriría valor alguno (aunque sí el control, sumando su participación directa con la indirecta), lo que abría una puerta al fraude⁷⁹. La modificación operada por la Ley 36/2006 permite, para determinar si se tiene el control de la sociedad cuyos valores se adquieren, computar los de todas las entidades del grupo, por lo que la adquisición por una filial de valores que no le permitan a ella controlar a la sociedad inmobiliaria, pero sí al grupo, también estará sujeta, siendo sujeto pasivo la adquirente.

De ahí que, si una matriz posee el 40% del capital de una entidad con patrimonio eminentemente inmobiliario, la adquisición de un 20% adicional por la filial determinará la sujeción al ITPO. Como se advertirá con esta medida en no pocos casos la entidad adquirente de los valores tendrá que tributar a pesar de no poseer el control directo (ni indirecto) de la sociedad cuyos valores adquiere.

La referida previsión obliga a reflexionar sobre el tratamiento tributario de las *transmisiones intragrupo*. En principio parecería que, dado que para determinar si se adquiere o se aumenta el control de una entidad con patrimonio eminentemente inmobiliario se tienen en cuenta como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, la transmisión de los valores de una a otra entidad del grupo no determina un aumento en el porcentaje de participación, por lo que las reorganizaciones intragrupo no originarían tributación alguna⁸⁰.

circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona».

⁷⁹ El TEAC estimó no obstante, en Resolución de 5 de marzo de 2003 (NFJ014349), confirmada por la STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2007 (NFJ027343), tras analizar un supuesto en que dos filiales habían adquirido respectivamente el 49,9% de una entidad con activo eminentemente inmobiliario, que a pesar de no concurrir formalmente en la matriz la condición de adquirente la operación estaba sujeta al ITPO por tratarse de un negocio simulado (puesta de bienes a nombre de otro).

⁸⁰ Con la normativa vigente la DGT, en contestación de 22 de noviembre de 2007 [V2477-07 (NFC027854)] ha afirmado que «la adquisición por una sociedad holandesa a una sociedad francesa –que también es propietaria del 100% de la adquirente– del 100% de una sociedad cuyo activo está constituido por un inmueble sito en España, estará exenta del IVA y del ITP y AJD, según dispone el apartado 1 del artículo 108 de la LMV, ya que no se cumplen los requisitos de la excepción regulada en el apartado 2 del citado artículo 108, pues, al computar también como participación del adquirente los valores de las demás entidades del mismo grupo de sociedades, resulta que con esta operación ni se obtiene ni aumenta el control». En la misma línea la contestación de 18 de marzo de 2008 (V0569-08) señala que «el inciso final del párrafo séptimo del artículo 108.2 a) determina que, a efectos de la existencia y aumento del control, se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades. En este caso, el Grupo S ya tiene el 100% del capital social de P1, por lo que el control no puede aumentar, pues ya es total antes de la operación».

En los casos de fusión de sociedad íntegramente participada (fusión impropia) que fuese titular de valores de una entidad eminentemente inmobiliaria no concurrirá el requisito de aumentarse el control: ya era titular del mismo a través de la sociedad absorbida. Véase la contestación de la DGT de 18 de marzo de 2008 [V0569-08 (NFC028817)].

Esta postura ya fue aceptada por la Administración tributaria con anterioridad a la modificación operada por la Ley de prevención del fraude fiscal, si bien respecto de las participaciones indirectas. Señalaba la DGT que la adquisición por una matriz de los valores poseídos por una filial en entidades con patrimonio predominantemente inmobiliario no daba lugar a la adquisición de un control que no tuviera ya, aunque de modo indirecto, a través de sus sociedades filiales⁸¹. De acuerdo con este criterio no tributarían las transmisiones de valores de entidades con patrimonio predominantemente inmobiliario entre filiales de un mismo grupo⁸², ni la absorción de sociedades íntegramente participadas.

La referida conclusión, que no parece pueda discutirse cuando los valores transmitidos estén en posesión de sociedades íntegramente controladas por el grupo, no resulta tan nítida si los valores son poseídos por filiales cuyo capital no pertenece íntegramente a sociedades del grupo. Supóngase que la totalidad de las acciones de una sociedad cuyo activo está formado íntegramente por inmuebles situados en España (SI) son poseídas por una filial (F1) cuyo capital pertenece a la matriz (M) en un 75% y en un 25% a una entidad no perteneciente al grupo (C). ¿Origina la transmisión de las acciones de SI a la matriz un aumento en el control de la entidad? Desde luego, una sociedad del grupo ya poseía el 100% del capital de SI, por lo que se podría dar a esta cuestión una respuesta negativa. Pero también positiva, si consideramos que la matriz antes de la operación tenía una participación indirecta en SI, a través de la filial, del 75%, que se ve incrementada al 100% —y de forma directa— con la transmisión.

Aunque no quepa duda de que el control de la matriz aumenta, parece que de la redacción legal se infiere la primera solución: la participación directa en la sociedad inmobiliaria por sociedades del grupo no varía, por lo que no hay un aumento del control. Esta parece ser la postura de la Administración⁸³.

3.1.3. El control indirecto.

Las participaciones indirectas se calculan multiplicando los sucesivos porcentajes de participación⁸⁴, de manera que si una entidad A tiene el 80% de B, que a su vez posee el 80% de C, A detendrá una participación indirecta en C del 64%.

Si el cálculo de lo que sea una participación indirecta no suscita problema alguno, sí en cambio lo origina precisar *si para que tales participaciones puedan ser tenidas en cuenta es necesario que*

⁸¹ Véase la contestación de 17 de febrero de 2004 [núm. 0306-04 (NFC018909)].

⁸² Supóngase por ejemplo que la entidad A (matriz) posee el 100% del capital de B1 y B2, y cada una de ellas el 30% del capital de C, sociedad con un patrimonio predominantemente inmobiliario. La transmisión del 30% del capital de C por B1 a B2 no tributará por el ITPO, en la medida en que como participación del adquirente (B2) se computan también los valores de las demás sociedades pertenecientes al grupo, y por tanto los de B1, de manera que no puede estimarse que haya un aumento en el control de C.

⁸³ Véase la contestación de 18 de marzo de 2008 [V0569-08 (NFC028817)].

⁸⁴ Véase el artículo 69 de la LIS, dedicado a determinar el grado de dominio indirecto necesario para aplicar el régimen de consolidación fiscal.

se posea el control sobre todas las entidades de la cadena, de manera que todas posean una participación en el capital sobre la siguiente superior al 50%, que permita controlarla jurídicamente, o se computan en todo caso.

Supóngase que A posee el 40% de B, poseedora de un 60% de SI, y que adquiere el 40% de SI a C. La participación indirecta de A sobre SI es del 24%, lo que sumado a su participación directa (40%) parecería otorgar a A el control sobre SI (en total 64%). Sin embargo, A no controla jurídicamente a B, por lo que cabe cuestionarse si la participación de B sobre SI ha de ser tenida en cuenta para entender obtenido el control de SI. En suma, la regulación legal permite cuestionar si las participaciones indirectas se computan siempre o su cómputo exige el control de las entidades a través de las que se participa.

Estamos de nuevo ante una cuestión harto discutible. Si se trata de gravar aquellas operaciones que permiten al adquirente, interponiendo sociedades, controlar un patrimonio inmobiliario, parecería lógico estimar que únicamente deberán tenerse en cuenta aquellas participaciones indirectas «de dominio», esto es, que puedan ser controladas por la entidad poseedora por tener el control directo de la participada, lo que implicaría que todas las sociedades intermedias posean una participación en el capital superior al 50%. No se trata sin más de calcular porcentajes de participación indirecta, sino de determinar cuándo se obtiene el control de una entidad, y si las entidades intermedias no poseen el control de sus participadas difícilmente puede estimarse que las controlan y por ende que la matriz controla a la sociedad tenedora de los inmuebles.

En esta línea estima POZUELO ANTONI que ha de darse primacía a la finalidad del precepto (dando relevancia a alcanzar una posición tal que permita ejercer el control) e interpretar la participación directa o indirecta en el capital social superior al 50% en el sentido de comprobarla sociedad por sociedad y no acumuladamente, añadiendo que «una participación indirecta solo se sumará a la participación directa cuando en cada eslabón de la cadena de entidades la sociedad directamente participe tenga el control de la participada»⁸⁵.

No es esta sin embargo una conclusión que goce de unanimidad doctrinal⁸⁶ ni del favor de la jurisprudencia. En este sentido el TEAC ha considerado que «el artículo 108 de la LMV no atiende a un control o poder de decisión absoluto», lo que implica que cualquier participación indirecta pueda ser tenida en cuenta⁸⁷.

⁸⁵ POZUELO ANTONI, «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., pág. 59.

⁸⁶ Un sector doctrinal ha entendido en efecto que en el cómputo de las participaciones indirectas no se exige el requisito de control de las entidades a través de las que se participa. BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 27.

⁸⁷ Por ejemplo, en la Resolución de 5 de marzo de 2003 (NFJ014349), confirmada por la STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2007 (NFJ027343), en la que las sociedades Z y W, participadas al 100% y 50% por X, adquirieron cada una el 49% de la sociedad Y, cuyo activo era eminentemente inmobiliario, consideró, pese a las alegaciones de X de que no tenía una posición tal que le permitiera tener el control real o poder de decisión sobre Y, ni directa ni indirectamente pues necesitaba el consenso con otras sociedades o personas físicas, que el control del 108 no atiende a un control o poder de decisión absoluto, poseyendo indirectamente el 75% de Y, sin que la norma haga distinciones en función de la forma de control, ni determine reglas especiales para calcular el porcentaje exigido para que se dé el supuesto de hecho, admitiendo que en el caso X tenía el control sobre Y aunque fuera de forma indirecta.

3.2. En caso de personas físicas.

Hay que advertir que la regla relativa a la toma en consideración de las participaciones directas e indirectas así como las relativas a los grupos de sociedades afectan exclusivamente a las sociedades «mercantiles», *no a las personas físicas ni al resto de sociedades*. De ahí que una persona física pueda burlar la aplicación del apartado segundo del artículo 108 adquiriendo el capital de la sociedad con patrimonio inmobiliario a través de dos sociedades íntegramente participadas por ella, o adquiriendo directamente el 50% del capital y el otro 50% a través de una sociedad íntegramente participada⁸⁸. En ambos casos es meritorio que adquiere el control de la sociedad inmobiliaria, sin que se desencadene el gravamen. Estamos ante una puerta abierta al fraude de tan fácil acceso que desestructura el precepto.

En el lado opuesto y dado que las participaciones poseídas por sociedades controladas por una persona física no se tienen en cuenta a efectos de obtener o aumentar el control de una sociedad con patrimonio predominantemente inmobiliario, la transmisión por la sociedad de la que la persona física es socia a la propia persona física de acciones o participaciones de una sociedad cuyo activo esté integrado fundamentalmente por bienes inmuebles, quedará gravada por el ITPO, a pesar de que indudablemente la persona física, de hecho, ya tenía el control de la referida entidad⁸⁹.

La falta de consideración de las participaciones indirectas en el caso de personas físicas puede dar lugar a casos de doble imposición de la misma riqueza. Supóngase en efecto que una persona física adquiere la totalidad del capital de una entidad (A) cuyo único activo son las acciones de otra sociedad (B), propietaria exclusivamente de un solar. Tras la reforma del artículo 108 por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal la adquisición de las acciones de la entidad A estará gravada, por poseer valores de una entidad eminentemente inmobiliaria. Como también lo estará la transmisión por A a su socio persona física de las acciones de B. Se produce un doble gravamen de la misma riqueza que no tiene justificación. Aunque evidentemente la solución es la misma que si en lugar de las acciones de la entidad B en el patrimonio de A figurara el solar. En tal situación tributaría el socio persona física tanto al adquirir el control de A como al adquirir el solar de A con posterioridad.

También desencadena el gravamen la transmisión por una persona física de las acciones de una sociedad unipersonal íntegramente participada por él (con un patrimonio eminentemente inmobiliario) a otra en la que también posee el 100% del capital, sin que en tal supuesto pueda advertirse intención alguna de eludir el impuesto transmisorio interponiendo una sociedad, pues la persona física sigue teniendo sobre el solar el mismo control que tenía antes de la venta, si bien indirectamente

⁸⁸ Si una persona (Javier) quiere adquirir una sociedad (HSA) que gestiona un hotel, y cuyo patrimonio es predominantemente inmobiliario, la adquisición directa del 100% del capital de HSA determinará la sujeción al ITPO. En cambio, la adquisición directa por Javier de un 50% del capital y la adquisición del otro 50% por una sociedad de nueva constitución o ya existente íntegramente participadas por Javier no desencadenará la aplicación del 108.2 de la LMV.

⁸⁹ Así lo ha señalado la DGT al ser consultada por el régimen tributario de la transmisión por una sociedad íntegramente participada por una persona física a esta de las acciones de una sociedad cuyo activo era en un 90% de naturaleza inmobiliaria. En la contestación de 12 de diciembre de 2002 (núm. 1937-02) señala la DGT que «en esta consulta se plantea si puede entenderse que, puesto que el adquirente poseía con anterioridad a la adquisición el control de la adquirida, al ser el propietario al 100% del capital de la transmitente, no obtiene el control de la adquirida, dado que ya lo poseía», afirmando que «cuando una persona física detenta un porcentaje de capital a través de otra sociedad, no puede computarse como participación indirecta en la participada».

a través de la entidad adquirente. Pero como esta última adquiere el control de la entidad inmobiliaria, se verá obligada a tributar de acuerdo con el artículo 108.2 de la LMV⁹⁰.

No se acumulan sin embargo las participaciones poseídas por personas vinculadas por lazos familiares⁹¹, como sucedió en el pasado⁹², lo que abre también una puerta al fraude: la adquisición conjunta por ambos cónyuges del 100% del capital de una entidad cuyo patrimonio esté íntegramente formado por bienes inmuebles sitos en territorio español no desencadenará el gravamen, cuando si lo estaría la adquisición directa de los inmuebles integrantes del activo⁹³. Aquí la interposición de sociedades permite eludir el impuesto.

3.3. *¿Se debe adquirir el control de la sociedad cuyos valores se adquieren o de la sociedad tenedora de inmuebles?*

Antes de la modificación operada en el artículo 108 de la LMV por la Ley 36/2006 resultaba meridianamente claro que la sujeción al ITPO se desencadenaba cuando se lograba el control de la entidad cuyos valores se adquirían. La ampliación del hecho imponible, que no solo abarca la adquisición de valores de sociedades cuyo activo esté integrado fundamentalmente por bienes inmuebles sino también la adquisición de acciones de sociedades en cuyo activo se incluyan valores que permitan ejercer el control de otra entidad cuyo activo esté integrado fundamentalmente por bienes inmuebles, exige cuestionarse, en este último caso, si la posición de control que debe obtener el adquirente para que la operación se someta a gravamen se refiere a la sociedad cuyos valores se adquieren o a la sociedad cuyo activo está compuesto principalmente por bienes inmuebles⁹⁴.

⁹⁰ Véase el supuesto abordado por la Resolución del TEAC de 1 de marzo de 2006 (NFJ023508).

⁹¹ Véase la contestación de la DGT de 9 de octubre de 2002 [n.º 1523-02 (NFC020459)].

⁹² La Orden Ministerial de 14 de enero de 1978, que desarrolló el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, ordenaba acumular a efectos del cómputo de dicho coeficiente, las transmisiones realizadas, siempre dentro del año inmediatamente anterior, en favor del cónyuge y de los hijos menores no emancipados, cuando no se acreditara la previa existencia en el patrimonio de estos de bienes suficientes para realizar las adquisiciones.

⁹³ Las restricciones a la extensión de este trabajo no nos permiten analizar detenidamente otra cuestión de indudable relevancia, como es si la adquisición por un cónyuge en régimen de gananciales de un paquete de control determina el devenir del ITPO por atribuirse a él íntegramente o, en cambio, ha de repartirse entre los cónyuges a partes iguales. La Resolución del TEAC de 26 de mayo de 2004 [n.º 00/73/2004 (NFJ017350)] estimó que los valores poseídos por la sociedad de gananciales han de ser atribuidos por mitad a ambos cónyuges, de manera que mediando este régimen matrimonial no será de aplicación el 108 de la LMV, salvo que parte de las acciones o participaciones en posesión de alguno de los cónyuges sean privativas. No ha sido esta la postura del TSJ de Madrid, que ha otorgado prevalencia a la titularidad formal sobre la ganancialidad de los bienes adquiridos. En Sentencia de 23 de abril de 2004 (NFJ018044) afirma, en un supuesto en que uno de los cónyuges, propietario junto con su cónyuge del 98% del capital de una entidad, adquirió el 2% restante, que las participaciones adquiridas debían considerarse, salvo prueba en contrario, como bienes gananciales, «si bien, a los efectos de su titularidad, es evidente que aparecen a nombre del actor y eso es lo que tiene consecuencias tributarias según lo preceptuado en el artículo 108 de la LMV».

⁹⁴ Supóngase que la sociedad A posee el 30% de SI (sociedad cuyo activo está formado fundamentalmente por bienes inmuebles), y que adquiere el 40% de B, que posee el 60% del capital de SI. Tras la adquisición A tiene una participación económica en SI del 54% (30% de forma directa y 24% de forma indirecta), de manera que –según la Administración– posee su control a efectos del 108.2, pero en cambio no controla a la sociedad B, cuyos valores adquiere. ¿Está sujeta la referida operación al ITPO? En nuestra opinión –por los motivos que reseñamos en el texto– la ley exige que se adquiera el control de la entidad cuyos valores se adquieren (el control de B), por lo que no estaría gravada.

Varios motivos nos inducen a estimar que se debe adquirir el control de la entidad cuyos valores se adquieren, de manera que si la adquisición de los mismos permite lograr el control de la sociedad inmobiliaria pero no de la sociedad cuyos valores se adquieren la operación no estará sujeta. En primer término, resulta relevante que la dicción literal del precepto, en este aspecto, sea la misma que antes de la modificación («... siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades...»), pues incita a pensar que nada ha cambiado: se sigue exigiendo el mismo control, esto es, el control sobre la entidad cuyos valores se adquieren.

Por otro lado, esa conclusión resulta obvia si se acepta otra a la que ya nos hemos referido previamente: si se entiende que, cuando la norma sujeta la adquisición de valores de entidades en cuyo activo se incluyan valores que le permiten ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por bienes inmuebles radicados en España, el control de la entidad inmobiliaria lo debe poseer la sociedad cuyos valores se adquieren, y no la sociedad cuyos valores se encuentran en el activo de la anterior, debe estimarse que cuando la norma exige con carácter general que como resultado de la adquisición el adquirente debe obtener una posición de control se refiere al control sobre la entidad cuyos valores se adquieren, pues el de la sociedad inmobiliaria ya se había exigido previamente. Esto es, si el precepto se estuviera refiriendo el control de la entidad con activo inmobiliario lo exigiría por dos veces en el mismo precepto, lo que no tiene sentido ⁹⁵.

4. La cotización de los títulos en un mercado secundario.

Las normas especiales de sujeción establecidas en el apartado segundo del artículo 108 de la LMV no son aplicables a las transmisiones de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, siempre que la transmisión se produzca con posterioridad al plazo de un año desde la admisión a negociación de dichos valores, indicándose que «para el cómputo del plazo de un año no se tendrán en cuenta aquellos períodos en los que se haya suspendido la negociación de los valores» y añadiéndose que «cuando la transmisión de valores se realice en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición, no será necesario el cumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior».

El legislador parece estimar que la transparencia y publicidad de las transmisiones de títulos cotizados en bolsas de valores no permiten sospechar que se esté eludiendo el ITP y AJD a través de la interposición de figuras societarias. La doctrina ha insistido en que detrás de la referida previsión subyace una justificada razón, en la medida en que son negocios que gozan de la transparencia necesaria y los activos, incluidos los inmobiliarios, están afectos a actividades económicas ⁹⁶. Sin embargo, esta previsión no hace sino poner de relieve que deberían excluirse del ámbito del precepto todas aquellas operaciones de transmisión de títulos de sociedades con un marcado carácter empresarial de las que ningún fraude cabe sospechar. Es más, genera una lesión del principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos difícilmente justificable ⁹⁷.

⁹⁵ También POZUELO ANTONI estima que este requisito exige el control de la entidad cuyas acciones se adquieren. «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., págs. 55 y 56.

⁹⁶ Así por ejemplo POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108...», ob. cit., págs. 62 y 63.

⁹⁷ De esta opinión es igualmente BONASTRE CAPELL, «Comentarios a la redacción del artículo 108...», ob. cit., pág. 5.

La desigualdad de trato es llamativa si se comparan las diferencias de tributación que resultan de la adquisición de una entidad *holding* con cotización en bolsa con filiales de carácter inmobiliario o de la adquisición directa de estas últimas. Dada la composición de su activo, la adquisición de las filiales tributaría por el ITPO. Como también lo haría la adquisición de la matriz en la medida en que en su activo figuran participaciones de control de entidades inmobiliarias, de no ser por la previsión del apartado cuarto del artículo 108 que exime de tributación a la adquisición de valores con cotización en bolsa.

La referencia a mercados secundarios oficiales no debe entenderse circunscrita a los mercados nacionales, pues lo contrario introduciría una discriminación contraria al Derecho comunitario ⁹⁸.

El plazo de un año desde la admisión a negociación debe ser de cotización efectiva, excluyéndose los períodos en que la cotización del valor esté suspendida. En nuestra opinión, una vez transcurrido el referido plazo la transmisión estará exenta incluso si en el momento de procederse a la misma la cotización está suspendida, pues los valores cuya cotización ha sido suspendida siguen siendo valores admitidos a negociación ⁹⁹. La inaplicación de la exención únicamente procederá cuando se produzca la exclusión de la cotización en bolsa.

5. ¿Se aplica la norma también a la transmisión de valores de entidades que desarrollan una contrastada actividad económica?

Si el presupuesto de hecho sustitutivo que hemos examinado tiene como objeto atajar la elusión del ITP y AJD en la transmisión de bienes inmuebles mediante la interposición de figuras societarias, parece que no debería extenderse a aquellas transmisiones de valores en que no se ha buscado tal interposición para eludir la tributación, como acontece en particular cuando se transmiten títulos de entidades que desarrollan una contrastada actividad económica.

El propio TEAC en alguna ocasión ha incorporado a sus razonamientos la necesidad de excluir de gravamen aquellas transmisiones de valores que denotan la transmisión de un negocio en funcionamiento, y no una transmisión encubierta de inmuebles. Es el caso de la Resolución de 15 de julio de 2004 (núm. 00/7054/2003), en la que se dilucidaba si la adquisición de la totalidad del capital de una sociedad que gestionaba un parque acuático, y cuyo principal activo eran las propias instalaciones del parque, debía someterse a tributación. El tribunal, consciente de que, de acuerdo con el concepto de inmueble contemplado por el Código Civil, tales instalaciones tienen la condición de inmuebles por destino, acude al concepto de edificación del IVA que excluye expresamente su calificación como inmuebles, apoyándose además en que se entrega un negocio en funcionamiento cuyo principal activo (los inmuebles e instalaciones para uso del parque, como piscinas, toboganes, bombas de impulsión y filtración del agua, etc.), a la vista del objeto de la explotación, han de ser inmuebles.

⁹⁸ También PÉREZ-FADÓN estima que hay que considerar que se refiere a cualquier tipo de mercado secundario que sea oficial en cualquier país, aunque considera que es difícil admitir como negociados en mercados secundarios oficiales a los que se desarrollen en paraísos fiscales. «Análisis...», ob. cit., pág. 17.

⁹⁹ No lo entiende así PÉREZ-FADÓN, «Análisis...», ob. cit., pág. 17.

Lo cierto es que tales consideraciones no han sido recogidas, al menos con carácter general, por la norma, que grava la transmisión de valores, concurriendo los requisitos pertinentes, tanto de sociedades de mera tenencia como de sociedades en funcionamiento. El propio TEAC, de nuevo y rectificando las observaciones realizadas en la resolución referida en el párrafo precedente, ha insistido en ello: «el hecho de que el objetivo del negocio jurídico celebrado era transmitir un negocio en funcionamiento (el supuesto examinado abordaba la adquisición de acciones de una sociedad propietaria de un hotel) 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...» [Resolución de 16 de febrero de 2005, núm. 00/2332/2004 (NFJ019577)].

No obstante, si es cierto que con carácter general también la transmisión de valores de negocios en funcionamiento se somete a gravamen, hay un caso, incorporado por la Ley 36/2006, en que no es así: el relativo a la transmisión de valores de sociedades con cotización en bolsa. Como hemos advertido más arriba se ha insistido en que detrás de la referida previsión subyace una justificada razón, en la medida en que son negocios que gozan de la transparencia necesaria y los activos, incluidos los inmobiliarios, están afectos a actividades económicas. Sin embargo tal excepción no hace sino poner de relieve una desigualdad de trato difícilmente justificable: las sociedades que no cotizan en bolsa también desarrollan actividades económicas y la transmisión de sus valores, sin embargo, tributa, sin que la diferencia de trato —en nuestra opinión— pueda entenderse justificada, pues es posible encontrar fórmulas menos lesivas del principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos que permitan sujetar al ITPO únicamente aquellas transmisiones de valores tras las que subyazca únicamente una transmisión de inmuebles.

Adviértase, en todo caso, que lo que reclamamos no es propiamente que la transmisión de valores no tribute, sino que la norma sea coherente con su finalidad. Si, como parece y denota la exclusión del ámbito de la norma de los valores de sociedades con cotización en bolsa, únicamente se persigue evitar la elusión del ITPO a través de la interposición de sociedades, habrá que diseñar su ámbito de aplicación de manera que únicamente queden sujetos los casos en que tal intención elusiva sea meridiana ¹⁰⁰.

Es cierto que, en caso de que la norma antielusión no se aplicara a la transmisión de acciones o participaciones de sociedades que no fueran de mera tenencia de bienes, esto es, de entidades que desarrollaran una actividad económica, bastaría con vestir la sociedad de una actividad empresarial o profesional para eludir la aplicación de la norma. Sin embargo, resulta desproporcionado combatir tal temor obviando en la configuración de los supuestos gravados cualquier referencia a la actividad de la entidad cuyos valores se transmiten o adquieren y, por tanto, incluyendo en el ámbito de una norma antifraude operaciones que a todas luces no persiguen la transmisión de inmuebles sino de una empresa en funcionamiento. Lo lógico sería precisar el tipo y requisitos exigidos a la actividad empresarial realizada por la entidad para que no fuera de aplicación el gravamen.

¹⁰⁰ La doctrina ha criticado de forma generalizada la extensión del artículo 108 a la transmisión de sociedades en funcionamiento. Señala en este sentido GARCÍA NOVOA que «lo cierto es que, como ha resaltado la doctrina, si su fin último es evitar que se beneficien de la exención en el ITPO las transmisiones de valores de sociedades patrimoniales, cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles porque ello supone la transmisión del propio inmueble, en la práctica la cláusula se está aplicando a toda transmisión de participaciones sociales de entidades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas, y aunque los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad». «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», *Quincena Fiscal*, n.º 10/2006, pág. 24.

V. LA TRANSMISIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES RECIBIDAS POR LA APORTACIÓN DE BIENES INMUEBLES A SOCIEDADES

1. Introducción.

El artículo 108 de la LMV somete también a gravamen la transmisión de acciones o participaciones sociales recibidas por las aportaciones de inmuebles realizadas con ocasión «de la constitución o ampliación de sociedades, o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años»¹⁰¹.

El legislador quiere atajar la elusión del ITPO que se produciría si en lugar de vender un inmueble, el propietario lo aportara a una sociedad de nueva constitución o controlada por quien desea adquirir el inmueble y a continuación le vendiera las acciones¹⁰², operación que, a salvo de lo dispuesto por el artículo 108 de la LMV, únicamente tributaría por el IOS¹⁰³. Tal operación no estaría contemplada por el primer supuesto del apartado segundo del artículo 108 de la LMV en la medida en que el activo de la sociedad receptora no fuera predominantemente inmobiliario.

De la lectura del artículo 108 se infiere que en principio son tres los requisitos exigidos para que se aplique la especial sujeción al ITPO que establece el precepto:

- a) Que los valores enajenados hayan sido recibidos por aportaciones de bienes inmuebles a sociedades.
- b) Que la enajenación se produzca en el plazo de los tres años siguientes a la aportación.
- c) Que los valores enajenados no coticen en un mercado secundario oficial. A este requisito, común al primer supuesto de hecho sustitutivo, ya nos hemos referido anteriormente.

No es necesario, por tanto, que el activo de la entidad sea predominantemente inmobiliario¹⁰⁴, como ocurre en el primer supuesto contemplado. Es más, el precepto se diseña precisamente para

¹⁰¹ Señalaba MARTÍN QUERALT hace ya más de dos décadas que «el ordenamiento tributario ha contemplado con ciertas cautelas las aportaciones no dinerarias al capital de las sociedades, por cuanto mediante las mismas, podían estar encubriéndose auténticos contratos de compraventa, traslativos del dominio de bienes inmuebles, y obviándose, en consecuencia, la aplicación de los tipos de gravamen correspondientes a estos traslados dominicales de inmuebles, que son mucho más gravosos que los previstos para el caso de constitución o ampliación de capital social». «Análisis de las reformas introducidas por la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, en el régimen tributario de las transmisiones de acciones», *REDF*, n.º 15-16 (1977), pág. 840.

¹⁰² Véase SERLOOTEN, P., *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 5.ª ed., 2006, en referencia a la norma francesa, codificada en el artículo 727 del *Code General des Impôts*.

¹⁰³ En lugar de vender un inmueble por 1.000.000, operación que devengaría el ITPO a cargo del adquirente (6 ó 7% de 1.000.000), el propietario lo aportaría a una sociedad íntegramente participada por el interesado en comprar, tributando la entidad por el IOS (1% de 1.000.000), y a continuación vendería las acciones al socio mayoritario.

¹⁰⁴ Es esta una cuestión que no ha suscitado duda en la doctrina. Véase LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108...», ob. cit., pág. 39. BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 28.

combatir aquellos casos que no cubre el primer supuesto. Habrá que entender que, cuando la transmisión de valores reúna los requisitos para quedar gravada con arreglo a los dos supuestos regulados por el apartado segundo del artículo 108 de la LMV, será de aplicación el segundo por su mayor especificidad. Esta afirmación tiene una indudable trascendencia en la determinación de la base imponible, que sigue criterios diferentes en ambos supuestos.

Tampoco parece exigirse que el adquirente de los valores posea el control de la sociedad o lo adquiera como resultado de la adquisición. Si, como hemos indicado anteriormente, el supuesto que nos ocupa pretende combatir la elusión del ITPO que se produciría cuando, en lugar de transmitir un inmueble, el propietario lo aportara a una sociedad de nueva constitución o controlada por el interesado en adquirirla vendiendo a continuación las acciones, resultaría lógico que la normativa exigiera, para sujetar la transmisión de los títulos como transmisión de inmuebles, que el adquirente ostentara una posición de control en la entidad receptora del inmueble. No tiene sentido que quien adquiere un 5% del capital en una entidad sin tener participación previa alguna en la misma tribute como si estuviera adquiriendo un bien inmueble, pues no se advierte qué elusión puede traslucir tal operación. El tenor literal de la letra b) del apartado segundo del artículo 108 de la LMV no exige, sin embargo, que el adquirente de los valores posea el control de la sociedad o lo adquiera como resultado de la adquisición ¹⁰⁵. Basta acudir al artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, germen del precepto que nos ocupa, para despejar toda duda, pues tal norma regulaba en primer término el supuesto que comentamos, sujetando la transmisión onerosa de acciones o participaciones sociales recibidas por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o la ampliación de su capital social sin exigir una determinada composición del activo, como sí hacía el supuesto regulado en el apartado segundo de dicho precepto.

Finalmente, la transmisión de valores se somete a gravamen incluso si la aportación del inmueble a la sociedad fue gravada por el IVA, lo que no tiene sentido si el inmueble aportado se sujetó por ser un solar edificable o constituir primera entrega de edificación, pues en tal caso no se elude el ITP y AJD. La transmisión directa del mismo al adquirente de los valores hubiera sido gravada de la misma forma que aportándolo a la sociedad, por lo que no se ve motivo para que la transmisión de los títulos poco después de la aportación se grave por el ITPO como transmisión de inmuebles ¹⁰⁶.

2. La enajenación «onerosa» de valores recibidos por la aportación de bienes inmuebles a sociedades.

En primer término la LMV exige que las acciones o participaciones enajenadas se hubieran recibido como consecuencia de la aportación de inmuebles a sociedades *con ocasión de la constitución de la sociedad o la ampliación de su capital social*. La Ley de medidas para la prevención

¹⁰⁵ LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108...», ob. cit., pág. 39. BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 28.

¹⁰⁶ Precisamente por ello en Francia no se grava la transmisión de los títulos cuando los valores transmitidos tuvieron como contravalor un bien cuya aportación se gravó por el IVA.

del fraude fiscal ha incorporado la «ampliación de sociedades» al elenco de operaciones en cuyo marco debe efectuarse la aportación inmobiliaria, referencia que debe entenderse realizada al aumento del fondo patrimonial de aquellas sociedades que propiamente no tienen capital social ¹⁰⁷, como es el caso de las sociedades civiles. Se trata con todo de una novedad que introduce más confusión que claridad, pues la «ampliación de sociedades» no es un concepto acuñado en el ámbito mercantil, no pareciendo tampoco que tal aclaración fuera necesaria: la modalidad de «Operaciones Societarias» del ITP y AJD, que como es sabido grava desde antaño determinadas operaciones que afectan al desarrollo y estructura de las sociedades, únicamente alude al aumento de capital, sin que en rigor tal mención haya impedido gravar el aumento de los fondos propios de entidades que propiamente no tienen capital social.

Dado que los valores transmitidos han de haber sido recibidos como consecuencia de la aportación de bienes inmuebles, parece que en aquellos casos en que la aportación de estos no dé lugar a la entrega de valores al socio no podrá aplicarse la norma. Esta afirmación, aunque pueda parecer obvia, tiene una indudable relevancia si se piensa en las aportaciones inmobiliarias que efectúen los socios para reponer pérdidas sociales: puesto que la aportación no conlleva la entrega de nuevos valores al socio, la transmisión de los que ya posea no originará el gravamen por el ITPO.

Es preciso que los títulos enajenados se reciban del aportante, de forma que la transmisión efectuada por quien adquirió del aportante estará exenta ¹⁰⁸, salvo que incurra en el supuesto de hecho de la primera excepción a la exención.

No precisa la ley *qué títulos se entienden transmitidos cuando el socio no transmita todos los títulos de su cartera*, resultando que algunos de ellos hayan sido obtenidos como resultado de aportaciones de bienes inmuebles y otros como resultado de aportaciones dinerarias. Como es sabido la LIRPF/2006 establece, para resolver tal cuestión en el ámbito del Impuesto sobre la Renta y determinar la plusvalía gravada, el método FIFO (*first in, first out*). No creemos que tal criterio pueda extenderse al ITP y AJD ¹⁰⁹, ámbito en el que, a falta de adopción positiva de un criterio diferente, ha de atenderse a la identificación mercantil de los títulos transmitidos ¹¹⁰. Por las mismas razones consideramos inaplicable cualquier regla que pondere la antigüedad de los diversos títulos de la cartera del contribuyente ¹¹¹. En realidad este problema pone de relieve otro de mucho mayor calado, que es la dificultad de admitir a la luz del principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos que, transmitiéndose el mismo número de acciones, en unos casos el adquirente tenga que tributar por el ITPO y en otros no, en función de que el contravalor de los títulos enajenados fuesen bienes inmuebles u otros activos. Más adelante reflexionamos sobre este problema.

¹⁰⁷ PÉREZ-FADÓN, «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., pag. 15.

¹⁰⁸ MARTÍN MORENO, J.L., *Transmisiones inmobiliarias...*, ob. cit., pág. 351.

¹⁰⁹ No es de esta opinión BAS SORIA, quien estima que ante el silencio del precepto parece la postura más lógica acudir a la regla FIFO establecida en el IRPF. «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 28.

¹¹⁰ Téngase en cuenta además que el criterio FIFO podría ser perjudicial para los intereses de la Hacienda Pública, pues tomaría como valores transmitidos los más antiguos, lo que podría situar la transmisión realizada fuera del marco del artículo 108 de la LMV.

¹¹¹ Este criterio ha sido propuesto por LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108...», ob. cit., pág. 39.

La regla únicamente se aplica a las aportaciones de inmuebles ¹¹², por lo que la transmisión de acciones recibidas por la aportación de bienes muebles queda extramuros de la excepción ¹¹³.

Resulta necesario detenerse en dos problemas que se presentan en torno a los inmuebles a que se refiere la norma. Por un lado, es preciso examinar si los inmuebles aportados deben estar situados en territorio nacional, como exige el primer supuesto para considerar que el activo de una sociedad es predominantemente inmobiliario, o se está refiriendo a cualquier inmueble independientemente de su ubicación. Aunque el silencio del precepto, unido a la expresa exigencia de tal requisito en el primer supuesto antielusión, podrían llevar a entender que la regla se aplica independientemente de la localización del inmueble, en nuestra opinión no parece que pueda discutirse que los inmuebles aportados deben estar situados en España: la transmisión de inmuebles situados en el extranjero no queda sujeta al ITPO [art. 6.1 a) del TR ITP y AJD], por lo que ninguna elusión de tal tributo puede producirse aportándolos a una entidad y transmitiendo a continuación las acciones. A esta conclusión debe llegarse, por tanto, acudiendo a las reglas que establecen el ámbito de aplicación territorial del impuesto.

Por si quedara alguna duda, la propia Ley 21/2001, de 27 de diciembre, al concretar el alcance de la cesión y los puntos de conexión en el ITP y AJD, advierte expresamente que el rendimiento se atribuirá «en los supuestos previstos en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, a la comunidad autónoma en la que radiquen los bienes inmuebles integrantes del activo de la entidad cuyos valores se transmiten». Si el inmueble no se encuentra en territorio español no se atribuye a nadie, porque su transmisión no queda gravada.

La segunda cuestión a dilucidar pasa por precisar si también se computan como inmuebles las acciones de sociedades cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España, como sucede respecto del primer supuesto antielusión, y por tanto la transmisión de las acciones recibidas por la aportación a una sociedad de valores de una entidad cuyo activo esté constituido en más de un 50% por bienes inmuebles situados en territorio español también podría subsumirse en este supuesto. Parece que la respuesta a esta cuestión ha de ser, ante el silencio legislativo, negativa. Los únicos cauces para llegar a la solución contraria pasarían por utilizar la analogía o entender que cuando el precepto se refiere a «valores transmitidos» se está refiriendo a los mismos valores a que alude en el primer supuesto antielusión. La primera opción debe descartarse porque la analogía está prohibida para delimitar el hecho gravado (art. 14 de la LGT). La segunda tampoco parece admisible, y no solo porque no se infiere de la lectura del precepto, sino porque implicaría aceptar que el segundo supuesto antielusión únicamente sería aplicable a la transmisión de valores recibidos por aportaciones de inmuebles a sociedades cuyo activo estuviera constituido al menos en un 50% por bienes inmuebles, lo que desde luego no responde a la interpretación que habitualmente se ha hecho del mismo. Ello permitirá burlar la regla antielusión aportando en primer término el inmueble a una sociedad de nueva constitución cuyas acciones se aportan acto seguido a la entidad controlada por el interesado en el inmueble, transmitiéndose entonces las recibidas de esta última entidad ¹¹⁴.

¹¹² En Francia el artículo 727 del *Code General des Impôts* extiende la regla tanto a la aportación de inmuebles como de muebles, gravando la cesión posterior de los títulos en función de la naturaleza del bien aportado, si bien la regla no se aplica a la cesión de acciones o de participaciones de sociedades sujetas al IS.

¹¹³ Se trata de un extremo que fue en su día criticado por MARTÍN QUERALT, «Análisis...», ob. cit., pág. 843.

¹¹⁴ Supóngase que Pedro quiere transmitir un inmueble valorado en 1.000 a Javier, adquisición por la que tendría que pagar el ITPO (6 ó 7% con carácter general). En lugar de venderlo o aportarlo directamente a una sociedad controlada por Javier

Si los inmuebles no fueran la única aportación realizada a la entidad parece que habrá que distinguir las acciones recibidas por la aportación de los inmuebles, cuya transmisión estará gravada, de aquellas entregadas como contrapartida de la aportación en metálico, cuya enajenación estará exenta ¹¹⁵.

Aunque la norma no lo indica expresamente, hay que entender que la excepción únicamente se aplica a las transmisiones onerosas. Las transmisiones lucrativas de acciones recibidas por la aportación de inmuebles a sociedades no eluden la imposición sobre el tráfico patrimonial ¹¹⁶.

Por otro lado, de acuerdo con su configuración actual, la norma es incluso aplicable cuando el adquirente de los valores poseyera el control sobre la entidad transmitente. Sería el caso por ejemplo en que la sociedad transmitente estuviera íntegramente participada por la adquirente ¹¹⁷. Se trata de nuevo de un resultado manifiestamente injusto, especialmente teniendo en cuenta que no hay fraude alguno detrás de la referida operación: la entidad adquirente hubiera podido adquirir el inmueble aportado por la transmitente aprobando una reducción de capital por valor del referido inmueble.

3. El plazo de los tres años. Problemas transitorios.

En segundo lugar, y como requisito temporal, la LMV exige que entre la fecha de la aportación y la transmisión hubiese transcurrido un plazo, tras la modificación operada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, inferior a tres años. La normativa precedente establecía un plazo inferior al año, lo que fue criticado porque la brevedad del plazo convertía a la norma en inoperante.

Las fechas de inicio y final deben determinarse por referencia a los efectos traslativos, de manera que no se tendrán en cuenta, para determinar la fecha de transmisión, eventuales opciones de compra otorgadas a un tercero. De ahí que, en aquellos casos en que, habiéndose diferido el desembolso del capital, los llamados dividendos pasivos se satisfagan aportando inmuebles, la fecha inicial de cómputo del plazo no será la de suscripción de los títulos sino la de aportación del inmueble ¹¹⁸.

Evidentemente el plazo de los tres años se aplica –en principio– incluso a las transmisiones de valores adquiridos bajo la vigencia de la normativa derogada. De ahí que pueda darse el caso

(J SA), lo aporta a una entidad de nueva creación (P SRL), y a continuación, aporta los títulos de esa entidad (P) a la controlada por Javier (J SA). Aunque se devenga en dos ocasiones el IOS (1% del importe del aumento más la prima de emisión, esto es, 1% de 1.000), sigue obteniéndose un considerable ahorro respecto a la venta directa de Pedro a Javier.

¹¹⁵ La Resolución del TEAC de 16 de noviembre de 1999 (JT 2000, 76) entendió aplicable el 108 de la LMV en un supuesto en que se aportaron inmuebles a una sociedad además de una pequeña cantidad en metálico, entendiendo expresamente que la aplicación de la excepción a la exención no requería que los inmuebles fueran la contraprestación única para el desembolso de las acciones recibidas, ya que de otra forma bastaría con efectuar junto con la aportación inmobiliaria una exigua aportación en metálico para eludir la aplicación de la norma.

¹¹⁶ De nuevo hay que indicar que el artículo 40 de la Ley 50/1977, origen del artículo 108 de la LMV, exigía expresamente que la transmisión fuera onerosa.

¹¹⁷ Así lo declara la Resolución del TEAC de 19 de diciembre de 2001 (JT 2002, 568).

¹¹⁸ Véase la STSJ de Navarra de 16 de julio de 2007 (NFJ027649).

de que el período de tenencia de los títulos de un sujeto sea superior a un año en el momento de entrada en vigor del nuevo plazo, lo que hubiera determinado la no sujeción de la transmisión realizada justo antes de ese momento y, sin embargo, su transmisión ulterior se realice dentro del plazo de los tres años.

La DGT se ha pronunciado sobre este problema habiéndole resuelto de forma cuando menos sorprendente. Según la contestación de 14 de mayo de 2007 [V0948-07 (NFC025904)]¹¹⁹ en los casos en los que ya había transcurrido el plazo de un año desde la aportación no dineraria de los bienes inmuebles cuando entró en vigor el nuevo plazo de tres años «los valores ya estaban "liberados de la condición de mantenimiento de un año" y podían ser transmitidos con derecho a exención». «En estas circunstancias, parece que aplicar a la transmisión de estos valores el nuevo plazo de tres años supondría dar a esta norma un efecto retroactivo de grado máximo, pues se estaría aplicando a una situación de hecho producida con anterioridad a la norma que se pretende aplicar y ya consumada, en el sentido de que se cumplió el plazo exigido por la norma vigente durante el período comprendido desde que se produjo la aportación no dineraria de los bienes inmuebles hasta que transcurrió dicho plazo, esto es, durante el año siguiente a la aportación de los inmuebles (cumplimiento y consolidación del plazo de un año). Es decir, estaríamos ante un caso de retroactividad auténtica, la cual, según el Tribunal Constitucional, solo exigencias cualificadas de interés general podrían permitir su aplicación en perjuicio del principio de seguridad jurídica, exigencias que deberían venir refrendadas por una disposición transitoria que estableciera expresamente los efectos retroactivos». Dado que tal disposición transitoria no existe ni parecen concurrir tales exigencias, concluye que «el cumplimiento del plazo de un año desde la adquisición de los valores en contraprestación de la aportación no dineraria de bienes inmuebles antes del día 1 de diciembre de 2006, fecha de la entrada en vigor de la Ley 36/2006 [...] libera a tales valores del cumplimiento del plazo de tres años exigido en el nuevo artículo 108.2 b) a efectos de la aplicación de la exención prevista para su transmisión en dicho precepto».

En aquellos casos en los que a la entrada en vigor de la Ley 36/2006, que introdujo el plazo de tres años, no había transcurrido aún el plazo de un año desde la aportación no dineraria de los bienes inmuebles, la DGT considera que, dado que el requisito del transcurso de un año para la transmisión de los valores con derecho a exención no se había cumplido, «nos encontramos ante el otro grado de retroactividad, el llamado grado medio, porque se trata de una situación de hecho producida con anterioridad a la norma que se pretende aplicar pero no consumada», por lo que estaríamos «ante un caso de retroactividad impropia, cuya licitud, según el Tribunal Constitucional, dependerá de una ponderación que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares». «Teniendo en cuenta que el legislador, tras esa ponderación, ha decidido no establecer ninguna disposición transitoria y que, salvo norma en sentido contrario, la normativa aplicable a los hechos imponible es la vigente en el momento de devengo del impuesto» concluye que la transmisión de los valores «estará sometida al nuevo plazo de tres años»¹²⁰.

¹¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia la contestación de 18 de junio de 2007 [V1253-07 (NFC029228)].

¹²⁰ PÉREZ-FADÓN comparte el criterio de la DGT. Véase «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., pág. 10.

Decíamos que es sorprendente la conclusión a la que llega la Administración tributaria porque, en nuestra opinión, no puede admitirse que en aquellos casos en los que ya había transcurrido el plazo de un año desde la aportación no dineraria de los bienes inmuebles cuando entró en vigor el nuevo plazo de tres años estemos ante un supuesto de retroactividad auténtica, pues no afecta a situaciones de hecho ya nacidas y consumadas. La situación, esto es, la obligación tributaria, nace con la transmisión de los valores, y no antes, y no se ha producido. Aplicando el razonamiento de la DGT, el legislador no podría modificar la regulación de las ganancias patrimoniales aumentando su tributación, a menos que respetara las consecuencias de la normativa que se modifica. Poniendo por caso el aumento del tipo de gravamen, según la DGT el aumento del tipo no podría afectar a la plusvalía generada antes de la entrada en vigor de la norma. Y tampoco podría el legislador suprimir una exención, por ejemplo por reinversión en vivienda habitual, en la medida en que el transmitente la hubiera disfrutado de haber enajenado la misma antes de la entrada en vigor de la norma que la suprime. No hay en tales casos retroactividad auténtica, y ni siquiera impropia, si estimamos que la situación no nace en el momento de adquirir los títulos (no se devenga impuesto alguno en tal momento), sino en el de transmitirse.

Adviértase además que no es sujeto pasivo del tributo el transmitente sino el adquirente, que ninguna relación tenía con el anterior en el momento en que adquirió los títulos. Respecto de él, que es sujeto de la capacidad económica que se quiere gravar, ninguna retroactividad puede haber. Sea como fuere, se trata de consultas vinculantes cuyo beneficioso criterio será sin duda esgrimido por los contribuyentes.

Si la transmisión de las acciones recibidas por la aportación de inmuebles a sociedades se produce más allá del plazo de tres años no resultará, por tanto, de aplicación esta regla. Ahora bien, ¿podrá aplicarse, en caso de que concurren los requisitos pertinentes, el primer supuesto de hecho sustitutivo, esto es, el que sujeta a gravamen la transmisión de acciones de sociedades cuyo activo está constituido al menos en un 50% por bienes inmuebles, siempre que como consecuencia de la adquisición el adquirente obtenga una posición de control? La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de septiembre de 2001 ¹²¹ ha dado a esta cuestión una respuesta negativa, entendiendo que la transmisión de acciones por parte de los socios fundadores de una entidad de las acciones percibidas por la aportación de bienes inmuebles trascurrido el plazo de un año (tal era el plazo entonces vigente) se encontraba exenta. Se trata sin embargo de una conclusión que no compartimos, pues el segundo supuesto de hecho sustitutivo no exige para su aplicación que el activo de la entidad que recibe la aportación esté constituido en el momento de la transmisión al menos en su 50% por inmuebles situados en territorio nacional, de forma que no puede considerarse que estemos ante una regla que ya contempla la situación que nos ocupa ¹²². En nuestra opinión no debe haber inconveniente en aplicar en los referidos casos el primer supuesto de sujeción, so pena de introducir una desigualdad en el régimen tributario de la transmisión de acciones a todas luces injustificable ¹²³.

¹²¹ NFJ011063.

¹²² Su ámbito de aplicación es en efecto distinto. Así la segunda excepción se aplica incluso cuando el adquirente de los valores posea ya el control de la entidad cuyos valores se transmiten, lo que resulta lógico.

¹²³ La DGT no ha dudado de ello. Véase la contestación de 14 de mayo de 2007 [V0948-07 (NFC025904)].

4. Problemas de constitucionalidad.

4.1. ¿Estamos ante un supuesto inconstitucional por lesionar el principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos?

Hemos avanzado previamente que no se advierte con nitidez la finalidad de sujetar las transmisiones de títulos recibidos por aportaciones de inmuebles a sociedades omitiendo cualquier referencia a la adquisición de una posición de control por el adquirente. El legislador parece entender que también en tales supuestos se elude el ITPO, haciendo tributar al adquirente por la parte proporcional de los inmuebles aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.

Se ha señalado que lo que se quiere gravar es el hecho de que, al enajenar las acciones recién recibidas, se está transmitiendo el valor económico del inmueble anteriormente poseído ¹²⁴.

Sin embargo, no se advierte qué capacidad económica diferente tiene quien adquiere un 20% del capital de una entidad cuyo contravalor fueron bienes inmuebles respecto de quien adquiere el mismo porcentaje liberado mediante aportaciones dinerarias. En ambos casos se adquieren los mismos derechos políticos y económicos en la entidad. Sin embargo, en un caso se tributa, siempre que entre la fecha de la aportación y de transmisión no haya transcurrido un plazo de tres años, y en el otro no.

El absurdo se intensifica si imagina el caso de que el enajenante tenga en su cartera títulos liberados con aportaciones inmobiliarias y títulos liberados con otro tipo de aportaciones, y los tenga en igual proporción. Si vende los primeros, el adquirente tributa. Si transmite los segundos, no. ¿Acaso los derechos que confieren unos y otros son diferentes? ¿No tiene el adquirente de los liberados con aportaciones no inmobiliarias el mismo derecho a participar en el activo social y, por tanto, en los inmuebles que integren el mismo, que el que recibe los liberados con aportaciones de inmuebles?

Las anteriores reflexiones bastan para poner de relieve –en nuestra opinión– que la letra b) del apartado segundo del artículo 108 de la LMV vulnera el principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos: la misma riqueza tributa de manera diferente, sin que pueda encontrarse a la referida diferencia de trato una justificación que legitime la lesión del principio de igualdad.

4.2. La venta del inmueble por la sociedad antes de la transmisión de los valores recibidos por la aportación del inmueble: ¿qué capacidad económica se grava?

No es ese el único reproche severo que cabe realizar al hecho imponible que nos ocupa. Insistimos de nuevo en que el legislador parece que ha querido evitar la elusión al ITPO que se produ-

¹²⁴ POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108...», ob. cit., pág. 42.

ciría, en lugar de transmitir un inmueble directamente, aportándolo a una entidad y transmitiendo a continuación las acciones, operación que, de no mediar el artículo 108 de la LMV, únicamente tributaría por el IOS (con motivo de la aportación, al 1%). El presupuesto de hecho complementario somete a gravamen la transmisión de los valores, tomando como base imponible la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.

Ahora bien, ¿qué sucede si entre la fecha de la aportación y la de transmisión de los valores la sociedad ha vendido el inmueble aportado en su día? ¿Tiene sentido gravar al adquirente de los valores como adquirente de bienes inmuebles, cuando resulta que ya no figura en el activo de la entidad el inmueble aportado por el que se le hace tributar, y hasta es posible que no figure ningún inmueble?

En tal caso no se advierte qué elusión impositiva ha querido evitar la norma, y lo que es más grave, qué capacidad económica se somete a gravamen. El adquirente de las acciones o participaciones no tiene una capacidad económica diferente de aquel que adquiriera el mismo porcentaje de participación liberado con otro tipo de aportación, lo que nos lleva a entender que de nuevo se lesiona el principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, sin que la lesión pueda estar justificada por la intención de combatir la elusión impositiva, pues la medida, en el caso que examinamos, no es adecuada para alcanzar la finalidad que se pretende perseguir.

4.3. Doble gravamen de la misma riqueza.

Como resultado de la falta de una adecuada coordinación entre los diferentes supuestos que determinan la sujeción de la transmisión de valores como transmisión de bienes inmuebles pueden encontrarse supuestos de doble gravamen de la misma riqueza.

Así, por ejemplo, si la sociedad transmite el inmueble al socio que posteriormente adquirirá los valores que fueron entregados por la aportación del inmueble a la sociedad, tributará en primer lugar por el ITPO por la adquisición del inmueble, y posteriormente por la parte proporcional del inmueble correspondiente a las acciones o participaciones adquiridas (todo si se transmiten todas). Este doble gravamen no parece que pueda justificarse a la luz de la Constitución.

O piénsese en el supuesto de que, tras haber tributado por la adquisición de los valores como adquisición de bienes inmuebles, la sociedad se disuelva, adjudicando al socio el inmueble en cuestión. Este tributará de nuevo por su adquisición, si bien no en el marco del ITPO sino del IOS. No obstante, se trata de un tributo que grava la misma riqueza —el tráfico patrimonial—, por lo que grava de nuevo una riqueza que ya había sido sometida a imposición ¹²⁵.

¹²⁵ Atendiendo a tal razonamiento el artículo 727.I.4.º del *Code General des Impôts* francés determina que, en aquellos casos en que la venta de los títulos obtenidos por la aportación de bienes —no necesariamente inmuebles— a sociedades dé lugar al gravamen, la atribución de tales bienes con motivo de la disolución de la sociedad no devenga el impuesto que grava la transmisión más que si es adjudicado a una persona distinta del cesionario.

5. La constitución y disolución de sociedades como mecanismo para transmitir inmuebles.

El supuesto de hecho sustitutivo que hemos examinado trata de cortar la elusión impositiva que pudiera producirse si el propietario de un inmueble, en lugar de enajenarlo directamente, lo aportara a una sociedad de nueva constitución o ya existente y a continuación vendiera las acciones. Es posible sin embargo conseguir un resultado similar si tanto vendedor como comprador participan en la constitución de una sociedad de nueva creación, a la que uno aporta el inmueble y el otro el precio, acordando posteriormente su disolución, en la que se adjudica al comprador el inmueble y al vendedor el precio. En tal tesitura, únicamente se devenga el IOS, tanto en la constitución como en la disolución, cuyo tipo es más liviano que el de la transmisión de inmuebles ¹²⁶.

Este ha sido en puridad el primer supuesto de elusión por interposición de sociedades que ha combatido el legislador, pues ya lo contemplaban el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1959 ¹²⁷ y el Texto Refundido de 1967 ¹²⁸. El Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993 no incorporó en su seno la disposición transitoria 3.ª de la Ley 32/1980 ¹²⁹, por lo que las dudas sobre la vigencia de dicha disposición tras la entrada en vigor del IVA han quedado zanjadas. El legislador pensó probablemente que a raíz de la entrada en vigor del IVA no podía conseguirse una menor tributación a través del mecanismo constitución-disolución de sociedad, dado que las aportaciones y adjudicaciones soportarían, además del gravamen de operaciones societarias, el IVA de las respectivas entregas. Sin embargo, la realidad es que algunas veces ni el que aporta ni el que se adjudica el inmueble soportan IVA. De ahí que quede un resquicio abierto al fraude que solo podrá ser evitado acudiendo a las normas generales sobre fraude de ley.

VI. CONSECUENCIAS DE LA REALIZACIÓN DEL PRESUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA

1. Introducción. El tipo de gravamen.

En los casos en que la transmisión esté sujeta «se aplicará el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sobre el valor de los referidos bienes calculado de acuerdo a las reglas contenidas en la normativa vigente del ITP y AJD».

¹²⁶ Es posible igualmente que la sociedad a la que se aporta el inmueble ya exista, poseyendo su control el adquirente. Una vez aportado el inmueble bastaría con acordar la disolución de la entidad o una reducción de capital –con devolución de la correspondiente suma– que permitiera la salida del aportante.

¹²⁷ Señalaba el artículo 5.XIX que «las adjudicaciones de los bienes inmuebles que al disolverse las sociedades se hagan a alguno de los socios se liquidarán como transmisión de dicha clase de bienes por el número 14 de la Tarifa del Impuesto de Derechos Reales, si entre el acto de la aportación de los inmuebles y el de la disolución mediere un plazo menor de tres años y el adjudicatario de aquellos fuese un socio distinto del que los aportó. En los demás casos se aplicarán las reglas generales». En la misma idea insistía el artículo 19.23).

¹²⁸ Artículo 55.5.º del Decreto de 6 de abril de 1967.

¹²⁹ Según la referida norma «se considerarán transmisiones onerosas las adjudicaciones de bienes inmuebles que, al disolverse las sociedades o disminuir su capital social, se hagan a un socio distinto del que los aportó, si entre una y otra transmisión mediase un plazo inferior a tres años».

El tipo aplicable será el correspondiente a las transmisiones de inmuebles aprobado por cada comunidad autónoma (todas han establecido el 7%, salvo Canarias, que lo ha fijado en el 6,5%) y, en su defecto, el 6%. Es cierto que algunas comunidades han establecido tipos reducidos en beneficio de algunas transmisiones inmobiliarias, lo que exige cuestionarse su aplicabilidad en favor del adquirente de los valores. No vemos inconveniente en que en teoría pudieran ser también de aplicación, pues el artículo 108.3 de la LMV ordena que las transmisiones de valores a las que afecta el precepto tributen de acuerdo con el «tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles», sin remitirse al tipo general. De acuerdo con ello si, por ejemplo, la transmisión de viviendas de protección oficial se sujetara a un tipo reducido, habría que aplicar ese tipo a las que formaran parte del activo, y el general al resto de inmuebles. Lo habitual será no obstante que el adquirente no cumpla los requisitos para beneficiarse del tipo reducido, fundamentalmente por no poder destinar los inmuebles de la sociedad a las finalidades que marca la ley.

2. La fijación de la base imponible en el porcentaje de participación del adquirente.

2.1. Consideraciones generales.

La interpretación del artículo 108 en lo relativo a la base imponible suscitó en el pasado arduas discusiones. Según un sector doctrinal, a diferencia de lo previsto por la normativa que desarrolló la Ley 50/1977, la base imponible no estaba constituida por una parte proporcional del valor de los bienes, sino por el valor de todos los bienes inmuebles que integraran el patrimonio social¹³⁰, postura que fue acogida por el TEAC¹³¹. En efecto si la base imponible se fijara por referencia al porcentaje en el capital que se adquiere se estaría vulnerando la finalidad de la norma, pues bastaría que la sociedad en cuestión adquiriera en primer término –transmisión exenta– el 50% del capital de la sociedad en cuestión y ulteriormente un 1% adicional para eludir el ITPO.

Desde otro ángulo se indicó, no obstante, que gravar el valor total de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio de la entidad cuyas acciones se adquieren supondría tanto como someter a gravamen bienes que no se adquieren, con la consecuente fricción del principio de capacidad económica. De ahí que se propusiera sujetar únicamente el porcentaje del valor de los inmuebles que representaran los títulos adquiridos hasta la fecha en que se produjese la adquisición de control¹³², o incluso el porcentaje del valor de los inmuebles que representaran los títulos adquiridos en el momento de adquirir la posición de control¹³³.

¹³⁰ Defensor de la misma fue PARRONDO AYMERICH, J., «Imposición indirecta sobre la Transmisión de Valores», *Papeles de Economía Española*, n.º 32/1990, pág. 38.

¹³¹ Véanse las Resoluciones del TEAC de 23 de noviembre de 1995 (NFJ004143), 17 de diciembre de 1992 (NFJ002274), 23 de julio de 1998 (JT 1998, 1681), 25 de junio de 1999 (NFJ007891), 9 de mayo de 2001 (NFJ011065), 28 de julio de 2004 (NFJ019016) o 1 de marzo de 2006 (NFJ023508). En esta línea véase la STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2000 (NFJ024257) y la STSJ de Navarra de 18 de diciembre de 2002 (JT 2003, 173).

¹³² MARTÍN MORENO, J.L., *Transmisiones inmobiliarias...*, ob. cit., pág. 339. PLAZA VÁZQUEZ, «Tráfico inmobiliario...», ob. cit., pág. 15.

¹³³ Esta última postura recibió respaldo de la Audiencia Nacional en Sentencia de 5 de noviembre de 1998. También el TSJ de Baleares en Sentencia de 9 de noviembre de 2001 (JT 2001, 1963; comentada por GARCÍA CALVENTE, Y., «Determina-

El Tribunal Supremo, en Sentencias de 30 de abril de 2004 (NFJ017026) y de 17 de mayo de 2006 (RJ 2006, 6387), se decantó por esta última opción, entendiendo que únicamente se debía liquidar la parte proporcional del valor de los inmuebles correspondiente al capital adquirido (y no el correspondiente al ya poseído más las acciones adquiridas) ¹³⁴.

La solución jurisprudencial, por lógica que fuera, abría una puerta al fraude, permitiendo, a la hora de adquirir una sociedad inmobiliaria, planificar la operación de manera que se minorase al máximo el coste fiscal: bastaba con adquirir en primer término el 50% del capital y adquirir a continuación un 0,5 adicional. De acuerdo con la conclusión del Tribunal Supremo únicamente tributaría la segunda adquisición, y tomando como base imponible el 0,5 del valor de los inmuebles pertenecientes al activo social.

La Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal ha terciado en esta polémica estableciendo expresamente que se tomará como base imponible la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que deban computarse como inmuebles que corresponda al porcentaje total de participación que se tenga en el momento de obtención del control o, una vez obtenido dicho control, al porcentaje en el que se aumente la cuota de participación, hasta la obtención de su totalidad. A diferencia de lo señalado por el Tribunal Supremo, que estimó procedente liquidar únicamente por la parte proporcional de los inmuebles correspondiente al capital adquirido, la nueva redacción del artículo 108.3 sujeta a gravamen la parte proporcional del valor de los inmuebles correspondientes no al capital adquirido sino al capital que se posea en el momento de adquirir el control.

Se acoge de esa forma una solución intermedia entre las posiciones de la Administración tributaria y del Tribunal Supremo, que tiene la virtud de atender a las exigencias de proporcionalidad que con buen criterio había acogido el alto tribunal, únicas respetuosas del principio de capacidad económica, y de lucha eficaz contra el fraude, que jalonaban la postura administrativa.

2.2. La adquisición de valores que otorgan el control de una sociedad.

2.2.1. Consideraciones generales.

El apartado tercero del artículo 108 de la LMV establece reglas diferentes de determinación de la base imponible para cada supuesto de hecho sustitutivo. Cuando se transmitan o adquieran valores o participaciones que representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles

ción de la base imponible del ITP y AJD en los supuestos a los que no resulta aplicable la exención del artículo 108.1 LMV», *JT*, n.º 22/2002), el TSJ de Cataluña en Sentencia de 28 de mayo de 2004 (NFJ017338), y el TSJ de Madrid en Sentencia de 15 de octubre de 2004 (NFJ019628) acogieron esta interpretación.

El mismo TEAC, en Resolución de 16 de diciembre de 1999 (NFJ008500 y JT 2000, 76, comentada en *JT*, tomo I/2000, págs. 1.592-1.595), respalda la actuación de la oficina gestora que había practicado liquidación tomando como base imponible no el valor total de los inmuebles que integraban el activo de la sociedad, sino la parte proporcional de su valor que representaban las acciones transmitidas.

¹³⁴ Esta orientación no ha sido seguida por la STSJ del País Vasco de 6 de marzo de 2006 (NFJ025785).

situados en territorio nacional, o en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España, se tomará como base imponible «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».

De acuerdo con la norma, habrá que calcular en primer término el valor de las partidas del activo que se computen como inmuebles. Hay que tener presente que además de los inmuebles habrá que cuantificar los valores que permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España.

A tal valor se le aplicará el porcentaje de participación que tenga el socio cuando pase a obtener el control de la entidad o, una vez obtenido «onerosa o lucrativamente, dicho control, al porcentaje en el que aumente la cuota de participación». Es por ello indiferente que el control se adquiera a través una o varias adquisiciones, de manera que el fraccionamiento de la adquisición no permite reducir la tributación. La adquisición de un pequeño porcentaje que permita adquirir el control de la entidad determinará el gravamen correspondiente no al porcentaje adquirido, sino al porcentaje total de participación que tenga el socio. Una vez obtenido el control, los posteriores aumentos en la participación del socio de control únicamente determinarán el gravamen correspondiente al aumento ¹³⁵.

La regulación es ciertamente más precisa y justa que la precedente, aunque incompleta, porque solo se ocupa de regular el régimen de aquellas situaciones en que se adquiere el control o aumenta la participación en una sociedad cuyo activo está integrado fundamentalmente por inmuebles, olvidando que el control de tales sociedades puede perderse y readquirirse sucesivamente, sin que sea justo que en todos aquellos casos en que se adquiera el control el socio correspondiente tenga que tributar por la totalidad del porcentaje que posee tras adquirir el control, como se deduce de la regulación legal. ¿Tiene sentido que un socio que adquiera el 60% del capital y tribute por el 60% del valor de los inmuebles que formen parte del activo de la sociedad, posteriormente ceda un 15%, y cuando readquiera un 20%, teniendo de nuevo una posición de control (65%), vuelva a tener que tributar por el 65% del valor de los inmuebles que formen parte del activo social? Piénsese en el régimen que se hubiera aplicado a tal sujeto de haber adquirido directamente los inmuebles integrantes del activo social: la adquisición originaria en condominio de parte del inmueble (el 60%) hubiera determinado la tributación correspondiente por el ITPO; y la posterior adquisición de un nuevo porcentaje (del 20%) hubiera determinado la tributación por el nuevo porcentaje adquirido, y no por

¹³⁵ Un ejemplo ayudará a entender la regulación establecida. Supóngase una sociedad cuyo único activo es un solar valorado en 10 millones de euros, propiedad de Javier. Este vende a Lucía el 40% del capital en 2007. En 2008 le vende un 15% adicional. Y en 2009 le vende otro 20%, resultando que en el momento de la venta el activo de la sociedad esta formado por el antiguo solar y otro valorado en otro millón de euros. De conformidad con la regulación vigente, la adquisición del 40% inicial no determinará el gravamen por el ITPO, porque no se adquiere el control de la entidad. La adquisición del 15% permite a Lucía obtener el control, tributando con arreglo a una base imponible de 5.500.000 euros (el 55% del valor del inmueble). Finalmente, la adquisición del 20% determinará que tribute por el valor proporcional de los inmuebles correspondiente al capital adquirido, esto es, por 400.000 euros ($2.000.000 \times 20\%$).

la totalidad de la cuota del comunero. Tal debería ser el régimen aplicable cuando habiendo disfrutado del control de una entidad se pierda y readquiera posteriormente.

El apartado tercero del artículo 108 precisa también que «cuando los valores transmitidos representen partes alicuotas del capital social o patrimonio de entidades en cuyo activo se incluya una participación tal que permita ejercer el control en otras entidades, para determinar la base imponible solo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquellas cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles». Esta norma es coherente con la recogida en el apartado segundo del artículo 108, que sujeta la adquisición de valores que permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España ¹³⁶.

2.2.2. ¿Hay que tener en cuenta las participaciones indirectas y las poseídas por las demás entidades pertenecientes al grupo de sociedades?

No precisa la norma si el porcentaje de participación incluye solo las participaciones directas o también las indirectas, cuestión en modo alguno obvia, pues el artículo 108.2 exige que las participaciones indirectas se tengan en cuenta a efectos de obtención del control de la sociedad inmobiliaria, sin que, al menos explícitamente, se diga lo mismo a la hora de cuantificar la base imponible. En realidad el mismo problema se plantea cuando otras sociedades del grupo poseen participaciones en la sociedad inmobiliaria: a efectos de entender obtenido el control se tienen en cuenta como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al grupo, pero, ¿también a efectos de calcular la base imponible?

Una interpretación sistemática parece que lleva a entender que también las participaciones indirectas o las del resto de entidades del grupo han de tenerse presentes. De no ser así se lograría burlar el precepto y eludir, al menos parcialmente, la tributación correspondiente ¹³⁷. Ello dará lugar a que la adquisición por una filial del grupo de un pequeño paquete que permita el control por el grupo de una sociedad cuyo activo sea eminentemente inmobiliario se someta a gravamen calculando la base imponible tomando en cuenta todas las participaciones del grupo, independientemente de que la filial controle a las sociedades que las posean.

2.2.3. Las adquisiciones de valores gratuitas previas a la adquisición del control.

Es cierto que la reforma del artículo 108 de la LMV realizada por la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ha mejorado notablemente la regulación de la base imponible, pero se mantienen zonas grises que reclaman una mayor precisión legislativa.

¹³⁶ Supóngase una entidad en cuyo activo pueden encontrarse un solar valorado en 2.000.000, acciones que representan el 40% del capital de una sociedad con patrimonio íntegramente inmobiliario, valoradas en 100 millones, y acciones que representan el 80% del capital de una sociedad en cuyo activo hay un inmueble valorado en 5.000.000 y otros bienes por valor de 3. Uno de los socios transmite a Elisa el 60% del capital por 108 millones. La base imponible será de $[2 + (80\% \text{ de } 5)] \times 60\% = 3,6$ millones.

¹³⁷ Lo congruente sería, señala POZUELO ANTONI, que su base imponible fuera la correspondiente al porcentaje de participación que suma el grupo con su compra (caso de toma de control) o exclusivamente el porcentaje que adquiere cuando ya el grupo tuviera el control, «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., pág. 66.

Una de ellas es la relativa a la incidencia de las adquisiciones gratuitas de valores en el complejo sistema del artículo 108 de la LMV. Ya hemos señalado previamente que, aunque la ley no lo diga, únicamente deben quedar sujetas al ITPO las adquisiciones onerosas —en nuestro caso de valores—, pues son las únicas que grava dicho tributo. Otra solución supondría admitir una doble imposición (por el ISD y el ITPO) que ninguna justificación tiene.

El tránsito del hecho imponible al de la determinación de la base imponible presenta mayores problemas, pues el apartado tercero del artículo 108 determina que se tomará como base imponible, como ya hemos visto, «la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que [...] deban computarse como inmuebles, *que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control*». ¿Significa ello que si previamente a la adquisición de la participación de control parte de los valores poseídos por el contribuyente habían sido adquiridos de forma gratuita, también formarán parte de la base imponible los inmuebles que correspondan a dicha porción del capital? ¹³⁸ De ser la respuesta afirmativa se producirá una doble imposición: el adquirente habrá tributado por la adquisición gratuita de los valores en el ISD (o, de ser persona jurídica, en el IS), y volverá a tributar por la parte proporcional de los inmuebles que corresponda a dichos valores adquiridos gratuitamente en el momento de adquirir el control de la entidad.

Aunque esta es la solución a la que se llega de acuerdo con la redacción del precepto, una interpretación teleológica y sistemática del mismo debe llevar a excluir de la base imponible la parte proporcional del valor de los inmuebles que corresponda a los valores adquiridos gratuitamente por el contribuyente ¹³⁹.

A ello aboca, en primer lugar, la justificación de la propia existencia del apartado segundo del artículo 108 de la LMV, norma concebida «para tratar de salir al paso de la elusión del ITP y AJD en la transmisión de bienes inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias» (Exposición de motivos de la Ley 24/1988). Obviamente la adquisición gratuita de valores de sociedades predominantemente inmobiliarias no elude el ITPO, no teniendo sentido que se haga tributar de nuevo como adquisición onerosa de bienes inmuebles una adquisición que ya tributó en su día como adquisición gratuita.

A esa solución se ha de llegar también si se relacionan las normas que regulan la base imponible con las que delimitan el hecho imponible. Si las adquisiciones gratuitas de valores de sociedades con un activo predominantemente inmobiliario no tributan por el ITPO, incluso cuando permitan al receptor obtener el control de la entidad o cuando, obtenido dicho control, aumenten su porcentaje de participación, no tiene sentido que se las haga tributar —o, siendo más preciso, que se grave la parte proporcional del valor de los inmuebles que corresponda a las mismas— cuando se adquiera onerosamente el control de una entidad con patrimonio predominantemente inmobiliario ¹⁴⁰.

¹³⁸ Piénsese en una sociedad cuyo activo está íntegramente constituido por un inmueble, valorado en 1.000.000 de euros, habiendo sido adquirido el capital por herencia por dos hermanos, que han tributado oportunamente en el ISD. ¿Tiene sentido que si a continuación uno de ellos le adquiere al otro su 50% del capital por 500.000 euros tenga que tributar, al adquirir el control de la entidad, en el ITPO por la totalidad del valor del inmueble, esto es por 1.000.000 de euros?

¹³⁹ De la misma opinión es POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108...», ob. cit., pág. 64.

¹⁴⁰ Esto es, si un socio tiene el 60% del capital de una sociedad con patrimonio predominantemente inmobiliario, y la adquisición gratuita, por donación o herencia, de un 10% adicional no tributa en el ITPO (ya lo hace en el ISD), y si la adquisición

Por todo ello, entendemos que la coherencia del precepto exige que, al calcular la base imponible correspondiente a las adquisiciones onerosas de sociedades con un activo predominantemente inmobiliario, únicamente se compute la parte proporcional del valor de los bienes inmuebles que corresponda al porcentaje de participación onerosamente adquirido por el contribuyente, con exclusión de aquella porción gratuitamente obtenida. El apartado tercero del artículo 108, al ordenar liquidar por la parte proporcional correspondiente «al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención de control», se estaría refiriendo a aquellos casos en que todo el capital hubiera sido onerosamente adquirido. Otra interpretación lleva al absurdo y desde luego se aleja de la intención que se infiere de la norma de someter las referidas adquisiciones al mismo régimen que se les hubiera aplicado de no interponerse una sociedad en la adquisición de los inmuebles.

2.2.4. Problemas transitorios de aplicación de la nueva regulación incorporada por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal.

El artículo 108 de la LMV grava, tras las modificaciones incorporadas por la Ley 36/2006, no solo la adquisición de valores que permitan obtener el control de una sociedad cuyo activo sea predominantemente inmobiliario, sino también el aumento de la cuota de participación una vez obtenido dicho control. En coherencia con ello, se determina la base imponible por referencia a la parte proporcional sobre el valor de los inmuebles que corresponda al porcentaje que se pase a tener en el momento de la obtención del control o en el que aumente la cuota de participación.

Esta norma aclara, como ya hemos visto, una de las cuestiones más discutidas bajo la vigencia de la normativa precedente, al amparo de la cual la Administración tributaria, el TEAC y un importante sector jurisprudencial estimaron que en el momento de adquirir el control debía tributarse por el valor total de los inmuebles que integraran el patrimonio social, postura que finalmente fue rechazada por el Tribunal Supremo que consideró que únicamente se debía liquidar la parte proporcional del valor de los inmuebles correspondiente al capital adquirido. La nueva regulación genera sin embargo otros problemas que debía haber afrontado el legislador. ¿Qué ocurre si bajo la vigencia de la normativa derogada un sujeto adquirió valores por los que tributó, de acuerdo con la doctrina administrativa o incluso discrepando de ella pero en ejecución de una sentencia judicial que desestimó su pretensión ¹⁴¹, por el valor total de los inmuebles que integraran el patrimonio social, y al

sición gratuita de un 60% del capital de una entidad tampoco tributa, y las posteriores adquisiciones onerosas únicamente lo hacen por el porcentaje en que aumente la cuota de participación, no tiene sentido que la adquisición onerosa de un paquete que permita adquirir el control obligue a tributar por la parte proporcional del valor de los inmuebles correspondiente a previas adquisiciones gratuitas de valores.

¹⁴¹ Véase, por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 6 de marzo de 2006 (NFJ025785), que afirmaba que «ha de tenerse en cuenta para aplicar el tipo impositivo no un porcentaje determinado del valor del inmueble sino su integridad y ello porque con independencia de que solo se transmita parte, esta, unida a la que se ostentaba (y por cuya adquisición, a salvo los supuestos de excepción, nada se tributaría) suponen adquirir una posición de control sobre la compañía e, indirectamente, el inmueble, en suma, la adquisición convierte al adquirente en sujeto decisorio de la suerte del inmueble. Es la propia norma la que, en su último párrafo, establece qué valor ha de tenerse en cuenta y lo hace indicando que es el del inmueble, es decir, *se refiere al inmueble en su integridad y no a un determinado porcentaje coincidente con el que sobre el capital social se adquiere*».

amparo de la regulación actual aumenta su porcentaje de participación en la entidad? ¿Deberá tributar por la parte proporcional del valor de los inmuebles que corresponda al porcentaje en el que aumente su cuota de participación, resultando que ya tributó por el valor total de los mismos, y por tanto doblemente?

La forma cómoda de resolver el problema seguramente consiste en responder que si tributó por el valor total de los inmuebles sin adquirir la totalidad del capital tributó de forma incorrecta de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo que podría solicitar la devolución de los ingresos indebidos realizados. Esta respuesta sería satisfactoria si todavía estuviera abierto el plazo de prescripción para solicitar la devolución, pero no para aquellos casos en que el derecho del contribuyente ya ha prescrito ni para aquellos otros en que la devolución no es posible porque el ingreso fue realizado por mandato de una sentencia judicial.

La doctrina ha sido sensible a este problema, rechazando un doble gravamen en caso de que se hubiera tributado previamente. PÉREZ-FADÓN ha considerado en este sentido que en tales supuestos no cabría liquidar el aumento de la participación dado ya ha sido gravada en su totalidad la transmisión de los inmuebles y que incluso la propia normativa del ITP y AJD establece que solamente se puede gravar una vez cada acto, contrato o negocio sujetos al tributo ¹⁴². En la misma línea, POZUELO ANTONI estima que aunque la nueva adquisición cumple todos los requisitos para considerar que se realiza el hecho imponible, «si por la adquisición del control de la entidad (realizada bajo el imperio de la redacción anterior del art. 108) se satisfizo TPO, y la base imponible fue el 100% del valor de los inmuebles de la entidad, no procedería, so pena de doble gravamen, considerar ahora que hay un nuevo hecho imponible», aunque advierte que es posible que la adquisición de control previa a la reforma del precepto se hiciera libre de gravamen, por ejemplo por tratarse de un socio fundador de la entidad, o con un gravamen reducido, por haberse aplicado el criterio finalmente adoptado por el Tribunal Supremo de acuerdo con el cual únicamente debía tributarse por las acciones adquiridas que permitieran el control de la entidad ¹⁴³.

La propia Administración tributaria, en contestación de 28 de enero de 2008 (V0147-08), con la intención sin duda de solventar los problemas de la regulación vigente, ha estimado que «si cuando adquirió tal control, por aplicación de la normativa vigente en ese momento, ya tributó por dicha adquisición por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP y AJD como transmisión patrimonial onerosa de bienes inmuebles por el valor total de estos, ya no deberá tributar ahora por el aumento de la participación porque en aquel momento ya tributó por la adquisición de la totalidad de los inmuebles».

Las situaciones de tributación previa en que pueden encontrarse quienes a la entrada en vigor de la reforma operada en el artículo 108 de la LMV por la Ley de prevención del fraude fiscal son muy diferentes, lo que hubiera exigido una norma transitoria que discriminara las mismas y eximiera del ITPO el aumento en el porcentaje de participación en la entidad en cuestión cuando ya se hubiera tributado por la totalidad del capital o al menos descontara el importe en su día pagado. En su defecto,

¹⁴² PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J., «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., pág. 9.

¹⁴³ POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., pág. 55.

entendemos que la labor del intérprete tiene sus límites, no pudiendo erigirse en legislador, que es, creemos, lo que en este caso hace la DGT. El aumento del porcentaje de participación integra el hecho imponible del ITPO, no encontrándose en la normativa asidero alguno que permita tener en cuenta la tributación previa de la misma riqueza ahora gravada, salvo –evidentemente– los que puedan encontrarse en sede constitucional, pero esos tiene que declararlos el Tribunal Constitucional.

2.3. La transmisión de valores recibidos por aportaciones de inmuebles.

Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución o ampliación de sociedades, o la ampliación de su capital social, se tomará como base imponible, afirma la letra b) del apartado 3.º del artículo 108 de la LMV, «la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas».

La base del adquirente no se fija por referencia al valor real de los inmuebles de la sociedad que corresponda al porcentaje de participación adquirido, sino a la parte proporcional del valor de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a los valores adquiridos, esto es, a la relación entre el valor de los inmuebles aportados en su día y al porcentaje de los valores entonces recibidos que ahora se transmiten.

Se trata de una previsión lógica a la vista de la elusión que se trata de combatir: si en lugar de venderse un inmueble se aporta a una sociedad controlada por el sujeto interesado en adquirirlo, al que se venden acto seguido las acciones, lo razonable no es que la base imponible se fije por referencia a la parte proporcional del valor de los inmuebles del activo social que corresponda al porcentaje de participación adquirido, pues el inmueble aportado podría ser el único inmueble del activo y representar un pequeño porcentaje del mismo, sino a los inmuebles aportados en su día cuya tributación se busca eludir.

La proporcionalidad, por tanto, no alude a la relación que respecto del valor de los inmuebles aportados en su día representan en el capital social las acciones o participaciones transmitidas (porcentaje que podría ser reducido), sino a la proporción que frente a tales activos representen los títulos transmitidos respecto de los recibidos en su día por la aportación de los inmuebles. De acuerdo con ello, si se transmiten todos los valores recibidos por la aportación la base imponible será el valor real del inmueble en el momento de transmitirse los valores. Si en cambio únicamente se enajena la mitad de los valores en su día recibidos la base imponible será la mitad del valor del inmueble ¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Un ejemplo sin duda ayudará a aclarar tales afirmaciones. Supóngase que Javier aporta un inmueble, que se valora en 1.000.000, a una sociedad cuyo capital, dividido en 1.000 acciones de 1.000 de valor nominal, pertenecía hasta entonces íntegramente a Elisa, recibiendo como contrapartida 1.000 acciones. En el activo de la entidad no había ningún inmueble en el momento de la aportación. Si Javier vende las 1.000 acciones al cabo de un año de la aportación, fecha en la que el valor del inmueble es de 1.100.000, Elisa tributará como adquisición de bienes inmuebles, siendo la base imponible de 1.100.000 (valor del inmueble en el momento de la transmisión de los títulos). Si Javier vende 500 acciones en la fecha referida, la base imponible será de 550.000.

VII. EPÍLOGO

Resulta llamativo que una norma de tanto alcance e importancia como el artículo 108 de la LMV presente tantas deficiencias, hasta el punto de que el propio Tribunal Supremo se haya visto obligado a resaltar su «muy baja calidad técnica» (STS de 30 de abril de 2004, NFJ017026). Aunque la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ha solventado algunos de los problemas que su aplicación práctica había puesto de relieve, muchos otros han quedado en el tintero. Es más, la propia reforma ha originado nuevos problemas que sustituyen a los que resuelve la norma. Flaco favor al principio de seguridad jurídica, uno de los pilares del ordenamiento.

Aunque no cabe obviar la compleja realidad sobre la que se proyecta, la razón de su abandono parece que hay que buscarla en un cierto desdén del titular del poder tributario, que ni aplica el precepto ni es beneficiario de su recaudación. Si la Agencia Estatal de la Administración Tributaria tuviera que afrontar los problemas que la gestión del precepto genera no hubiera pervivido un quindenio inalterado. Antes bien, hubiera sufrido tantas modificaciones como el resto de normas reguladoras de los tributos cuya gestión tiene encomendada.

Pero más allá de las deficiencias y problemas de aplicación práctica que origina el artículo 108, es necesario que el legislador reflexione sobre su fundamento. Ciertamente no parece que la exención recogida en la LMV sirva adecuadamente a la finalidad que la inspiró –favorecer la libre circulación de capitales– pues su ámbito de aplicación se ve tan cercenado por los presupuestos de hecho sustitutivos que recoge el legislador para evitar la elusión fiscal a través de la interposición de sociedades que no puede decirse en realidad que la transmisión de paquetes de control de empresas no encuentre obstáculos fiscales: la transmisión de valores de empresas con una contrastada actividad económica también queda gravada cuando el valor de sus inmuebles supere al del resto de activos, incluso cuando tal operación no encubra transmisión de inmuebles alguna. Realidad que se vuelve más cruda cuando se advierte que la propia norma exime de tributación la transmisión de valores que cotizan en bolsas, presumiendo que en tales casos la elusión que se pretende combatir no se producirá, porque lo que pone de relieve es, por un lado, la propia deficiencia de la norma, incapaz de diseñar adecuadamente su marco de aplicación para que solo queden gravadas las transmisiones de sociedades de mera tenencia, y por otro, una lesión del principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos a la que difícilmente puede encontrarse justificación. Es en efecto posible perfilar la norma de manera que la transmisión de valores únicamente quede gravada cuando no se transmitan empresas en funcionamiento o no quepan dudas razonables de que no se ha empleado el referido vehículo para eludir la imposición sobre el tráfico patrimonial.

A estas y otras tareas, como evitar los problemas de constitucionalidad que la transmisión de acciones recibidas por la aportación de inmuebles a sociedades plantea, ha de dedicar el legislador sus esfuerzos en el futuro.

LA PROBLEMÁTICA TRIBUTACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE BIENES CON OFERTA DE RESTITUCIÓN (LEY 43/2007)

ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY
Universidad Rey Juan Carlos

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, don Abelardo DELGADO PACHECO, don Luis Alberto MALVÁREZ PASCUAL, don Alberto MONREAL LASHERAS, doña Marta VILLAR EZCURRA y don Juan ZORNOZA PÉREZ.

Extracto:

EL objeto del presente trabajo tiene como finalidad analizar el régimen tributario de la contratación de bienes con oferta de restitución. Dichas actividades están actualmente reguladas en la Ley 43/2007 y con anterioridad lo estaban en el disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003. Se califican mercantilmente como actividades de consumo, de compraventa e intermediación, y expresamente se establece que no pueden ser consideradas como actividades financieras. No existe mención alguna en sendas normas al régimen tributario ni contable (este afecta en tanto la calificación contable tendrá incidencia en el ámbito del IS). Sin embargo, se han planteado dudas sobre si el régimen jurídico de estas actividades debe ser considerado fiscalmente como un préstamo o depósito, atendiendo a su verdadera naturaleza económica, o bien como actividades mercantiles, conforme se dispone en su regulación sustantiva. El marco tributario y contable es antagónico, pues calificar la actividad como venta daría lugar a beneficios en el IS, a tributar en concepto de ganancias de patrimonio en el IRPF y a considerar entregas de bienes gravadas en el IVA. Si se entiende que la verdadera naturaleza es financiera –captación de ahorro–, como ha mantenido la DGT en el ámbito del IRPF, se consideraría que no ha habido transmisión de bienes sino una suerte de depósito o préstamo con garantía real, lo que hace que no hubiera que tributar en el IS y en el IRPF nos encontraríamos ante rendimientos del capital mobiliario sujetos a retención. El IVA, sin embargo, plantearía más problemas. Lo que se recoge en este trabajo es la vieja polémica de la interpretación económica cuando ciertas figuras están entre lo financiero y lo mercantil. Polémica que alcanza una nueva dimensión en el ámbito contable con la entrada en vigor de la nueva reforma contable (Ley 16/2007 y RD 1514/2007, PGC), donde legalmente se ha establecido la obligación de contabilizar con arreglo al verdadero fondo económico de las operaciones con independencia de su forma jurídica. A juicio del autor, la actual situación vulnera la seguridad jurídica, y la regulación tributaria y contable debería haberse solventado expresamente por el legislador.

Palabras clave: actividad financiera y actividad mercantil, interpretación económica, autonomía del Derecho financiero, seguridad jurídica, ganancia de patrimonio, rendimiento del capital mobiliario, resultado contable, simulación y bienes con pacto de recompra.

Sumario

1. Introducción.
2. Regulación mercantil de la actividad de comercialización de ciertos bienes con pacto de recompra.
 - 2.1. Disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003.
 - 2.2. Ley 43/2007 de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.
 - 2.3. Problemas tributarios derivados de la incompleta regulación de la contratación de bienes con oferta de restitución en el precio.
3. Calificación jurídica en el ámbito del IRPF: ¿rendimientos del capital mobiliario o ganancia de patrimonio?
 - 3.1. El tratamiento en el TRLIRPF (RDLeg. 3/2004) y en el RIRPF 1775/2004.
 - 3.2. La LIRPF 35/2006, el RIRPF 439/2007, la Ley 43/2007 y la inexistencia de mención a la tributación de bienes con oferta de restitución del precio.
4. Calificación jurídica en el ámbito del IVA: ¿exención por operación financiera?
5. IS y Derecho contable.
 - 5.1. El régimen contable y tributario con el PGC 1643/1990.
 - 5.2. El régimen contable y tributario con el PGC 1514/2007 y la Ley 43/2007.
6. Contingencias fiscales y contables en el ámbito de la tributación de los bienes con oferta de restitución en el precio.
7. La ausencia de regulación tributaria y la vulneración del principio de seguridad jurídica (conclusiones).

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La comercialización de ciertos bienes (sellos, obras de arte, monedas) con obligación de encontrar otro comprador –intermediación– o bien recomprar en el caso de que no se encuentre ha tenido, y está teniendo actualmente, una vida *tributaria* ciertamente convulsa. Nos referimos a las actividades reguladas primeramente en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, que fueron excluidas por el propio legislador como actividades *financieras* siendo calificadas como operaciones vinculadas al tráfico mercantil. Sin embargo, no había ninguna norma tributaria específica que regulara esta actividad. Esto hizo que se cuestionara que con independencia de cuál fuera el tratamiento sustantivo si tributariamente, en su *fondo económico*, deberían ser calificadas como operaciones de préstamo con garantía de bienes tangibles.

La asimilación *económica* al préstamo supondría que tanto en las cuentas anuales como en el Impuesto sobre Sociedades (IS) de la entidad comercializadora el registro de la operación fuera asimilable a un depósito de dinero o préstamo, por lo que la actividad propia de venta de bienes tangibles no daría lugar a ingresos ni se entendería que los bienes han salido del activo de la entidad (contabilizándose por su coste histórico). Por su parte, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) nos encontraríamos ante rendimientos del capital mobiliario sometidos a retención. Y en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) cabría preguntarse si la operación está exenta o no por considerarse operación financiera. Por el contrario, si contable y tributariamente la actividad se calificara como mercantil, cada transmisión de bienes tangibles daría lugar a un ingreso que se gravaría en el IS y, en consecuencia, se consideraría que el activo ha salido de la propiedad de la empresa. En consecuencia, en el IVA habría una entrega de bienes plenamente sujeta, mientras que en el IRPF podría entenderse que nos encontramos ante ganancias de patrimonio no sometidas a retención. Además, la calificación como ganancia de patrimonio haría que no hubiera retención y nos encontraríamos ante una fuente de renta no controlada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). Es más, en el caso de que la entidad comercializadora actuara como mera intermediaria, la operación no sería declarada, en general, en la declaración anual de operaciones con terceras personas (arts. 31 y ss. del RD 1065/2007), por lo que no habría ni siquiera constancia de la transmisión. Se trata, por tanto, de una inversión que podría ser nicho para acoger rentas no declaradas.

La anterior situación no ha sido solventada por la Ley 43/2007, de Protección de los Consumidores en la Contratación de Bienes con Oferta de Restitución del Precio, a pesar de que la problemática tributaria específica se conocía porque había contestaciones de la Dirección General de Tributos (DGT) al respecto. Por el contrario, incide en la naturaleza comercial y en la necesidad de

excluir estas actividades del ámbito financiero. La norma, prácticamente, no hace mención alguna a menciones impositivas. Lejos de solventar la problemática, en el artículo 3, referido a la información precontractual, se señala que se debe informar de «La legislación y tratamiento tributario aplicable al contrato» (k). De una forma un tanto extraña impone una obligación sobre algo que la norma no ha solventado y que debería haber sido afrontado de manera expresa por el legislador por un mero principio de seguridad jurídica. Es más, en el artículo 8, referente al régimen sancionador, se indica que las sanciones operan con independencia del régimen fiscal y contable aplicable. A esta norma específica hay que añadir la reforma contable producida en el año 2007 y que supone un cambio, a nuestro parecer, esencial en la contabilidad. La Ley 16/2007 de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil en materia contable para su armonización internacional, con base en la normativa de la Unión Europea, dispone que para lograr la imagen fiel «en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica» (art. 34.2 del Código de Comercio). Este cambio es subrayado por la propia Exposición de Motivos, que señala que «se exige en última instancia una calificación de los hechos económicos atendiendo a su fondo, tanto jurídico como propiamente económico, al margen de los instrumentos que se utilicen para su formalización». Y esta filosofía impregna la totalidad del nuevo Plan General de Contabilidad que ya ha entrado en vigor (RD 1514/2007). Es más, en el apartado 14.2 a), referido a cuándo hay un ingreso, se señala que «Se presumirá que no se ha producido la citada transferencia, cuando el comprador posea el derecho de vender los bienes a la empresa, y esta la obligación de recomprarlos por el precio de venta inicial más la rentabilidad normal que obtendría un prestamista». Como puede verse, hay configurada una presunción de no ingreso, lo que hace que se considere un préstamo o depósito en el caso de que haya una obligación de recompra.

El marco que se presenta es antagónico, como no puede ser de otra manera si lo que se contrapone es si hay venta o préstamo. En principio, la opción presenta un panorama ciertamente desolador para las entidades comercializadoras; elijan ustedes entre no tributar por IS ni IVA y retener o no retener y sí tributar por IS e IVA. En cualquier caso, si las cantidades son importantes, supone poder incurrir en un posible delito por fraude fiscal o bien en retenciones, o bien en el IS y en IVA. Sustantivamente la cuestión parecía zanjada por la Ley 35/2003 y ahora por la Ley 43/2007; hay un contrato de compraventa de carácter comercial. Contablemente y tributariamente no hay norma expresa sobre la contabilización o tributación de las actividades de compraventa de bienes con la obligación de encontrar un comprador o, si no lo encuentra, con el compromiso de recomprarlo. Precisamente esta ausencia de regulación hace que se esté planteando si se realizan *económicamente* actividades financieras y, como tales, deberían tributar con arreglo a criterios financieros.

En el fondo, nos encontramos ante los viejos fantasmas del Derecho financiero que aparecen una y otra vez. La autonomía de esta rama del Derecho, las interpretaciones económicas de las transacciones jurídicas, la verdadera naturaleza de las operaciones, la posibilidad de que en cada tributo una misma operación sea considerada de manera distinta. En definitiva, sí es posible que la Ley 35/2003 y la Ley 43/2007 hayan expresamente señalado que las entidades de comercialización de bienes tangibles realizan actividades mercantiles y no financieras y, sin embargo, que en alguno de los impuestos implicados dicha calificación pueda preterirse con base en su presunta *verdadera naturaleza económica*. El trabajo que aquí se presenta tiene por objeto examinar la difícil tributación de

esta actividad. Se va a comenzar con el análisis sustantivo de la comercialización de bienes tangibles, para estudiar posteriormente su tratamiento en el IRPF, el IVA y el IS. Este último tributo tiene una problemática adicional y es que la tributación va a depender de su registro contable, por lo que será necesario profundizar en cuestiones de Derecho contable y su relación con el IS. Por último, haremos mención a las contingencias derivadas de los problemas de calificación. Como puede verse, las cuestiones a abordar derivadas de la calificación económica son múltiples, requiriéndose un análisis interdisciplinar y de los principales tributos, con la complejidad que ello acarrea.

2. REGULACIÓN MERCANTIL DE LA ACTIVIDAD DE COMERCIALIZACIÓN DE CIERTOS BIENES CON PACTO DE RECOMPRA

2.1. Disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003.

La actividad de comercialización de bienes tangibles estaba regulada hasta la entrada en vigor de la Ley 43/2008 en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva. En la misma se establecía, bajo el título de «Protección de la clientela en relación con la comercialización de determinados bienes», que:

«Lo dispuesto en la presente disposición será de aplicación a la actividad, que se efectúe **profesionalmente**, llevada a cabo por cualquier persona física o jurídica que consista **en la formalización de un mandato de compra y venta de bienes u otro contrato que permita instrumentar una actividad análoga, percibiendo el precio de adquisición de los mismos o una comisión y comprometiéndose a enajenarlos por cuenta del cliente**, entregando a este, en varios o en un único pago, el importe de su venta o una cantidad para el supuesto de que no halle un tercero adquirente de los bienes en la fecha pactada.

Los bienes a que se refiere el párrafo anterior serán los sellos, obras de arte, antigüedades, en todo caso, y asimismo aquellos otros bienes susceptibles de ser objeto de dicha actividad.

Los que desarrollen la actividad a que se refiere el párrafo primero del presente apartado **no podrán realizar las actividades reservadas a las entidades de crédito**, empresas de servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, entidades aseguradoras o reaseguradoras o a cualquier otra entidad inscrita en los registros del Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y Dirección General de Seguros y fondos de pensiones.»

Como se puede comprobar, la disposición adicional cuarta contiene una prohibición; ninguna entidad que se dedique a la venta de bienes tangibles con obligación de encontrar un comprador y, en caso contrario, recomprarlo ella misma, puede realizar actividades reservadas a *entidades de crédito*. Resultaba necesario, por tanto, traer a colación la normativa reguladora de estas entidades. La Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (Ley 26/1988) dispone en su artículo 28:

«1. Sin perjuicio de lo previsto en el Título V ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las **actividades** legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de estas u otras que puedan inducir a confusión con ellas.

2. Se entenderán, en particular, reservadas a las entidades de crédito...

b) La captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores»¹.

El artículo 28 se ve completado con una norma de control, recogida en la disposición adicional décima de dicha norma (Ley 26/1988), en la que expresamente se dispone la necesaria intervención del Ministerio de Economía y Hacienda, que puede realizar por sí o a través del Banco de España las inspecciones necesarias para verificar qué entidades no autorizadas realizan captación de fondos del público². Y, naturalmente, el deber de control no es una potestad que pueda ejercerse libremente, sino que es un deber legal³.

Por tanto, a nuestro juicio, la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 era una norma jurídica incompleta que solo alcanzaba su plenitud interpretada con el artículo 28 de la Ley 26/1988, Ley

¹ Además del artículo 28, la Ley 37/1998 introdujo, como artículo de cierre, el artículo 26 bis en la Ley del Mercado de Valores (LMV), donde se señalaba que «Sin perjuicio de las actividades reservadas a las entidades de crédito, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, **ninguna persona o entidad podrá apelar o captar ahorro del público en territorio español sin someterse a este Título o a la normativa sobre inversión colectiva o a cualquier otra legislación especial que faculte para desarrollar la actividad antes citada**». Dicho artículo fue suprimido en la reforma realizada por el Real-Decreto Ley 5/2005 del Título III de la LMV.

² La disposición adicional décima de la Ley 26/1988 dispone:

«1. En relación con las personas físicas o jurídicas que, sin estar inscritas en algunos de los registros administrativos, legalmente previstos para entidades de carácter financiero, **ofrezcan al público la realización de operaciones financieras de activo o de pasivo o la prestación de servicios financieros, cualquiera que sea su naturaleza**, se faculta al Ministerio de Economía y Hacienda, para:

a) Solicitar de los mismos el suministro de cualquier información, contable o de otra naturaleza, relativa a sus actividades financieras, con el grado de detalle y con la periodicidad que se estimen conveniente.

b) Realizar, por sí o a través del Banco de España, las inspecciones que se consideren necesarias a efectos de confirmar la veracidad de la información a la que se refiere el apartado a) anterior o de aclarar cualquier otro aspecto de las actividades financieras de dichas personas o entidades.»

³ En el ámbito tributario, MALVÁREZ PASCUAL (2001, págs. 434 y 435) advierte que las potestades para el cumplimiento de una finalidad de interés general supone la obligatoriedad de su ejercicio, de tal forma que toda potestad funcional se caracteriza por su configuración como un poder-deber de ejercicio de la misma. Por consiguiente, al otorgarse una potestad, la Administración no puede dejar de ejercer la misma. Aunque sea a otros efectos, no hay que olvidar que el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de señalar que en la lucha contra el fraude fiscal y el necesario logro del principio de igualdad el deber de inspeccionar no es algo que deba quedar a la voluntad de la Administración: «La ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es, pues, una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a "un sistema tributario justo" como el que la Constitución propugna en el artículo 31.1: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria» [STC 76/1990 (NFJ000802)].

de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito ⁴. De esta manera, el conjunto de ambos preceptos ofrecería la siguiente estructura:

- (i) Las entidades de comercialización de bienes tangibles podían realizar una actividad de venta a cambio de un precio y comprometerse a enajenarlos por cuenta del cliente entregando a este el importe de su venta o pagando ella misma en el supuesto que no halle un tercero adquirente (recompra). El pago de la cantidad puede hacerse de manera única o fraccionarse.
- (ii) Estas entidades no pueden realizar una actividad reservada a entidades de crédito.
- (iii) Las actividades reservadas a entidades de crédito son la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros **u otras análogas**. Se trata de un criterio abierto.
- (iv) La ley está reconociendo, en consecuencia, que la comercialización de bienes tangibles con pacto de recompra no son actividades de captación de fondos reembolsables. Esto se ve reforzado por la mención explícita de la CNMV, quien en escrito de 14 de marzo de 2002 afirma que con relación a las actividades sobre bienes tangibles: «**No estamos ante una captación pública de ahorro**, ya que el dinero que se aporta **es el precio que se paga, en el contrato de compraventa**, a cambio de una cosa cierta que constituye su objeto (sellos, monedas, cuadros, antigüedades, inmuebles o cualquier otro de naturaleza tangible) **y que se entrega al comprador**, quien reconoce tenerla en depósito» ⁵.

Desde el punto de vista jurídico, el profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2005) entiende que este tipo de actividades **son actividades comerciales y no pueden calificarse como actividades de naturaleza financiera** ⁶. En concreto, afirma que la «Ley 35/2003, de 4 de noviembre, excluye a dichas sociedades del ámbito normativo específico de las entidades financieras en sentido amplio. La ley parte de la idea de que la actividad desarrollada por estas personas ni tiene esencialmente carácter financiero ni participa de las características de las actividades propias del sector caracterís-

⁴ LARENZ (1994, pág. 253) advierte que las normas jurídicas singulares no están aisladas unas de otras, sino que muchas veces son normas jurídicas incompletas que solo al unirse producen la norma jurídica completa. En concreto, señala «que el alcance de las normas jurídicas particulares solo puede ser entendido en su conexión con la regulación total a que pertenecen y, además de ello, frecuentemente también con otras regulaciones y con la relación en que se encuentran estas regulaciones entre sí, se manifiesta especialmente cuando varias normas jurídicas o regulaciones concurren entre sí» (pág. 259).

⁵ La contestación de la CNMV, en escrito de 14 de marzo de 2002, está en la página web del diario *El Economista*. Por otra parte, en la propia página web de la CNMV, dentro del sector referente a advertencias, se señala expresamente que las empresas de bienes tangibles no son entidades financieras.

⁶ El profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2005) recoge las cláusulas contractuales de una de estas entidades: (i) Existe un contrato de comisión de compra donde la entidad se compromete a comprar por cuenta del cliente determinados bienes tangibles o, en caso de que no lo consiga, vendérselos de su propia reserva de existencias; (ii) Contrato de comisión de venta donde se ordena vender los bienes tangibles anteriormente adquiridos por un precio determinado y en el caso de no encontrar comprador, deben adquirirse por la propia entidad; (iii) En caso de que la entidad comercializadora de bienes tangibles actúe como intermediaria cobrará una comisión; (iv) Existe derecho del titular de los bienes tangibles, y como consecuencia de la anterior condición de que en caso de que no se encuentre comprador la cuantía la va a satisfacer la entidad, de recibir anticipos a cuenta aunque todavía no se haya realizado la compraventa, regularizándose al final de periodo; (v) Al adquirir los bienes tangibles los compradores pueden disponer de los mismos o bien realizar un depósito en la propia entidad, que normalmente será de carácter gratuito. Además, es necesario que exista un seguro de los bienes tangibles depositados.

tico del mercado de valores». **Su calificación es de comisión mercantil** y la comisión puede tener lugar mediante la aplicación de órdenes antagónicas de compra y venta de distintos clientes. Incluso en el caso de que finalmente sea la propia entidad la que adquiera la filatelia, al no encontrar un cliente, lo que se asimila económicamente a la denominada comisión de garantía, no se desnaturaliza la actividad de comisionista, sino que sirve para no generar incertidumbre al cliente de la posibilidad de que la operación no se lleve a cabo. De la misma manera, VICENT CHULIA (2006, Lección 15, documento obtenido por soporte informático sin paginación) señala que, con relación a la actividad de la Ley 35/2003 cuando se adquieren bienes tangibles «por cuenta de sus mandantes o comitentes para venderlos, en su caso "aplicando" órdenes antagónicas de compra y venta de aquellos y, si no existe contrapartida, "entrando" ellas mismas en los contratos, son y actúan como comisionistas, y, por tanto, no son entidades financieras ni celebran contratos financieros».

2.1.1. Comunicaciones institucionales sobre la comercialización de bienes tangibles.

Como consecuencia de un procedimiento judicial seguido contra dos entidades de bienes tangibles se plantearon diversas preguntas parlamentarias y también representantes de las instituciones han comparecido en las cámaras legislativas o ante comisiones de las mismas. Por lo que aquí interesa, queremos poner de manifiesto dos posturas distintas sobre las actividades realizadas por las entidades de bienes tangibles. La primera, del entonces presidente de la CNMV. La segunda, manifestaciones de representantes del Gobierno. El presidente de la CNMV, en comparecencia de 14 de junio de 2006 en la Comisión de Economía y Hacienda en el Congreso, expresamente señala que «La segunda conclusión a la que he llegado personalmente y que me da la impresión de que es compartida en buena medida por la CNMV es que la legislación vigente, que se contiene en **la disposición adicional cuarta de la Ley de instituciones de inversión colectiva, cometió un grave error técnico que el legislador debería enmendar cuanto antes. Ese gravísimo error técnico es permitir que entidades que no sean financieras asuman compromisos de recompra sobre bienes tangibles. Ese es un gravísimo error que es muy explícito en la norma, porque nada menos que en el primer párrafo de esa disposición adicional dice con claridad, yo diría con contumacia, que las entidades que comercialicen bienes tangibles quedarán al margen de la supervisión de cualquiera de los tres organismos financieros, incluso aunque se comprometan frente al adquirente de esos bienes tangibles a recomprárselos si no los puede vender en mercado. Ahí estamos precisamente ante la figura del pacto de recompra, una figura de larguísima tradición en el derecho histórico español. Estamos en presencia de la **venta fingida o simulada, la mohatra o la barata. Todas ellas técnicas que pueden servir para encubrir operaciones de captación de ahorro financiero. Lo paradójico es que una norma de derecho positivo aprobada por este Parlamento permita a entidades no financieras realizar esa actividad sin sujetarlas a la supervisión de los organismos financieros especializadas...** si el activo no es un valor sino un bien tangible, la competencia **debe corresponder a quien supervisa la captación de depósitos bancarios al público, que es el Banco de España.** Lo principal, lo que a mi juicio es urgente, es que se modifique esa disposición adicional para que se prohíba de forma taxativa a aquellas entidades que no sean financieras la asunción de compromisos de recompra de bienes tangibles»⁷.**

⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 604. Comisión de Economía y Hacienda celebrada el miércoles 14 de junio de 2006.

La segunda de las manifestaciones son las realizadas por representantes del Gobierno, en especial las declaraciones de la titular del departamento de Sanidad y Consumo. Según consta en el Diario de Sesiones del Congreso de 25 de mayo de 2006, la Ministra afirmaba su comparecencia que «debe modificarse la normativa... En este punto, el **criterio del Gobierno**, como ya expuse en la interpelación de la semana pasada es **que las sociedades que operan en el sector de los bienes tangibles no son entidades de crédito empresas de servicio de inversión o instituciones de inversión colectiva. Y además, en nuestra opinión no deben serlo, puesto que nos encontramos ante la compraventa de bienes, una simple actividad comercial**, dado que los sellos **no pueden ser calificados como asimilables a valores negociables**. Los sellos, como se sabe, son fungibles, su valor financiero no da derecho a una prestación monetaria, su valor facial corresponde al de las tasas postales, tienen caducidad y su valor real se deriva únicamente de su condición de bien objeto de colección, no son objeto de negociación en ningún mercado secundario de valores y, en definitiva, el dinero que se aporta es el precio que se paga por una cosa cierta y tangible, el sello, y no por un título valor. **En este mismo sentido, en la tramitación del proyecto de Ley sobre instituciones de inversión colectiva, en informes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Banco de España y de la Abogacía del Estado, se concluía que las sociedades de este tipo no podían ser consideradas como entidades de inversión... Pero creo que coincidimos en que es necesario completar el marco legal** al que se someten los bienes tangibles para aumentar la transparencia de estas empresas y la seguridad de los ciudadanos que invierten estos productos... **Desde luego, nosotros seguimos pensando que estos bienes no deben regularse como productos financieros, que debe completarse su regulación**»⁸. En cualquier caso, la calificación de estas entidades como no financieras implica que ni están supervisadas ni acceden a las garantías de depósitos o de inversiones. Estas consideraciones han sido reiteradas en otras comparecencias y en respuestas a preguntas parlamentarias. Especial consideración merece la contestación a la pregunta parlamentaria 184/078550 (BOCG, Serie D de 26 de septiembre de 2006), donde se afirma que en todo lo no establecido por la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 estas operaciones se rigen con carácter general por el Código Civil, el de Comercio y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por lo que no cabe hablar de *vacío* normativo.

2.2. Ley 43/2007 de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

En el Consejo de Ministros celebrado el 29 de diciembre de 2006, la Ministra de Sanidad y Consumo presentó un Informe sobre el Anteproyecto de Ley que regularía los aspectos de protección de los consumidores y usuarios en la relación con las empresas que comercializan bienes tangibles⁹. El texto del anteproyecto presentado se limitaba a señalar, en lo que al aspecto fiscal atañe, que «Desde el punto de vista fiscal, la aprobación de la ley tampoco tendrá efectos sobre la recaudación tributaria».

⁸ Por su parte, en la Comparecencia del Vicepresidente Segundo y Ministro de Hacienda, don PEDRO SOLBES, en la Comisión de Economía y Hacienda, celebrada el 27 de septiembre de 2007 (Diario de Sesiones del Senado, núm. 506) señala que la regulación actual es de consumo y que no nos encontramos ante productos financieros que deban ser controlados por el Banco de España o la CNMV.

⁹ En http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2006/refc20061229.htm.

Tras una tramitación un tanto conflictiva, donde el Partido Popular hizo una enmienda a la totalidad aduciendo el posible carácter financiero, se aprobó en el Congreso de manera definitiva el 29 de noviembre de 2007, entrando en vigor el día 15 de diciembre de 2007 (BOE de 14 de noviembre) ¹⁰. La ley consta de 8 preceptos. Y, por lo que aquí interesa, que es la naturaleza mercantil a los efectos de determinar su calificación tributaria, la norma establece en su Exposición de Motivos que:

«El artículo 1 define el ámbito de aplicación, poniendo el acento en lo que constituye la **auténtica naturaleza de la actividad mercantil**: la comercialización de bienes con oferta de recuperación del precio y, en la mayor parte de los casos, con ofrecimiento de revalorización. Aclarando, no obstante, para mayor seguridad que, en todo caso, se incluyen en el ámbito de aplicación de esta ley las actividades reguladas hasta ahora como comercialización de bienes tangibles.

Quedando claro en la norma que la actividad regulada no es financiera, se aborda la regulación de las relaciones jurídicas con los consumidores estableciendo mecanismos de transparencia en la información y garantías adicionales para la protección del consumidor.»

Y, en efecto, el artículo 1.1 señala que nos encontramos ante «el ejercicio de una actividad empresarial o profesional **no regulada por la legislación financiera**», mientras que el artículo 2.1 señala que las comunicaciones comerciales «no deberán inducir a confusión al consumidor con las actividades de tipo financiero, evitando la utilización de expresiones propias de este sector, tales como inversión, ahorro, rentabilidad, interés o equivalentes». Es más, constituye una infracción muy grave el incumplimiento de la misma. Por otro lado, las definiciones siguen siendo las mismas que en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 ¹¹.

La regulación se completa con un deber de formalizar una escritura pública (art. 4.1) y en el caso de que haya compromiso de restitución garantía prestada por establecimientos financieros que asegure individualmente al consumidor la cuantía del importe de restitución (art. 5). Es más, en la Exposición de Motivos se justifica esta regulación en que «La realidad ha evidenciado, no obstante, que el tráfico de este tipo de bienes, bajo determinadas circunstancias, especialmente cuando el pacto de recompra se acompaña de una promesa o compromiso de revalorización cierto, hace que el consumidor atienda principalmente a la promesa de revaloración, y no preste atención suficiente a elementos importantes como las garantías ofrecidas para respaldar la mencionada promesa». Es decir, implícitamente se está reconociendo que lo que buscan los consumidores es la *rentabilidad* aunque eso no es suficiente para calificar una actividad como financiera.

¹⁰ El grupo Parlamentario Popular presentó una propuesta de veto en el Senado (BOCG, Serie II, 24 de octubre de 2007) en la que se señalaba que en el Proyecto de Ley se calificaba la actividad como mercantil cuando había dudas de que fuera financiera. Si fuera financiera, afirmaba que debería estar prohibida por ser una captación de ahorro. Por su parte, puede verse el debate en el Congreso de 25 de septiembre de 2007 (Diario de Sesiones núm. 895), donde el representante del Grupo Parlamentario Vasco señalaba que a su juicio estábamos ante operaciones financieras.

¹¹ En el artículo 1 de la Ley 43/2007 se señala que la actividad comercial consiste en que «a) Comercializan bienes mediante contratos de mandato de compra y venta de bienes y otros contratos que permitan realizar esta actividad, percibiendo el precio de adquisición de los mismos o una comisión y comprometiéndose a enajenarlos por cuenta del consumidor entregando a este, en varios o en un único pago, el importe de su venta o una cantidad para el supuesto de que no halle un tercero adquirente de los bienes en la fecha pactada. b) Comercializan bienes mediante los contratos indicados en el párrafo anterior con ofrecimiento de revalorización, o en su caso, con garantía de restitución del precio de adquisición o cualquier otro importe».

Sobre aspectos fiscales o contables no hay regulación, aunque sí se mencionan. En el artículo 3.1, que regula la información contractual, se hace referencia a que debe constar el «Importe total del contrato, incluyendo impuestos...» [letra c)] y la «Legislación y tratamiento tributario aplicable al contrato» [letra k)]. Y, por último, en el precepto referente a las infracciones y sanciones, se señala que «Lo dispuesto en los apartados precedentes se entiende sin perjuicio de la legislación estatal, o autonómica de carácter contable, fiscal y, en su caso, económica, a la que estén sometidas las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley» (art. 8.5).

2.3. Problemas tributarios derivados de la incompleta regulación de la contratación de bienes con oferta de restitución en el precio.

Como hemos visto, no hay una sola referencia en la regulación de bienes con pacto de recompra, ni en la anterior ni en la actual, al régimen tributario. Es más, la mención expresa que se hace en la Ley 43/2007 sobre la necesidad de informar sobre la legislación y tratamiento tributario hace pensar en que su régimen no ofrece dudas y no es necesario afrontarlo. Sin embargo, la cuestión dista de estar clara.

Realmente, los problemas que afectan a la tributación se ven reflejados en las opiniones contrapuestas vertidas por el presidente de la CNMV y la titular del Ministerio de Sanidad y Consumo. Para el primero de ellos, la venta de bienes se trata de una venta fingida o simulada, se trata de una actividad que debería estar sometida a la supervisión del Banco de España como depósitos y, en definitiva, la disposición adicional cuarta era un *gravísimo* error técnico que hay que corregir¹². Por su

¹² Entendemos que cuando el Presidente de la CNMV se refería a venta simulada o fingida lo hacía en términos económicos, pues jurídicamente es difícilmente sostenible. En efecto, para que haya una simulación en Derecho es necesario que exista ocultación, de tal manera que la manifestación externa de las partes y su verdadera voluntad no coincidan [*vide*, por todos, ZORNOZA PÉREZ (2000, pág. 171) y PONT CLEMENTE (2006, pág. 151)]. Y en el caso de venta con obligación de encontrar otro comprador, o bien recomprar, no existe ocultación, pues las cláusulas contractuales son las realmente queridas por las partes. Es decir, si hubiera simulación, el negocio simulado sería el de compraventa, mientras que el real sería el de préstamo con garantía. De esta manera, el de comisión y compraventa serían nulos y aparecería el verdadero, que sería el de préstamo. En dicho caso, la tributación no presentaría duda alguna, pues el contrato de préstamo tiene un régimen definido. Una cuestión totalmente distinta es afirmar que un contrato de venta con la obligación de encontrar un comprador o bien recomprar la propia entidad se considere, económicamente, como una operación financiera. En este caso, ha habido transmisión efectiva de los bienes, pero su calificación en ciertos sectores se asimila al del préstamo. Pero ambos tratamientos son incompatibles jurídicamente; la simulación pasa por negar la transmisión de bienes mientras que la consideración económica la da por válida. Como ha señalado la Audiencia Nacional en su Sentencia de 20 de abril de 2002 (NFJ014076), la «**teoría de la simulación está justamente en función de la búsqueda de la verdadera naturaleza jurídica, lo que conceptualmente se encuentra en el extremo opuesto de admitir una naturaleza económica distinta de la jurídica**». Por tanto, cuando el Presidente de la CMNV se refiere a venta fingida, solo lo puede hacer en términos económicos; en su fondo económico, una venta con obligación de encontrar un comprador o recomprar la propia entidad es lo mismo que un préstamo.

El análisis sería distinto si el bien objeto de transmisión no tuviera el valor pactado. En este sentido, puede verse la STS de 11 de abril de 2007 [recurso 1092/2002 (NFJ026258)] referido al *lease-back*. En la misma, y conociendo de una maquinaria que estaba valorada en contabilidad por 21 millones de pesetas y que se vendió a una entidad de *leasing* por 400 millones, se afirma que «El recurrente sostiene que la operación *lease-back* es lícita, aserto que compartimos en abstracto. En lo que no estamos de acuerdo con él ni el órgano de gestión, ni esta Sala es que la específica operación contemplada en estos autos tenga esa naturaleza. Y no estamos de acuerdo porque el precio del bien, según resulta de los datos contables del recurrente (y tampoco se ha practicado prueba que acredite otra cosa) es muy inferior al pactado. **Y siendo esto así es patente que la financiación invocada es ficticia porque el bien que la sirve de soporte carece del valor que cubre esa financiación señala**».

parte, el titular del Departamento ministerial señalaba que hay una efectiva transmisión de bienes, que es una mera actividad comercial, que no debe ser supervisada por los organismos competentes en materias financieras y que había que modificar la ley no para corregir ningún error técnico, sino para completar la regulación. Y esa regulación ha sido la Ley 43/2007. Pero la regulación no ha afrontado los problemas impositivos.

En cualquier caso, las manifestaciones del presidente de la CNMV son muy reveladoras de lo que es la legalidad vigente de lo que son cuestiones de *lege ferenda*. A su juicio, la normativa es incorrecta, ya que entiende que si hay pacto de recompra, debería haber sido un depósito supervisado por el Banco de España. Y el problema, por lo que aquí respecta, es que la posición sostenida por el presidente de la CMNV puede ser cierta desde la perspectiva económica; nos podemos encontrar ante figuras con causa similar a los depósitos supervisados. En dicho caso, el legislador se ha alejado de dicha realidad económica y habría que analizar cuáles son las consecuencias jurídicas de dicha actuación. Como ha señalado LARENZ (1994, págs. 414 y 415), la naturaleza de las cosas es de gran importancia en la conexión con la exigencia de justicia de tratar desigualmente lo desigual. Nos encontraríamos ante una contradicción axiológica, que tiene lugar cuando la solución que el ordenamiento jurídico atribuye a un determinado caso debería tener una solución distinta a la que el propio sistema articula y que da lugar a un resultado inadecuado o inaceptable de acuerdo con las exigencias externas ¹³. De esta manera, habría que ver si puede existir una vulneración de principios constitucionales en tanto situaciones idénticas *económicamente* son tratadas jurídicamente de forma totalmente distinta. En el caso de las entidades de bienes tangibles, la comparación sería con las entidades de crédito y por qué la tutela y tratamiento del ahorro privado en el caso de estas entidades es distinto que en la de los bienes tangibles ¹⁴.

Pero lo cierto es que la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 y la Ley 43/2007 establecen que las entidades de comercialización de bienes tangibles no realizan actividades reservadas a las entidades de crédito por su actividad típica ¹⁵. No realizan actividades de depósito,

¹³ RUIZ SANZ (2002, pág. 66 y ss.) advierte que las contradicciones pueden ser explicadas a través de dos tipos básicos, las normativas y valorativas. En este caso no hay antinomia jurídica en tanto existen campos de actuación distintos sobre cada materia. Nos encontraríamos en la segunda de ellas, en tanto la valoración del legislador sobre la protección de los ahorradores se vería arrinconada cuando se instrumenta mediante bienes tangibles. No obstante, señala este autor (pág. 69, nota a pie 132) que también puede suceder que el legislador busque intencionadamente la contradicción, que tenga interés en normar de forma incoherente. En este sentido, FROSINI (1995, pág. 125) señala que la cultura jurídica contemporánea «ha aclarado que el mensaje legislativo no es en sí mismo portador de racionalidad ordenada... Un mensaje, en cuanto se destina a incidir sobre el estado de desequilibrio existente en la relación entre el ordenamiento jurídico y la realidad social, puede ser también portador de irracionalidad y de ulterior desorden, porque conduce a una situación nueva basada en una fractura entre el orden existente y el orden futuro, que ha sido modificado por la innovación legislativa».

¹⁴ En la SAN de 19 de julio de 2006 [recurso 458/2004 (NFJ024020)] se afirma que la Ley 24/1988 abandonó la definición cerrada de valores, porque «la Ley pretendía evitar que una definición del concepto "valor" se lograra la exclusión de posibles distintas formas utilizadas en el mercado como instrumentos financieros, evitando así los controles administrativos destinados, no puede olvidarse en ningún momento, a garantizar los intereses del inversor».

¹⁵ MANUEL CONTHE (2008) señala que al no reconocer la naturaleza financiera la Ley 43/2007 «debería abochornar a quienes elaboraron y aprobaron tan hipócrita y defectuosa ley». GONZÁLEZ-MENESES (2007, pág. 71) calificaba el proyecto de Ley en que se ha plasmado la Ley 43/2007 como «absurdo e insensato» debido a que se ha obviado la verdadera naturaleza financiera de la actividad. En la editorial de la revista electrónica *Notario del Siglo XXI* (marzo-abril 2008) se afirma que «la norma proyectada supone un grave desacierto legislativo que difícilmente se puede corregir con algún

préstamo o análogos. Por tanto, la norma puede ser incoherente y haberse cometido un grave error técnico o ser una actuación querida por el legislador, pero, en definitiva, las normas vinculan mientras estén vigentes y no hayan sido derogadas o declaradas nulas por el Tribunal Constitucional, sean defectuosas o no. Y a los efectos de este trabajo partimos de la plena validez de la disposición adicional cuarta de la Ley 43/2007. Cuestión distinta es, como se afirma en la contestación a la pregunta parlamentaria 184/078550, que no hay vacío legal acudiendo a normas de Derecho privado para completar la regulación. A nuestro juicio, dar por válido que no hay vacío normativo implicaría reconocer que la totalidad de su régimen, en todo el ordenamiento, es de comisión y compraventa y no puede calificarse como financiero¹⁶. Sin embargo, entendemos que no es correcto sostener que no hay un vacío legal. Puede no haber lagunas en el ámbito sustantivo, pero la regulación de un determinado sector va más allá de su calificación como sector no financiero. Por lo que aquí interesa, nos referimos al Derecho tributario y al Derecho contable en tanto tiene efectos sobre el IS, donde nos encontramos ante la inexistencia de una solución precisa pero con la posibilidad de llegar a ella a través de diversas técnicas¹⁷. El problema es que en función de cómo se empleen dichas técnicas la respuesta puede ser una u otra, lo que a nuestro juicio incide en la seguridad jurídica de los operadores¹⁸. En definitiva, lo que planteamos es si puede tributar y contabilizarse algo como un préstamo o depósito, por su presunto fondo económico, cuando una ley sustantiva dispone que no es una actividad financiera y sí mercantil¹⁹.

retoque parcial, porque el error es de concepto y vicia de raíz toda la norma». CARRASCO PERERA (2007, pág. 2) señala que el entonces proyecto no se percató de que en estos negocios el interés prioritario es el financiero.

- ¹⁶ Podría aplicarse aquí el criterio de interpretación de no redundancia, en virtud del cual entre las posibles interpretaciones de una disposición debe elegirse aquella que no implique una repetición del legislador. O el criterio de plenitud, que expresa la necesidad de que la interpretación se haga desde la consideración del ordenamiento como un sistema completo o pleno. *Vide* DE ASÍS ROIG (1995, pág. 191).
- ¹⁷ Como señala DE ASÍS ROIG (1995, págs. 31 y 32), puede haber una norma que dé solución precisa al problema, o bien que no exista una norma con solución precisa, pero con posibilidad de llegar a una solución a través de diversas técnicas, o inexistencia de normas con solución precisa e imposibilidad de llegar a una solución a través de diversas técnicas.
- ¹⁸ Así, en la SAN de 18 de octubre de 2007 [recurso 605/2004 (NFJ026935)], referida a las cesiones de crédito, se señala que «la Sala considera que el sometimiento, la adecuación o la tipificación conforme a la mencionada **«normativa contable»** del Banco de España no puede convertirse en una cobertura **para la alteración de la auténtica naturaleza contractual, esto es, no constituye una garantía respecto de su auténtica configuración»**.
- ¹⁹ ROSEMBUJ (2008, documento obtenido en soporte informático sin paginación) ha afirmado que (la negrita es nuestra) «Un mismo hecho jurídico no es distinto porque lo reciba el Derecho tributario de lo que marca su naturaleza: **un acto, contrato o negocio jurídico, siendo perfecto para el Derecho Civil o Mercantil; también lo será para el Derecho Fiscal. Y si no lo fuera no se deberá a su particularidad tributaria, sino porque tampoco lo ha sido en su matriz.** La consideración económica no desmiente la unidad mínima efectiva del hecho jurídico relevante para todo el ordenamiento jurídico. La *intention iuris*, el reglamento de los intereses entre las partes, no puede escindirse, en su aplicación, de la *intention factis*, de su función y estructura. La interpretación y calificación pone en evidencia la naturaleza jurídica real y efectiva de la transacción o, al contrario, su artificialidad. Los hechos puramente artificiales sufren el rechazo del ordenamiento jurídico, de sus valores y principios y no solo ni exclusivamente del derecho tributario. Ese rechazo será el resultado del fraude de ley, de abuso del derecho o de la simulación. La realidad económica, en el origen del derecho tributario, fue un método para indagar el sentido económico que está detrás de la apariencia externa de los hechos jurídicos, la relación real subyacente, apuntalando la autonomía dogmática del entonces joven Derecho tributario. **Su vulnerabilidad radica en que no hay otra realidad que la propia realidad jurídica efectiva del hecho en sí mismo y ante la norma, común y compartida por el conjunto del ordenamiento jurídico.** El hecho puramente artificial lo será con referencia a la naturaleza falsificada de su configuración; pero, sin que ello suponga prestar atención a una realidad económica que es ajena para individualizarlo. El realismo fiscal no es sino la realidad jurídica o, en otro caso, dará lugar al fraude de ley, abuso del derecho o simulación».

3. CALIFICACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL IRPF: ¿RENDIMIENTOS DEL CAPITAL MOBILIARIO O GANANCIA DE PATRIMONIO?

La tributación de las rentas obtenidas por aquellas personas físicas que adquieran o hayan adquirido estos bienes no es una cuestión clara. No existe ningún precepto específico para los beneficios que se puedan obtener en estas inversiones. Parecería, en principio, que la calificación sustantiva de la actividad como mercantil haría que nos encontráramos ante ganancias de patrimonio. Sin embargo, la DGT emitió desde finales de 2004 una serie de contestaciones a consultas donde afirmaba que estábamos ante un producto de inversión y su calificación era de rentas del capital. Esto suponía que en el caso de que la duración de la inversión superase el año, se tributase al tipo fijo del 15 por 100 frente al marginal aplicable si se calificaba como rentas del capital. Esta situación deja de tener relevancia con la nueva LIRPF 35/2006, ya que con independencia de la calificación que se dé a estos productos, se va a tributar al tipo del 18 por 100. Sin embargo, el hecho de considerar una determinada operación como rendimiento del capital mobiliario sujeto a retención supone para la Administración no solo una recaudación anticipada del impuesto, sino también un mayor y más efectivo grado de información sobre los rendimientos que se ven afectados por la retención. Es decir, se convierte en un importante instrumento de control y lucha contra el fraude, que en términos generales siempre ha acompañado a los rendimientos del capital mobiliario y al margen del cual se han situado las ganancias patrimoniales²⁰. Y, ciertamente, si las rentas obtenidas por las personas físicas se califican como ganancias de patrimonio, la AEAT va a desconocer en gran medida la existencia de las mismas, pues ni siquiera en la declaración anual con terceros aparecerían estas operaciones si la entidad comercializadora actúa como intermediaria²¹.

3.1. El tratamiento en el TRLIRPF (RDLeg. 3/2004) y en el RIRPF 1775/2004.

Como hemos señalado, en el ámbito del IRPF hay varias contestaciones a consultas, todas en el mismo sentido, emitidas por la DGT sobre la calificación de las rentas obtenidas por las personas que invertían en bienes tangibles. La primera de ellas, y la que abre la veda del tratamiento, es la de 21 de octubre de 2004 [Consulta núm. 1923-04 (NFC019978)]. Posteriormente, se ha dictado la de 18 de mayo de 2005 [Consulta Vinculante núm. V0881-05 (NFC020956)] y dos de 26 de septiembre de 2005

²⁰ *Vide*, por todos, ÁLVAREZ BARBEITO (2006, pág. 60). Señala esta autora que, de hecho, la proliferación de complejas y sofisticadas operaciones financieras que se han ido introduciendo en el mercado han tenido como finalidad que los contribuyentes pudieran reconducir la calificación de sus rentas desde el ámbito de los rendimientos de capital al de ganancia de patrimonio, con el objeto de mejorar la tributación (2006, pág. 62). Por su parte, JABALERA RODRÍGUEZ (2005, pág. 1.602) señalaba que la calificación de incrementos patrimoniales tenía como ventana que el régimen era más favorable cuando se generaba en periodos superiores al año y no estaban sometidos a retención en la fuente, lo que suponía que no adelantaban cantidad alguna y que, además, no sufrían control tributario.

²¹ La declaración anual de operaciones con terceras personas, que se plasma en la confección del modelo 347 (RD 1054/2007), solo opera para empresarios o profesionales y por operaciones superiores a 3.005,06 euros (IVA incluido). De esta manera, en el caso de que sea una persona física la que venda a otra y actúe como intermediario la entidad de bienes tangibles, esta solo tiene obligación de declarar siempre que su comisión fuera superior a 3.005,06 euros. Es decir, si se supera dicho umbral, la AEAT no tendría conocimiento de estas operaciones, que serían opacas. Por el contrario, cuando la entidad comercializadora de los bienes tangibles actuara como compradora o vendedora, sí habría que declarar la operación en el modelo 347, por lo que, al menos, la AEAT tendría conocimiento de estas transacciones.

[Consultas Vinculantes núms. V1879-05 (NFC021285) y V1880-05 (NFC02900)]. El objeto de la Consulta de 21 de octubre de 2004 [Consulta núm. 1923-04 (NFC019978)] es para un producto denominado CIT-25, un instrumento con las siguientes características; la duración es de 25 meses; la rentabilidad es fija y está predeterminada; se abona de forma trimestral; el producto se encuentra vinculado a la inversión en valores filatélicos y su contratación se articula mediante una adquisición de valores filatélico y una venta posterior a un tercero, actuando la entidad de intermediario, o con el compromiso de la entidad de recomprar si no encuentra a un tercero. Es decir, se trata de la actividad regulada en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003. La DGT contesta que:

- (i) «Según la documentación aportada junto con el escrito de consulta, parece que nos encontramos ante un producto de inversión.»
- (ii) «Aun cuando la inversión se estructura mediante **dos contratos que implican la compra y venta de valores** filatélicos, sin embargo es preciso resaltar que la cuantía del **resultado económico no parece derivarse de una forma directa de los valores filatélicos** concretos que **actúan como subyacente del producto contratado**, ya que no se verá alterado como consecuencia de la fluctuación que tuvieran en el mercado los precios de dichos bienes.»
- (iii) Al no depender la inversión de la variación de precio de la filatelia durante el tiempo de la inversión, el inversor no asume «el riesgo o incertidumbre propios o inherentes de las variaciones de valor que pudieran derivarse de la adquisición y posterior enajenación de un determinado bien tangible».
- (iv) La DGT también afirma que «según el documento aportado, en el que se señala un porcentaje de rentabilidad total en el período de la inversión, partiendo de un importe mínimo de esta última, **parece deducirse** que la renta obtenida **estará en proporción al importe de la inversión, siendo, por tanto, la cuantía de esta**, más que las variaciones de valor de los valores filatélicos concretos que actúen como subyacente, **la magnitud determinante** del importe del beneficio originado por la inversión».
- (v) Como conclusión de los anteriores puntos se manifiesta que «Por tanto, se trata de un **producto de inversión** que no puede desglosarse en operaciones aisladas e independientes, sino que, por el contrario, **constituye una única operación financiera que, a efectos tributarios, debe ser considerada en su conjunto**».
- (vi) En concreto, el precepto que se le aplicaría es el artículo 23.2 del TRLIRPF (RDLeg. 3/2004), según el cual tienen consideración de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios «las contraprestaciones de todo tipo, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, como los intereses y cualquier otra forma de retribución pactada como remuneración por tal cesión, así como las derivadas de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos». Por tanto, nos encontramos ante rendimientos del capital mobiliario y, además, sometidos a retención. Más en concreto, lo que afirma es que «las cantidades que se perciban periódicamente como retribución de su inversión en el producto objeto de consulta han de calificarse como rendimientos del capital mobiliario».

Como anteriormente señalamos, hay tres contestaciones más de la DGT, una de 18 de mayo de 2005 [Consulta Vinculante núm. V0881-05 (NFC020956)] y dos de 26 de septiembre de 2005 [Consultas Vinculantes núms. V1879-05 (NFC021285) y V1880-05 (NFC029006)]. En las mismas se reitera la doctrina dada por la de 21 de octubre de 2004 [Consulta núm. 1923-04 (NFC019978)] con algún matiz. En concreto, el punto (iv) anterior, donde se dice que parecía ser el *importe* de la inversión lo que determina la rentabilidad se corrige y se señala ahora que también es la *duración* de la misma. Pero, sobre todo, en la contestación de 21 de octubre solo se hacía mención al supuesto donde los compradores recibieran las cantidades de forma periódica, pero nada decía sobre las rentas obtenidas al final del período como consecuencia de la recompra por el comisionista o bien por la venta a un tercero. Esta carencia es expresamente abordada por la DGT en sus contestaciones de 26 de septiembre de 2005, donde se afirma que «La misma calificación y tratamiento descritos en el párrafo anterior tendrían las posibles rentas que, caso de existir, **lo cual no parece producirse en el caso objeto de consulta, se pusieran de manifiesto en el momento de la finalización de la inversión**, con ocasión del pago que realice la entidad al consultante de su inversión inicial, por posibles diferencias entre el importe reembolsado en dicho momento (sin incluir la cuantía del último pagaré) y el de la citada inversión inicial, si bien en este último caso, con aplicación de la reducción prevista en el mencionado artículo 24.2 del TRLIRPF, en la medida en que quepa entenderlas generadas en un período superior a dos años»²².

En una primera aproximación a las contestaciones resulta extraño que no se mencione la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 donde se califica la actividad como mercantil y donde expresamente se señala que no es una actividad financiera. Es más, el órgano emisor de las contestaciones es, extrañamente, el competente en materias financieras²³. De hecho, de ser cierta la afirmación de que estamos ante un producto de inversión, el efecto inmediato para las entidades comercializadoras de bienes tangibles debería ser el estar realizando una actividad financiera y, por consiguiente, una actividad restringida a las entidades de crédito y, por tanto, ilícita. Este es un aspecto al que nos referiremos posteriormente al abordar el IS y el Derecho contable. A nuestro juicio, cualquier análisis jurídico-tributario debe partir del marco sustantivo general. No hacer mención al mismo, e interpretar económicamente los contratos sin su referencia sustantiva, entendemos que es contrario a la Ley General Tributaria (art. 12.3 de la LGT 58/2003). En segundo lugar, especial atención requiere que no se haga mención en el texto de las contestaciones al hecho de que finalmente pueda ser un tercero particular el que recompre el bien tangible y cómo afecta a la obligación de retener. En efecto, si la compraventa de bienes tangibles se realiza entre dos particulares y aun teniendo en consideración que la entidad de bienes tangibles —como comisionista— pueda entregar cantidades a cuenta, se plantean problemas con relación al sujeto de la retención, en tanto solo lo pueden ser

²² La aplicación de la reducción del 40 por 100 en caso de rendimientos del capital mobiliario había plantearse si realmente es más beneficioso el tratamiento como ganancia de patrimonio, si el período de generación era superior a dos años y se cobraba de una sola vez. En principio, si el tipo de gravamen marginal del contribuyente era inferior al 25 por 100, le interesaría tributar como rentas del capital. En efecto, la aplicación de una reducción del 40 por 100 a una renta de 100 hace que quede en 60. La tributación a un tipo del 25 por 100 da lugar a una renta de 15, que sería la misma que correspondería pagar en caso de conceptuarse como ganancia de patrimonio.

²³ El órgano emisor de estas consultas no es la Subdirección General de Personas Físicas, sino la de Operaciones Financieras. La Subdirección General del IRPF es la encargada de «todo lo que se refiere al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», mientras que la de Tributación de Operaciones Financieras tiene competencia en las materias «referidas a operaciones financieras y de seguro, instituciones de inversión colectiva y fondos de pensiones» (art. 4 del RD 1552/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda).

entidades y personas jurídicas o personas físicas que realicen actividades económicas (art. 101 del TRLIRPF), y también con relación al elemento temporal, ya que en el caso de rendimientos del capital mobiliario con rendimiento implícito la obligación de retener nace en el momento de la transmisión, amortización o reembolso (art. 92 del RD 1775/2004).

Al margen de lo anterior, la doctrina de la DGT merece varias consideraciones. Una primera, en la misma se emplea de forma reiterada el término *parece que* a la hora de fijar los presupuestos de hecho (parece que nos encontramos ante un producto financiero, parece que el resultado económico no se toma en consideración el valor de la filatelia). En segundo lugar, las rentas obtenidas se califican como rendimientos del capital mobiliario pero, sin embargo, no se procede a identificar de forma exacta cuál es el tipo de rendimiento del capital mobiliario ni la subsunción en la norma. Por último, la contestación afecta, exclusivamente, al IRPF, sin que nada se señale con relación al IS y al IVA.

Pero, y al margen de lo anterior, cabe preguntarse si ciertamente puede considerarse que nos encontramos ante una renta del capital mobiliario sometida a retención desde una perspectiva jurídica. En efecto, la normativa del IRPF establece, como norma general, que «las rentas derivadas de la **transmisión de la titularidad** de los elementos patrimoniales, aun cuando exista un pacto de reserva de dominio, **tributarán como ganancias o pérdidas patrimoniales, salvo que por esta ley se califiquen como rendimientos del capital**» (art. 19.1, párrafo 2 del TRLIRPF). Es decir, la cláusula general es que toda compra o venta tribute como ganancia y pérdida, salvo que expresamente una ley califique la renta como rendimiento del capital mobiliario. Esto ha llevado a afirmar a la doctrina que todas las excepciones a esta norma deban interpretarse de una manera restrictiva (AA.VV., 2003, pág. 684).

Por su parte, el artículo 23.2 del TRLIRPF establecía que tenían consideración de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios:

«las contraprestaciones de todo tipo, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, como los intereses y cualquier otra forma de retribución pactada como remuneración por tal cesión, así como las derivadas de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos.

a) En particular, tendrán esta consideración:

(...)

2. La contraprestación, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, derivada de cuentas en toda clase de instituciones financieras, incluyendo las basadas en operaciones sobre **activos financieros**.
3. Las rentas derivadas de operaciones de cesión temporal de **activos financieros** con pacto de recompra...»

A nuestro juicio, y a pesar de que la DGT no lo haya señalado expresamente, lo que está entendiendo es que nos encontramos ante *la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de*

cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos. En efecto, no hay que olvidar que en los contratos descritos lo que expresamente se señala es que la entidad se compromete a recomprar, o bien a encontrar a un comprador que le compre por lo que pagó más una cantidad adicional. Además, hasta que finalice el contrato, la entidad se compromete a satisfacer en concepto de anticipo a cuenta ciertas cantidades. Por tanto, parece que la calificación que hace la DGT se basa en la *existencia* de una recompra previamente determinada en su precio. Se trataría, por tanto, de rentas procedentes de la *transmisión o reembolso de activos representativos de la captación de capitales ajenos*. Sin embargo, es necesario dar un paso adicional con relación a la venta de activos con pacto de recompra. En efecto, hay que destacar **que falta en la normativa una definición de lo que es un activo representativo de la captación y utilización de capitales ajenos**, lo que, al margen de la crítica desde un punto de vista técnica legislativa, hace que nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado, con los problemas interpretativos que esto lleva aparejado. Es más, cuando en el artículo 23.2 b) se señala cómo se determina el rendimiento del capital en caso de compra y venta, la ley ya no emplea el concepto *activo* representativo de la captación de capitales ajenos, sino el término *valor* («En el caso de transmisión, reembolso, amortización, canje o transmisión de valores...»). Por su parte, el artículo 91 del propio RIRPF (RD 1775/2004) determina que «En el caso de amortización, reembolso o transmisión de **activos financieros**, constituirá la base de la retención...», mientras que el 74.2 b) establece que en caso de «operaciones sobre **activos financieros**» estará obligada a retener la entidad emisora del activo financiero. Y el artículo 90 hace mención a la necesidad de que en caso de enajenación u obtención del reembolso de **activos financieros** con rendimiento implícito, deberá acreditarse la previa adquisición con intervención de fedatarios o instituciones financieras obligadas a retener. Pero es que el artículo 89 del RIRPF (RD 1775/2004) expresamente señala que **los activos financieros son «valores negociables representativos de la captación y utilización de capitales ajenos»**. Es decir, el legislador identifica **activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos con activos financieros y con valores negociables**. La cuestión es si los bienes tangibles son o no valores negociables representativos de la captación y utilización de capitales ajenos²⁴. Desde luego, si acudimos a un concepto jurídico, parece que no debe ser así²⁵. Y de hecho, como hemos señalado, la CNMV, en contestación

²⁴ Para AA.VV (2003, pág. 683, nota a pie 50), cabe entender que la definición de valor negociable es aquella que se comprendía en el Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de ventas de valores, donde en su Exposición de Motivos se señala que para definirlo se utiliza la técnica de la enumeración, positiva y negativa, que se complementa con una cláusula de cierre que califica como valor negociable todo derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que por su configuración propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiero. De la misma opinión era PÉREZ ROYO (1999, págs. 169 y 170). En la actualidad, dicho texto ha sido reemplazado por el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos. En el artículo 3.1 se señala que «A los efectos de este Real Decreto, tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera». Por otro lado, la LMV, en redacción dada Ley 47/2007, establece en el artículo 2 que quedan comprendidos en el ámbito de la presente ley «Los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones. Tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero».

²⁵ VICENT CHULIA (2006, Lección 16, documento obtenido en soporte informático sin paginación) expresamente señala que «Tampoco son valores negociables los sellos, obras de arte, antigüedades, por lo que no constituyen actividad ni contratos

de 14 de marzo de 2002 antes citada, expresamente afirma que «El objeto de este tipo de negocios, tanto sellos como cualquier otro bien tangible, no reúne las características propias de los valores negociables...».

Al margen de la definición general, merece especial atención el supuesto específico de los repos. El apartado 3 de la letra a) del artículo 23.2 del TRLIRPF expresamente señala que son rendimientos del capital mobiliario, en particular, las rentas derivadas de «operaciones de cesión temporal de **activos financieros** con pacto de recompra», productos que tendrían gran paralelismo económico a la operativa de los bienes tangibles²⁶. Pero repárese, de nuevo, cómo la ley expresamente señala que los repos de *activos financieros* son rendimientos del capital mobiliario²⁷. Pero solo esos, no los que tienen otro subyacente.

En definitiva, podemos ver que las menciones legales y reglamentarias del IRPF sobre transmisión y adquisición que dan lugar a rendimientos del capital mobiliario se refieren a activos financieros, valores, valores negociables y entidades financieras²⁸. De hecho, basta leer los manuales prácticos que la AEAT edita cada año para la declaración del IRPF para ver que los productos que dan lugar a rendimientos del capital mobiliario se identifican con valores negociables y entidades de crédito²⁹. A nuestro juicio, por tanto, y sin entrar a valorar la corrección del análisis *económico* que hace la DGT, con el inconveniente de no pronunciarse sobre la Ley 35/2003, el problema está en el encaje legal. En efecto, aun en el caso de que se pueda considerar que nos encontramos ante un producto de inversión, la cuestión es si el mismo tiene cabida o no en el artículo 23.2 del TRLIRPF. La DGT se muestra partidaria de dicha interpretación, pero, a nuestro parecer, sin realizar el análisis de subsunción. Simplemente asimila producto de inversión a rendimiento del capital mobiliario,

financieros los de entidades que compran aquellos bienes por cuenta de sus mandantes o comitentes para revenderlos, cumpliendo las normas establecidas en la disposición adicional 4.ª de la Ley 35/2003». Por su parte, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2005) afirma que los valores filatélicos no son valores negociables, ya que no se negocian en un mercado organizado, mercado sobre el que la CNMV realiza actividades de supervisión. Y, en segundo lugar, porque la contratación de dichos valores exigen que estén representados por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. Afirma este autor que los sellos son valores susceptibles de negociación, pero en sentido jurídico no son valores negociables, aunque tengan una naturaleza jurídica más o menos próxima a aquellos otros a los que la legislación atribuye dicho carácter.

²⁶ ÁLVAREZ BARBEITO (2000, documento obtenido en soporte informático sin paginación) señala que hasta la reforma en la normativa mercantil de la LMV por Ley 37/1998 no había duda de que en los repos se producían verdaderas transmisiones patrimoniales, donde existía una doble compraventa en la que se conoce desde el primer momento cuál será la ganancia. Sin embargo, desde la modificación en la LMV, que ya no exige la existencia de compraventas, a juicio de esta autora cabe preguntarse si jurídicamente nos encontramos ante verdaderas compraventas. Por el contrario, entiende que se puede acudir a su naturaleza, que es una operación de préstamo garantizado. El análisis que hace esta autora tendría incidencia a efectos de la retención porque, a su juicio, si se consideran transmisiones, podrían estar exentas de retención por mor del artículo 73.2 f) del RIRPF (RD 1775/2004), que exime de retención ciertos rendimientos derivados de la transmisión o reembolso de activos financieros. Por el contrario, si se califica como préstamo, no cabría aplicar tal precepto.

²⁷ Por otro lado, señalar que el TEAC ha mantenido, a los efectos de determinar si una sociedad era transparente, que los repos con opción de compra no opcional no eran «valores», sino «instrumentos financieros» [Resolución de 20 de abril de 2006, RG 1340/2003 (NFJ023635)].

²⁸ Así, a la hora de determinar los gastos deducibles solo lo son los de administración y custodia de «valores negociables», pero en ningún caso se menciona la posibilidad de gastos de administración y custodia de otros subyacentes [art. 24.1 a) del TRLIRPF].

²⁹ De la misma manera, en los Manuales de la Escuela de la Hacienda Pública hay una monografía cuyo análisis se limita a los activos *financieros* entendidos como valores negociables (ESTEBAN PAÚL, 2005, págs. 42 y ss.).

lo que entiendo puede no ser acertado. Cuando hablamos de contratos de venta de bienes con compromiso de encontrar otro vendedor o compra de la propia entidad, hay sólidos argumentos para entender que deben tributar como ganancias o pérdidas de patrimonio; (i) La cláusula de cierre del IRPF es que todas las transmisiones son ganancias de patrimonio, excepto las que se califican expresamente como rendimientos; (ii) La consideración de la transmisión de activos y posterior recompra como rendimientos del capital mobiliario parece limitarse a los activos financieros y valores negociables donde participan entidades financieras como retenedoras. Y ni los bienes tangibles ni las entidades comercializadoras están dentro de esa categoría; (iii) La ley *solo* califica expresamente como rendimiento del capital mobiliario a la cesión temporal de *activos financieros* con pacto de recompra, pero no cuando el subyacente es diferente. (iv) Y un dato esencial es, como veremos posteriormente, el tratamiento del IVA, ya que, a nuestro entender, las transmisiones de bienes tangibles dan lugar a una entrega de bienes gravada en el IVA sin que opere la exención por operaciones financieras ³⁰. **En definitiva, entendemos que el legislador del IRPF ha seguido un criterio formal de distinción entre rendimientos del capital mobiliario y ganancias de patrimonio y ha acudido a los valores negociables, por lo que cuando el subyacente de un supuesto producto de inversión es un bien tangible estimamos que su calificación como rendimiento del capital mobiliario debe rechazarse incluso si el fondo económico de la operación fuera idéntico** ³¹. Hay que tener en consideración que la interpretación económica no está permitida en Derecho tributario, y creemos que es precisamente lo que estaría realizando la DGT en este caso al afirmar que el **resultado económico** no parece derivarse de una forma directa de los valores filatélicos concretos que actúan como subyacente del producto contratado ³². En efecto, y aun en el supuesto de que el argumento económico de la DGT fuera correcto y fuera capaz de superar el escollo de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, el problema radica en determinar si el concepto rendimientos del capital mobiliario, tal y como jurídicamente se ha definido, da cabida a los bienes

³⁰ Partiendo del hecho de que la tributación como ganancia de patrimonio era, en general, favorable al contribuyente con el TRLIRPF a estas cuatro razones cabría añadir una quinta de carácter general. Según GOROSPE OVIEDO y HERERRA MOLINA (2001, págs. 141 y ss.), en caso de oscuridad en la norma la interpretación favorable al contribuyente, se presenta como una exigencia de los principios constitucionales. Así, advierten que en esta interpretación se fundamenta tanto el principio de proporcionalidad (la limitación de los derechos fundamentales debe hacerse del modo que sea menos gravosos), como el de legalidad (no se puede imponer el cumplimiento de obligaciones que no tengan apoyo claro en la ley) y de buena fe (las Administraciones deberán adoptar un comportamiento leal en todo el procedimiento).

³¹ *Vide*, en este sentido, JABALERA RODRÍGUEZ (2005, pág. 1.617). Por su parte VILARROIG MOYA (1998, págs. 395 y 396) advierte que con relación a las denominadas operaciones sintéticas, aquellas que imbricadas unas con otras replican el funcionamiento de un producto financiero, sería posible que una entidad financiera, «en lugar de contratar valores mobiliarios utilizados para la captación de recursos ajenos, de donde resultarían rendimientos implícitos, **enajenar cualquier otro activo, por ejemplo divisas**, y junto a ellas, vender una opción de venta de tipo europeo a un precio superior sobre ese mismo activo». Pues bien a pesar del carácter financiero de la operación, para este autor, no nos encontramos ante un rendimiento del capital mobiliario, sino ante un incremento de patrimonio, debido al criterio formalista seguido por el legislador. Es más, «Pretender gravar la operación conforme al resultado replicado **supone resucitar la interpretación funcional de las normas, tendencia que hoy está superada**» (el realizado es nuestro).

³² Sobre la interpretación económica puede verse, por todos, COMBARROS VILLANUEVA (1984, págs. 485 y ss.). GONZÁLEZ GARCÍA (1997, pág. 67) advertía que la «labor del interprete en cualquier rama jurídica no es casar la norma con la realidad económica, sino la intención de las partes, plasmada en el negocio jurídico elegido, con la voluntad del legislador. Por ello, como juristas, no nos importa la realidad económica, sino en cuanto realidad económica normativizada. Es decir, importa la estructura y contenido jurídico de la norma, no la realidad económica contemplada. Un jurista no puede desconocer su fundamental dependencia de la letra de la ley. Lo que equivale a decir que, con esa premisa, poco valor tiene la referencia al significado económico de las normas». Sobre la interpretación económica puede verse la postura de ROSEMBUJ (2008, documento obtenido en soporte informático sin paginación) recogida en la nota a pie 19 de página de este trabajo.

tangibles. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en su Sentencia de 11 de mayo de 2004 (NFJ018918) que «Debe evitarse una interpretación de las normas basada en la naturaleza económica del hecho imponible» o, como señala la Audiencia Nacional en su Sentencia de 20 de abril de 2002 (NFJ014076), si «con tal modo de razonar se quiere dar a entender que el Derecho tributario puede prescindir de la naturaleza jurídica aludiendo a una hipotética naturaleza económica distinta a tener en cuenta, la Sala no puede compartir tal criterio. La naturaleza de los negocios ha de tener perfiles unitarios, por más que su concreta indagación presente en muchos casos no pocas dificultades, y ello es lo que ha de presidir el régimen jurídico de la institución de que se trate» [en el mismo sentido, SSAN de 3 de octubre de 1997 (NFJ006115), 7 noviembre de 1997 [recurso núm. 1466/1991(NFJ005748)] y STSJ del País Vasco de 5 de mayo de 2001 [recurso núm. 2003/1998 (NFJ011827)]³³. Como afirma la SAN de 26 de febrero de 2004 [recurso núm. 1388/2001 (NFJ017330)], la interpretación económica no está permitida, entre otras razones, para «evitar menoscabar el principio de seguridad jurídica»³⁴.

3.2. La LIRPF 35/2006, el RIRPF 439/2007, la Ley 43/2007 y la inexistencia de mención a la tributación de bienes con oferta de restitución del precio.

Acabamos de ver las dudas que se planteaban en el anterior IRPF con relación al concepto de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos, lo referente a la recompra, y las controversias cuando el subyacente no es un activo financiero. En definitiva, la problemática tributaria de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003.

Pues bien, a pesar de la doctrina emitida por la DGT sobre la calificación tributaria de la comercialización de bienes tangibles, la nueva normativa no recoge mención alguna sobre la transmisión de bienes tangibles con pacto de recompra u obligación de encontrar un tercero que adquiera la mercancía. Es más, a pesar de conocerse el problema, tanto la LIRPF 35/2006 como el RIRPF 439/2007

³³ No hay que olvidar que ni siquiera la DGT acude a la interpretación económica en otros casos. Es lo que sucedía en el IRPF con relación a las acciones propias. Según el TRLIRPF, una reducción con devolución de aportaciones se califica como rendimiento de capital mobiliario sin derecho a la deducción por doble imposición [art. 31.3 a) del TRLIRPF]. Sin embargo, en caso de que la reducción de capital se instrumente mediante la adquisición de autocartera por la sociedad para su amortización prevista en el artículo 170 de la LSA y 40.1 b) de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, en la que el socio recibe de la sociedad las reservas que le corresponden como pago, el tratamiento es distinto y se califica como una ganancia o pérdida patrimonial [por todas, Resolución de la DGT de 18 de marzo de 2005, Consulta Vinculante núm. V0426-05 (NFC029003)]. Pues bien, se ha señalado por la doctrina tributaria que esta última operación es, desde un punto de vista estrictamente financiero una distribución de reservas, ya que la adquisición de acciones propias y la posterior reducción es, contablemente, un cargo a reservas. Sin embargo, jurídicamente, se califica como una transmisión. Es decir, el fondo económico de dos operaciones jurídicas distintas es idéntico pero, en cambio, una se califica como distribución de dividendos y la otra como ganancia y pérdida de patrimonio por la propia DGT. *Vide*, sobre esta materia, MARÍN BENÍTEZ (2004, pág. 40 y ss.), donde cita las consultas de la DGT y la doctrina tributaria en esta materia. Para un estudio sobre cuándo una adquisición de acciones propias es realmente una distribución de dividendos y cuándo se puede considerar como una operación distinta, puede verse DE PABLO VARONA (2006, documento obtenido en soporte informático sin paginación).

³⁴ Como advierte FALCÓN Y TELLA (1993, pág. 30), la interpretación con arreglo a Derecho y no con criterios económicos es una consecuencia ineludible del Estado de Derecho, y no supone una «defensa del formalismo jurídico, para amparar en el mismo la elusión del impuesto, sino que juega tanto en beneficio de la Administración como en beneficio de los particulares; en beneficio de la seguridad jurídica, en definitiva».

mantienen de forma idéntica las definiciones y los conceptos sobre rendimientos del capital, activos financieros, entidades financieras y valores negociables. Es decir, todo lo que hemos señalado bajo la antigua legislación sigue siendo aplicable con la nueva regulación. Pero es que incluso la Ley 43/2007, de Protección de los Consumidores en la Contratación de Bienes con Oferta de Restitución del Precio, nada dice con relación al régimen de la tributación de los consumidores, a pesar de ser una ley pensada para protegerlos y que busca la seguridad jurídica. Exige que en el contrato conste el régimen tributario de la operación. El problema es que, según la DGT, el tratamiento es de carácter financiero cuando la propia Ley 43/2007 señala que las comunicaciones comerciales no podrán inducir a confusión al consumidor con las actividades de tipo financiero, usando expresiones tales como inversión. Si las entidades señalan en su información que nos encontramos ante una calificación tributaria de cesión a terceros de capitales propios, parece que de forma inmediata se estaría incumpliendo el deber legal en materia de comunicaciones.

Ciertamente con la actual regulación el tratamiento tributario de estos productos ha dejado de tener la significación que tenía anteriormente; el cambio más significativo del nuevo IRPF radica en la existencia de dos tipos de renta: la renta general, que tributa a los tipos de gravámenes progresivos, y la renta del ahorro, que tributa al tipo fijo del 18 por 100 con independencia del período de generación de la renta. Y dentro de la renta del ahorro (art. 46) se incluyen tanto los rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios (art. 25.2) como las ganancias y pérdidas de patrimonio. De esta manera, se iguala el trato de ambas rentas, por lo que, a priori, parecería que es indiferente la calificación que pudiera darse a la transmisión de bienes tangibles. Sin embargo, lo cierto es que el tratamiento de ambas fuentes de renta no es idéntico. Hay tres diferencias fundamentales. La primera, las normas de integración y compensación. La Ley 35/2006 señala que hay una base imponible del ahorro. Pero a la hora de determinar su contenido todos los rendimientos del capital mobiliario y las ganancias y pérdidas patrimoniales no se introducen en el saco común. Por el contrario, la norma expresamente señala que la base imponible del ahorro está compuesta por el *saldo positivo* de la suma de los rendimientos del capital mobiliario más la del *saldo positivo* de las ganancias y pérdidas de patrimonio (art. 49). Es decir, la ley impide compensar beneficios de los rendimientos con pérdidas de patrimonio. Por tanto, y partiendo de la base que la existencia de rendimientos negativos del capital mobiliario será algo residual mientras que las pérdidas de patrimonio pueden aparecer en cualquier momento, calificar algo como rendimiento y no como ganancia o pérdida de patrimonio tiene la desventaja de que no se podrán compensar las pérdidas de patrimonio. La segunda disimilitud tiene que ver con la retención y, como consecuencia, con el control de la tributación. La obligación de retener se limita a los rendimientos del capital mobiliario y a las ganancias de patrimonio derivadas de las transmisiones o reembolso de acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva (arts. 90 a 99 del RIRPF 439/2007). E igual que antaño, la obligación de retener en los rendimientos del capital mobiliario se sigue fundamentando en la existencia de la intervención de operadores del sistema financiero y no en entidades mercantiles (art. 76 del RIRPF 439/2007). La tercera de las diferencias afecta al Impuesto sobre el Patrimonio. En efecto, las ganancias de más de un año no se toman en consideración para la aplicación del límite de la cuota íntegra de patrimonio (art. 31 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio), de tal manera que aquellos contribuyentes con patrimonios altos y fuentes de renta baja les puede resultar mucho más rentable obtener ganancias de más de un año que rendimientos del capital mobiliario. Esta tercera diferencia, sin embargo, parece que en el año 2008 dejará de tener sentido, ya que el

Gobierno ha anunciado la supresión del Impuesto sobre el Patrimonio desde 1 de enero de 2008 ³⁵. En cualquier caso, parece que sigue siendo más favorable para el contribuyente el tratamiento como ganancia que como rendimiento.

Como hemos visto, la situación tributaria plantea suficientes dudas como para que la regulación del régimen fiscal merezca una regulación concreta. Ni la Ley 35/2006, ni el Real Decreto 439/2007, ni la Ley 43/2007 hacen referencia alguna al régimen fiscal de las operaciones de bienes tangibles con pacto de recompra. Es más, después de las contestaciones de la DGT, realizadas con la anterior normativa, no hemos encontrado ninguna adicional. A nuestro parecer, y como hemos señalado, el régimen tributario adecuado debe ser el de ganancia de patrimonio. Y esta tesis se ve reforzada por la nueva Ley 43/2007, que conociendo el problema sigue haciendo referencia al hecho de que la actividad es mercantil y estableciendo que no puede hacerse mención alguna a aspectos financieros. En cualquier caso, sea cual fuere la razón por la que no se ha abordado la tributación de esta situación, lo único cierto es que los interesados no conocen con exactitud el alcance de las obligaciones que se le imponen, lo que supone una vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española) ³⁶.

4. CALIFICACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL IVA: ¿EXENCIÓN POR OPERACIÓN FINANCIERA?

Acabamos de ver que la DGT califica las actividades de bienes tangibles con pacto de recompra o compromiso de encontrar a otro comprador y con precio cierto como un producto de inversión, como una actividad financiera. Y en la LIRPF la propia norma acudía a un precepto de referencia. Queda pendiente el IS y, por lo que ahora interesa, el IVA. En efecto, calificar la actividad de compraventa de bienes tangibles con arreglo a la supuesta verdadera naturaleza económica de la operación supone preterir que no todos los tributos operan de la misma manera. Así, hay que partir de la base de que *existe transmisión de la propiedad* en dichos bienes tangibles. En el IRPF, esa transmisión se puede calificar como rendimiento del capital mobiliario porque la norma sí permite, en ciertos casos, calificar las *transmisiones* como rendimiento del capital y no como ganancias (art. 19.1, párrafo 2 del TRLIS y actual 21.1 de la Ley 35/2006). Y de la misma manera sucede en la contabilidad y, por ende, en el IS: puede haber verdaderas transmisiones pero económicamente calificarse como préstamo. Pero el IVA tiene una operativa distinta ³⁷.

³⁵ El Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, no ha suprimido el Impuesto sobre el Patrimonio. Según se ha informado, las medidas de estímulo económico que aprobó el Consejo de Ministros el viernes 18 de abril de 2008 se había articulado en un Real Decreto-Ley (el 2/2008) y en un Acuerdo del Consejo de Ministros. En este acuerdo se daría un mandato a los departamentos ministeriales afectados para que se adopten las medidas necesarias para la eliminación del Impuesto sobre el Patrimonio con efectos desde el 1 de enero de 2008.

³⁶ En el último apartado de este trabajo se analizará de forma expresa la vulneración del principio de seguridad jurídica.

³⁷ Y también cabe hacer mención a Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. En efecto, en el artículo 14.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se señala que «En las transmisiones de bienes y derechos con cláusula de retro, servirá de base el precio declarado si fuese igual o mayor que los dos tercios del valor comprobado de aquellos. En la transmisión del derecho a retraer, la tercera parte de dicho valor, salvo que el precio declarado fuese mayor. Cuando se ejercite el derecho de retracto servirán de base las dos terceras partes del valor comprobado de los bienes y derechos retraídos, siempre que sea igual o mayor al precio de la retrocesión». Como puede verse, se parte de la base de la existencia de una transmisión, aunque su base imponible se corrige por el pacto de retrocesión.

El hecho imponible del IVA, por lo que aquí interesa, es la entrega de bienes realizada por empresarios o profesionales. Pero es que, además, el concepto de *entregas de bienes* es distinto de *la transmisión de la propiedad tal y como dicha transmisión sea regulada en las distintas leyes nacionales*. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha señalado de manera reiterada [por todas, la Sentencia de 8 de febrero de 1990, Asunto C-320/88 (NFJ000732)] que la entrega de bienes engloba cualquier transmisión de bienes corporales por una de las partes de manera que capacita a la otra parte para disponer del bien como si efectivamente se tratase de su dueño. Y esta definición es asumida, como no puede ser de otra manera en un tributo armonizado, por la propia DGT [*vide*, por ejemplo, la Resolución de la DGT de 21 de julio de 2006, Consulta Vinculante núm. V1569-06 (NFC023285)]. Más en concreto, en la Sentencia de 15 de diciembre de 2005 del TJCE [Centralan Property, Asunto C-63/04 (NFJ021355)] se señala «que el concepto de entrega de bienes no se refiere a la transmisión de la propiedad en las formas establecidas por el Derecho nacional aplicable, sino que incluye toda operación de transmisión de un bien corporal efectuada por una parte que faculta a la otra parte a disponer de hecho, como si fuera la propietaria del bien» y se llega a afirmar en esta sentencia que es posible que más de una persona ostente el derecho a disponer de un bien con las facultades atribuidas a su propietario.

Si partimos de la base de que en las actividades de comercialización de bienes tangibles se entregan bienes, a nuestro juicio no debe caber duda de que se está produciendo la transmisión de la propiedad de dichos bienes ³⁸. Se trataría de una operación plenamente sujeta a IVA. La cuestión es si es posible determinar su exención. El artículo 108 de la LMV establece que estará exenta de IVA «La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial». Por su parte, la LIVA establece en su artículo 20.Uno.18. l) que está exenta la operación financiera referente a la *transmisión de valores* relacionados con acciones, participaciones en sociedades y obligaciones, mientras que en el 20.Uno.18. i) se determina la exención de la transmisión de los pagarés y letras de cambio. En definitiva, la exención opera para *valores negociables* ³⁹. Y los bienes tangibles, como vimos al analizar el IRPF, no se pueden considerar un valor negociable.

³⁸ El propio Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) incide en el concepto de transmisión jurídica y no contable en las cesiones con pacto de recompra. Así, en la Resolución del TEAC de 29 de junio de 2005 [RG 2980/2003 (NFJ020955)], a los efectos de determinar la regla de prorata en el IVA señala que «Con carácter previo debe analizarse la naturaleza de las operaciones de cesión temporal con pacto de recompra no opcional con rendimiento explícito... Ello plantea la cuestión de determinar **si, a efectos de la aplicación de la regla de prorata, debe atenderse a la naturaleza jurídica de las operaciones realizadas (transmisiones sucesivas de valores) o a su configuración financiera y contable** (operaciones de crédito concedido por los adquirentes a los transmitentes), tal y como pretende el actor.

La DGT, en Resolución de 17 de octubre de 1996 (NFC006000), señaló: «Según lo anteriormente expuesto, cabe afirmar que, si bien las Entidades financieras contabilizan las operaciones de compraventa con pacto de recompra de Deuda del Estado como una operación financiera de préstamo y el resultado contable así obtenido se traslada a la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, **la naturaleza jurídica de estas operaciones es la que corresponde a una transmisión y, a estos efectos, deben considerarse como transmisiones de activos financieros**».

En el mismo sentido, la Resolución de la DGT de 4 de junio de 1999 ratificó que, en las cesiones temporales de valores con pacto de recompra no opcional, **la naturaleza de estas operaciones es la que corresponde a una transmisión y, a estos efectos, deben considerarse como transmisiones de activos financieros**. Tiene, pues, razón el actor cuando dice que a efectos de la aplicación de las normas reguladoras del IVA, deberá considerarse que en las cesiones temporales de valores con pacto de recompra, incluso si se efectúan con carácter no opcional, los valores transmitidos dejan de formar parte de la cartera de la entidad financiera transmitente desde la fecha de la transmisión».

³⁹ La SAN de 19 de julio de 2006 [recurso núm. 458/2004 (NFJ024020)] señala que cuando la LIVA acude en su artículo 104 al término «valores» se refiere a los valores definidos en la Ley 24/1988, equiparándose al concepto de «activo financiero que incorpora derechos de naturaleza económico-financiera susceptible de negociación en un mercado organizado».

Pero, sobre todo, no hay que olvidar que, por un lado, las exenciones son conceptos autónomos de Derecho comunitario y, por otro, como ha señalado de manera reiterada el TJCE, en tanto que excepciones al funcionamiento normal del IVA las exenciones deben ser objeto de interpretación estricta [por todas, STJCE de 8 de junio de 2006, L.U.P., Asunto C-106/05 (NFJ022504)]⁴⁰. Y la exención en la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del IVA, afecta, con carácter general, a las *operaciones financieras* [art. 137.1 a)] y, de forma especial, a lo que son títulos-valores⁴¹. En concreto, la Sentencia de 13 de diciembre de 2001 [Financial Services, Asunto C-235/00 (NFJ011449)] establece que «la expresión "operaciones relativas a títulos valores" se refiere a operaciones que pueden crear, modificar o extinguir los derechos y obligaciones de las partes sobre títulos valores». Es decir, la Directiva acude a un concepto formal. Por tanto, a nuestro entender, aun cuando el fondo económico pudiera ser financiero, la transmisión de bienes tangibles realizadas por entidades comercializadoras estaría gravada en el IVA y no aplicaría la exención⁴².

De ser cierta la anterior aseveración, el marco jurídico tributario que nos encontramos con las contestaciones de la DGT es que en el IRPF se entiende que nos encontramos ante un rendimiento del

⁴⁰ Las exenciones son conceptos autónomos de Derecho Comunitario que tienen por objeto evitar que se produzcan divergencias de un Estado miembro a otro a la hora de aplicar el régimen del IVA [por todas, Sentencia de 1 de diciembre de 2005, Ygeia, Asuntos C-394/04 y C-395/04 (NFJ021357)]. Esto supone que los Estados miembros no pueden definir de manera independiente las exenciones, pues requieren una aplicación uniforme. Con relación a la interpretación estricta, no hay que olvidar que también es necesario que las reglas hermenéuticas se ajusten a los objetivos perseguidos por dichas exenciones y respeten las exigencias del principio de neutralidad fiscal inherente al sistema común del IVA [Sentencia de 26 de mayo de 2005, Kingscrest, Asunto C-498/03 (NFJ020126)].

⁴¹ Las exenciones relativas a las operaciones financieras están reguladas, en sistema de lista, en el artículo 135 letras b) a g) de la Directiva 2006/112. La letra b) se refiere a los créditos, la c) a las garantías, la d) a los depósitos y cuentas corrientes, la e) a las monedas y billetes, excepto los que sean objeto de colección, la f) a la negociación de participaciones y acciones, demás títulos valores, y la g) a fondos de inversión. Con relación a los servicios de inversión hay una propuesta de modificación de Directiva [COM(2007)747] en la que se hace referencia a que las exenciones financieras «han quedado desfasadas y dado lugar a disparidades en la interpretación y aplicación. La complejidad de las normas y la diversidad de las prácticas administrativas generan inseguridad jurídica para los operadores económicos y las autoridades fiscales». En la propuesta de Directiva se introduce un nuevo artículo 135 bis, donde se definen los diversos conceptos financieros. Así, se hace referencia a «entrega de valores», definiéndose como «la entrega de instrumentos negociables que no sean títulos representativos de mercaderías ni instrumentos que confieran la titularidad de los derechos a que se refiere el apartado 2 del artículo 15, que representen un valor financiero y que reflejen uno o varios de los elementos siguientes: a) una participación en el patrimonio neto de una sociedad u otra asociación; b) una posición acreedora sobre las deudas; c) una participación en organismos de inversión colectiva en los valores a que se refieren las letras a) o b) o en los demás instrumentos financieros exentos a que se refieren las letras a) a d) del apartado 1 del artículo 135, o en otros organismos de inversión colectiva». Por su parte, el «depósito financiero» se define como «un depósito de fondos mantenido en nombre del depositante, que conserva sus derechos sobre el depósito, el cual deberá reembolsarse con arreglo a las condiciones legales y contractuales aplicables». En el ámbito interno, hay que señalar que la Ley de Prevención del Fraude, Ley 36/2006, estableció en su disposición adicional sexta que el Gobierno deberá efectuar un estudio sobre los servicios financieros en el IVA: «El Gobierno deberá efectuar un estudio del régimen aplicable en los impuestos generales sobre ventas a los servicios financieros y al funcionamiento de las normas sobre deducciones en ese sector que permita, en atención a la normativa comunitaria, remitir, en su caso, en el plazo de doce meses a las Cortes Generales un Proyecto de Ley en el que se establezca una nueva regulación de estas materias en el Impuesto sobre el Valor Añadido y, en concordancia, en el Impuesto General Indirecto Canario».

⁴² En el IVA solo son sujetos pasivos los empresarios o profesionales, de tal manera que solo la transmisión de bienes tangibles por estas entidades comercializadoras daría lugar a la sujeción en el IVA, pero no la venta entre particulares, donde lo que estaría sujeto es la intermediación como prestación de servicio. Por otro lado, sería aplicable el Régimen especial de Bienes Usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección, caracterizado por el hecho de que cuando se adquieren bienes de particulares en la posterior venta a terceros, el IVA no grava la totalidad del precio, sino el margen obtenido por la entidad (arts. 135 y ss.).

capital mobiliario, que en el IS, como veremos, puede ser una operación de carácter financiero, y que en IVA hay una transmisión de bienes y no opera la exención por *operaciones financieras* (art. 20.Uno.18.º). A nuestro juicio, el sistema así planteado carece de congruencia, pues a una misma operación se le aparejan efectos tributarios dispares según el tributo⁴³. Como ha señalado el Tribunal Supremo en lo referente a los denominados bonos austríacos, «En nuestro sistema tributario no cabe que un mismo concepto o instituto jurídico sea simultáneamente considerado a efectos de dos tratamientos fiscales diferentes, porque ello vulneraría los principios de justicia tributaria y de capacidad económica» [Sentencia de 11 de mayo de 2004 (NFJ018918)]. En definitiva, hay que recordar que la exigencia de coherencia es esencial en Derecho, hasta el punto que debe constituirse como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador (DE ASIS ROIG, 1995, pág. 28). Y es ahora cuando creemos necesario retomar una idea antes pincelada en el IRPF. Como señalamos, el apartado 3 de la letra a) del artículo 23.2 del TRLIRPF [art. 25.2 a).3.º de la LIRPF 35/2006] expresamente señala que son rendimientos del capital mobiliario, en particular, las *operaciones de cesión temporal de activos financieros con pacto de recompra*, mientras que el artículo 89 del RIRPF 1775/2004 (art. 91 del RIRPF 439/2007) dispone que los «activos financieros» son «valores negociables representativos de la captación y utilización de capitales ajenos». Es decir, la propia norma de Renta, la que hace mención a los valores negociables y estos, en el IVA, están exentos. Por tanto, a nuestro parecer, la normativa del IRPF, por un principio de congruencia, debe guardar relación con el IVA. De esta manera, cuando el IRPF identifica los activos financieros cuya recompra produce un rendimiento del capital se refiere a valores negociables cuya transmisión en el IVA da lugar a la exención por operaciones financieras, con lo que el tratamiento sería coherente y sistemático en el Derecho tributario⁴⁴. En consecuencia, cuando el subyacente es distinto, la operación estaría plenamente gravada en el IVA y, en consecuencia, en el IRPF.

5. IS Y DERECHO CONTABLE

El tercero de los aspectos tiene que ver con el IS. Este Impuesto tiene, además, un problema adicional y es que según determina el artículo 10.3 del TRLIS (RDLeg. 4/2004), «La base imponible se calculará, corrigiendo, mediante los preceptos establecidos en esta ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas». Además, el artículo 143 dispone que «A los efectos de determinar la base imponible, la Administración Tributaria **aplicará las normas** a que se refiere el artículo 10.3 de esta ley». Como puede verse, el IS se basa en la contabilidad, salvo en lo expresamente previsto por el propio tributo. Y en el TRLIS no hay ninguna norma sobre la actividad de bienes tangibles descrita en la Ley 35/2003. Rige, por tanto, el Derecho contable.

⁴³ Uno de los argumentos de interpretación es el de coherencia del sistema, en virtud del cual el sistema normativo, se supone que elaborado por un legislador consecuente y racional, no puede regular dos situaciones idénticas de forma contradictoria o incompatible (principio de exclusión de las antinomias). *Vide* SANTAMARÍA PASTOR (1988, pág. 397).

⁴⁴ Hay que recordar que el principio de congruencia puede desempeñar no solo una función negativa, que sería la que rechaza una interpretación por ser incoherente con alguna otra norma del ordenamiento, sino positiva, por la que se atribuye un significado a una norma por ser coherente o el más coherente con otra norma (DE ASIS ROIG, 1995, pág. 189). Es decir, el operador debe interpretar las normas contradictorias de tal manera que haga que no lo sean, atribuyendo a una y a otra significados o ámbitos de opinión diversos.

Lo que cabe preguntarse es cómo se contabiliza y, por consiguiente tributa, la actividad de compraventa de bienes tangibles donde el empresario se compromete a encontrar un comprador o bien a recomprar él mismo a un precio determinado. En principio, y a la vista de lo que hemos visto hasta ahora cabrían dos interpretaciones. A grandes trazos, una primera, entender que nos encontramos ante compras y ventas e intermediación, lo que daría lugar a que la entidad de bienes tangibles tribute por IS por cada venta de bienes de sus existencias y declare ingresos por la comisión cobrada. Por el contrario, si se considera que es una operación financiera, se entendería que a efectos contables no ha habido transmisión, sino un préstamo con garantía. Esto supondría que no habría que tributar por las enajenaciones realizadas y, a su vez, los bienes tangibles, por mor del principio contable de precio de adquisición, se registrarían por coste histórico, al entender que nunca salen de su patrimonio. Esto conlleva que, de cara a terceros, sus activos aparecerían por menos valor del de venta, por lo que su apariencia de solvencia cara al mercado disminuiría.

En el ámbito contable hay que hacer referencia a dos etapas distintas, la histórica, que trae causa del antiguo Plan General de Contabilidad (PGC) y de la que ha surgido a partir del PGC 1514/2007, donde aparece un sistema contable que parece desprenderse totalmente de la realidad jurídica en la búsqueda la verdadera realidad económica. La publicación del nuevo PGC coincide en el tiempo con la Ley 43/2007.

5.1. El régimen contable y tributario con el PGC 1643/1990.

El problema que se presentaba con el Derecho contable vigente con anterioridad al PGC 1514/2007 es que no había normativa *ad hoc* para esta actividad o este tipo de operaciones. El actual acervo normativo carecía de regulación expresa para la actividad de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003. Ni el Código de Comercio, ni la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), ni el PGC, ni las resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) abordaban el tratamiento en concreto. No hay que olvidar que la normativa contable que se debía aplicar venía recogida en el Reglamento de Auditoría de Cuentas (disp. adic. cuarta), donde se establece que «Se considerarán principios y normas de contabilidad generalmente aceptados los establecidos en: a) El Código de Comercio y la restante legislación mercantil; b) El PGC y sus adaptaciones sectoriales; c) Las normas de desarrollo que en materia contable establezca, en su caso, el ICAC; d) La demás legislación que sea específicamente aplicable».

Es más, el Código de Comercio vigente con anterioridad a la Ley 16/2007, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil, en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, disponía que «Los elementos del inmovilizado y del circulante se contabilizarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, **por el precio de adquisición, o por el coste de producción**» [art. 38.1 f)]. El artículo siguiente al que se hacía mención era el referido a las correcciones de valor. Por su parte, la LSA reconocía la obligatoriedad de valorar los elementos del activo circulante e inmovilizado por el precio de adquisición o coste de producción (arts. 195 y 196). Además, el PGC 1643/1990 señalaba en su Exposición de Motivos que «La imagen fiel es el corolario de aplicar sistemática y regularmente los principios contables, entendiendo estos

como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas». La cuestión es, por tanto, que la realidad jurídica de las actividades de comercialización de bienes tangibles pasaba por el hecho de que se compran y venden bienes tangibles. Esto debería suponer, por aplicación del principio contable de precio de adquisición, que los bienes que se venden deban de salir de la contabilidad y que los bienes que se adquieren por recompra luzcan en su balance por el precio de la recompra y no por el precio histórico. Sin embargo, lo cierto es que el Código de Comercio señala que «**En casos excepcionales** se admitirá la no aplicación de estos principios» (art. 38.2), explicándose en la memoria las razones de su no aplicación. Es decir, es posible que en casos extraordinarios no se aplique el principio de precio de adquisición o coste de producción. Cabe preguntarse si el caso de los bienes tangibles era uno de esos casos donde un principio legal puede arrinconarse por aplicación de la imagen fiel. Si es así, debía justificarse la excepcionalidad.

Sin embargo, esta tesis contable presentaba un inconveniente en el IS, y es que el artículo 15.1 del TRLIS establecía, antes de la Ley 16/2007, que todos los bienes se valorarán por el precio de adquisición o coste de producción, sin excepción. No hay cláusula de excepción en el IS. En nuestra opinión, por tanto, estábamos ante un vacío normativo en contabilidad que es necesario abordar. La regla general es el principio de precio de adquisición. Y solo excepcionalmente puede olvidarse. Pero es un vacío que afecta, además, al IS, donde las consecuencias adversas son mayores en tanto se puede incurrir en delito fiscal.

5.1.1. La Consulta núm. 7 del ICAC, publicada en el BOICAC número 6, de julio de 1991 (NFC002581).

Es necesario, aunque sea brevemente, hacer una mención a la Consulta núm. 7 del ICAC, publicada en el BOICAC número 6, de julio de 1991, en la medida en que era el único supuesto donde expresamente se hace referencia a la compraventa de bienes con pacto de recompra. En la misma se señala:

«Consulta: Sobre la forma de contabilizar una cesión temporal de activos financieros ó adquisición de activos con pacto de retrocesión no opcional.

Contestación: La adquisición temporal de activos o **adquisición de activos con pacto de retrocesión no opcional**, es una operación que se entiende que nace el día de su desembolso y vence el día en que se resuelve el citado pacto, por la recompra por el cedente de los mismos valores cedidos u otros de la misma clase.

Teniendo en cuenta que las cuentas anuales deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, **el fondo económico de la operación descrita debe prevalecer a efectos de registro contable sobre la forma jurídica que dicha operación revista; por lo tanto, debe considerarse que el comprador de los títulos concede un préstamo al vendedor** de los mismos, produciéndose por los intereses devengados de los títulos o créditos iniciales la retribución del préstamo concedido, además de la conseguida por la diferencia del precio de recompra de los activos y el precio de adquisición. En consecuencia, tal operación debería regis-

trarse **por parte del comprador como la concesión de un crédito**; debiendo además proporcionar información en la memoria sobre la operación.

Esta contestación debe entenderse sin perjuicio de futuros desarrollos normativos en materia de contabilidad.»

Esta consulta, emitida en 1991, planteaba varios problemas en el caso de que se quiera aplicar al supuesto de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 ⁴⁵.

- (i) El primero, de carácter jurídico. Según se señala en el punto 3 de la disposición adicional décima del Reglamento de Auditoría de Cuentas, las contestaciones a las consultas respecto a la aplicación de la normativa aplicable «tendrá carácter de mera información y en ningún caso constituirá un acto administrativo, no pudiendo los interesados entablar recurso alguno contra la misma». Es decir, formalmente, las consultas no son fuente del Derecho ni un elemento obligatorio para la formulación de las cuentas anuales que deben realizarse «de acuerdo con el Código de Comercio y demás legislación que le sea aplicable» (art. 1.1 de la Ley de Auditoría de Cuentas). Por tanto, no es un elemento válido para integrar lagunas con arreglo a la ley ⁴⁶.

Es decir, la normativa, el Derecho, es el que está aprobado con arreglo a un procedimiento determinado. Y es la ley la que se exige a todos los aplicadores del Derecho. Y contabilidad de la actividad de comercialización de bienes tangibles como tal, no está regulada en ninguna norma. Una contestación a una consulta, como no puede ser de otra manera en un Estado de Derecho donde se les imponen límites y procedimientos a los legisladores, solo puede ser mera información. No hay que olvidar, como señala VICENT CHULIA (2000, pág. 81), que «En este nuevo Derecho contable destaca sobre todo la dimensión propiamente jurídica, la validez u obligatoriedad de las normas, que es el objeto específico de la Ciencia del Derecho, y su interpretación y aplicación conforme a los artículos 1 a 7, y concordantes, del Código Civil. Debe considerarse superada la interpretación según la cual todas las normas contables serían "técnicas", procedentes de la ciencia de la economía de la empresa y de la contabilidad integrantes de la administración, tesis que contribuiría a aligerar el "imperio de la ley". En realidad, no existen "normas técnicas" en el lenguaje jurídico: solo normas jurídicas, sean legales o consuetudinarias».

- (ii) En segundo lugar, los hechos de la consulta no son idénticos a la actividad regulada en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003. En concreto, el negocio jurídico no es el

⁴⁵ Por su parte, en un documento de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA) expresamente se señala que «**No debe contabilizarse el ingreso** cuando el vendedor al efectuar la venta se **comprometa a readquirir el producto** en una fecha posterior. Tales transacciones **suelen suponer acuerdos de financiación con garantía real de las mercancías vendidas, y deben contabilizarse, en consecuencia, de conformidad con su naturaleza financiera**» [AECA. *Principios Contables. Ingresos* (Documento 13) 1991, pág. 33 (apartado 1.3.6)].

⁴⁶ Aunque sea en el ámbito del Derecho tributario, con relación a las consultas no vinculantes, el TEAC, en su Resolución de 30 de abril de 1996 (JT 1996\636), expresamente señala que en las consultas no vinculantes nos encontramos ante *mera información* que no vincula a la Administración, de tal manera que esta no se encuentra obligada a ajustarse a la opinión emitida inicialmente. Por su parte, la Audiencia Nacional advierte que las contestaciones no vinculantes no constituyen actos administrativos sino que se trata de un mero acto *informativo* no vinculante ni para el administrado ni para la Administración [SAN de 29 de julio de 1997 (NFJ006111)].

mismo, ya que no hay un pacto de retrocesión sino una opción; o se vende a un tercero el bien tangible o se compra por él mismo. Por tanto, si se vende a un tercero se trata de una mera intermediación y el bien tangible no pasa a ser propiedad de la entidad comercializadora. Este dato es esencial porque una de las señas de identidad de la actividad radica en su actividad como intermediario por la compraventa entre dos partes.

- (iii) En tercer lugar, la consulta hace mención de que se trata de una *operación* concreta, mientras que las entidades de bienes tangibles se dedican de forma profesional; es decir, realizan una *actividad habitual*. Este matiz resulta esencial en tanto la disposición final primera del Real Decreto 1643/1990, que regula el PGC, establece que «El Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del ICAC, aprobará, mediante Orden Ministerial, las adaptaciones sectoriales del PGC. Estas adaptaciones sectoriales se elaborarán tomando en consideración las características y naturaleza de las actividades del sector concreto de que se trate, adecuándose al mismo tanto las normas y criterios de valoración como la estructura, nomenclatura y terminología de las cuentas anuales». De esta manera, cuando el legislador identifica un *sector* determinado con especialidades, las autoridades lo que deben hacer es regular este de una manera acabada y con el instrumento adecuado. Y esta adaptación no existe para este sector. Es decir, es necesario distinguir la aplicación de una consulta sobre una *operación* en concreto hecha por cualquier empresario en su tráfico empresarial (por ejemplo, un concesionario de coches que hace una operación de venta con pacto de recompra no opcional), de aquel otro caso donde toda la actividad (como objeto social) sea, precisamente, la de venta donde puede haber recompra o intermediación⁴⁷. En este caso, la contestación a la consulta resulta totalmente insuficiente para regular la entera actividad de bienes tangibles, debiéndose haber regulado, en su caso, por un plan sectorial (como ocurre con todos los sectores donde hay especialidades). Así, se puede ver la falta de información que en la contestación a la consulta existe, por ejemplo, con relación a los activos que se venden.

Es más, precisamente con relación a los activos que se transmiten cabe preguntarse si no sería posible, incluso, valorarlos por mercado en la contabilidad. En efecto, no hay que olvidar que el artículo 34.4 del Código de Comercio señala que «En casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. En estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa». Este precepto da pie para que en casos excepcionales pueda no aplicarse el principio de coste histórico y, en consecuencia, revalorizar un determinado bien (VICENT CHULIA, 2000, pág. 198). En el mismo sentido, DE TORRES ZAPATERA (2002, pág. 250) señala que sería susceptible de no ser aplicado el prin-

⁴⁷ Aunque sea a los efectos del IVA, el artículo 104.Tres.4 de la LIVA establece que para la determinación del porcentaje de deducción no se computará en ninguno de los términos de la relación de la prorrata «El importe de las operaciones inmobiliarias o financieras que no constituyan actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo... Tendrán la consideración de operaciones financieras a estos efectos las descritas en el artículo 20, apartado uno, número 18 de esta ley, incluidas las que no gocen de exención». Repárese cómo la LIVA distingue lo que es la actividad empresarial de las operaciones financieras que no sean habituales.

cipio de prudencia valorativa si de su aplicación no resultara la imagen fiel. Pues bien, en un caso analizado en la presente contestación del ICAC, donde se reconoce que ha habido transacción jurídica, a nuestro parecer, sería necesario abordar si, precisamente, nos encontramos ante un supuesto excepcional donde si se entiende que económicamente hay un préstamo con garantía, el bien que opere como garantía deba valorarse no por su coste histórico sino por su valor de mercado.

- (iv) Por último, la consulta del ICAC expresamente señala que «Esta contestación debe entenderse sin perjuicio de futuros desarrollos normativos en materia de contabilidad». Repárese en la provisionalidad con la que parece haber sido enunciada y cómo, desde 1991, no ha existido ese desarrollo normativo, salvo que se entienda que ese desarrollo sea, precisamente, la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, que expresamente señala que las entidades que realizan la actividad de compraventa de bienes tangibles no pueden realizar actividades de carácter financiero (captación de ahorro público). En este sentido no hay que olvidar que la disposición adicional cuarta del Reglamento de Auditoría de Cuentas señala que se «considerarán principios y normas de contabilidad generalmente aceptados los establecidos en... d) La demás legislación que sea específicamente aplicable»⁴⁸.

5.1.2. Interpretación económica de la actividad de comercialización de bienes con oferta de restitución del precio.

Es necesario recordar aquí los argumentos de la DGT con relación a las contestaciones sobre bienes tangibles. En la de 21 de octubre de 2004 [Consulta núm. 1923-04 (NFC019978)] expresamente se señala que «Aun cuando la inversión se estructura mediante dos contratos que implican la compra y venta de valores filatélicos, sin embargo es preciso resaltar que la cuantía del resultado económico no parece derivarse de una forma directa de los valores filatélicos concretos que actúan como subyacente del producto contratado, ya que no se verá alterado como consecuencia de la fluctuación que tuvieran en el mercado los precios de dichos bienes». Igualmente se afirma que al no depender la inversión de la variación de precio del bien tangible durante el tiempo de la inversión, el inversor no asume «el riesgo o incertidumbre propios o inherentes de las variaciones de valor que pudieran derivarse de

⁴⁸ Por otro lado, y con relación a la cesión temporal de activos financieros, podrían traerse a colación las circulares del Banco de España. Naturalmente, lo establecido en las mismas no es aplicable a las comercializadoras de bienes tangibles, en tanto ni son entidades financieras ni sus productos son financieros. Sin embargo, merece la pena reseñar dos aspectos. En la Circular 4/2004 (sobre Normas de Información Financiera Pública y Reservada y Modelos de Estados Financieros) se señala que «A los efectos de esta Circular, se considerará pacto de retrocesión no opcional, sea cualquiera la forma de su instrumentación, aquella operación por la que **vendedor y comprador quedan comprometidos a la recompra por el primero de los mismos activos** u otros tantos de la misma clase» (norma sexagésima cuarta, apartado 9). Es decir, como puede verse, no se hace mención a la figura de la intermediación ni a la recompra por otro particular, de tal manera que en principio, el supuesto de las entidades de bienes tangible no entraría dentro del caso de la retrocesión no opcional tal y como se define por el Banco de España. Por su parte, en la Circular 4/1991 del Banco de España (Entidades de Crédito, Normas de Contabilidad y Modelos de Estados Financieros) se señalaba que en las «cesiones con derecho de retrocesión a ejercer por el cesionario (compraventas opcionales)... el cedente tratará la opción como venta, reflejando en cuentas de orden la contingencia de una eventual recompra» (Sección Tercera, norma decimocuarta, apartado 4). Por tanto, cuando el cliente tiene en mano ejercer la opción, parece que la entidad financiera debería registrar la venta en la cuenta de Pérdidas y ganancias. Con relación a la recompra opcional de la Circular del Banco de España 4/1991 y su calificación como venta, puede verse la Resolución del TEAC de 20 de abril de 2006 [RG 1340/2003 (NFJ023635)].

la adquisición y posterior enajenación de un determinado bien tangible». Se afirma, en definitiva, que «se trata de un producto de inversión que no puede desglosarse en operaciones aisladas e independientes, sino que, por el contrario, constituye una única operación financiera que, a efectos tributarios, debe ser considerada en su conjunto». Y como hemos señalado anteriormente, la contestación del ICAC de 1991 (NFC002581) hace mención a que una operación de venta con pacto de retrocesión no opcional debe contabilizarse como un préstamo, ya que *el fondo económico de la operación descrita debe prevalecer a efectos de registro contable sobre la forma jurídica que dicha operación revista; por lo tanto, debe considerarse que el comprador de los títulos concede un préstamo*.

Sin embargo, y al margen de lo que pudiera pensarse, las menciones al «fondo económico», «naturaleza económica» o «realidad económica» de la operación en concreto **no aparecen ni en la LSA ni en el Código de Comercio y solo de manera indirecta era recogido en la Introducción al PGC en contra de Ley (RD 1643/1990)**⁴⁹. El Código de Comercio lo que establece en el artículo 34.2 es que «Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, **de conformidad con las disposiciones legales**». Como puede verse, la legislación identifica la consecución de la imagen fiel con la aplicación de la normativa vigente⁵⁰. Es más, resulta curioso que si bien la contabilidad, como ciencia que se aplica en todas las economías, debería reflejar la misma esencia económica de las actividades, lo cierto es que esta difiere en las distintas normativas⁵¹. En definitiva, la realidad económica no es sino la realidad regulada por el legislador en cada lugar. Y a estos efectos, podría incluso traerse a colación el supuesto del *leasing*, una figura donde expresamente aparece la opción de compra como elemento nuclear y que ante las dudas que planteaba su contabilización por las divergencias entre lo jurídico y lo económico tuvo que ser el legislador el que expresamente lo afrontara⁵².

⁴⁹ El PGC de 1990 señala en su Introducción (punto 10) que «La imagen fiel es el corolario de aplicar sistemática y regularmente los principios contables, entendiendo estos como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica **de las transacciones realizadas**... De este modo, la empresa deberá ajustar sistemáticamente la contabilidad y sus cuentas anuales a los principios legales que les sean aplicables, excepto cuando esta aplicación conduzca a que los registros o la formulación de las cuentas anuales distorsione la imagen que un tercero podría formarse sobre la "verdadera", en términos económicos, situación patrimonial y financiera y de los resultados habidos en el ejercicio». A nuestro parecer, el concepto de imagen fiel en las transacciones concretas era un derivado de aplicar principios contables donde, como hemos señalado, es fundamental el principio de precio de adquisición. Es decir, no tiene autonomía en sí misma sino en tanto depende de otros principios. Cuestión distinta es lo referente no a operaciones concretas sino a las cuentas anuales en su conjunto, donde debe prevalecer la realidad económica, adquiriendo la memoria un valor basilar.

⁵⁰ Señala GONDRA ROMERO (1991, pág. 579) que para nuestro legislador no ofrece duda alguna que la imagen fiel es un objetivo que deriva, en definitiva, de la conformidad con las disposiciones legales y, en este sentido, que en esa noción vienen a condensarse los fines últimos del sistema informativo legal.

⁵¹ MARINA GARCÍA-TUÑÓN (2006, pág. 1.135) reseña el dislate que supuso que una empresa española de telecomunicaciones presentara resultados positivos conforme a la norma española mientras que con la norma extranjera el signo fuera antitético.

⁵² El supuesto de *leasing* y las dificultades de regulación, basadas en su esencia económica, eran paradigmáticas. Así, el propio PGC establece en su Introducción (apartado 23) que «Con un criterio predominantemente económico, algunos círculos profesionales estiman que los derechos sobre el activo deben figurar en el balance de la empresa arrendataria. Quienes así opinan se apoyan en que, con su criterio, la información contable es más realista, por expresar la capacidad que tiene la unidad económica para producir bienes o servicios. Otros círculos profesionales piensan de modo distinto. Según tales círculos, en las operaciones de arrendamiento financiero, hasta tanto se ejercite, en su caso, la opción de compra por el arrendatario, no existe transmisión de dominio, sino únicamente transmisión del uso de los bienes objeto del contrato. La propiedad, pues, de estos bienes continúa siendo de la empresa arrendadora, en cuyo balance figurarán incluidos los mismos». El propio PGC tuvo que regular la contabilización y, de hecho, ante la insuficiente regulación,

En cualquier caso, y al margen de lo anterior, **a nuestro juicio es necesario distinguir entre el verdadero fondo económico de una operación, y el verdadero fondo económico de todo un sector o de una actividad.** De hecho, la mención en el PGC a la realidad económica se refiere a «*transacciones realizadas*». En contabilidad, calificar ciertas operaciones con arreglo al fondo económico, completando la información en la memoria, no debe tener, al menos a nuestro parecer, mayor riesgo. La memoria se configura entonces como el elemento esencial de la citada la operación. Se trata, al fin y al cabo, de una cuestión acotada y cuya información se puede completar en la memoria. En este sentido, no hay que olvidar que el artículo 34.3 del Código de Comercio establecía que cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado. Por poner un ejemplo que cabría en la Contestación a la Consulta del ICAC núm. 7, publicada en el BOICAC de julio de 1991 (NFC002581): una entidad adquiere un cuadro de un pintor famoso por 20 unidades, para posteriormente venderlo por 100 con pacto de recompra por 110 en el plazo de un año. Es posible que se *contabilice* como un préstamo por parte de los adquirentes y los transmitentes, dando información y explicando la operación en la memoria. Pero, a nuestro parecer, si se contabilizara como compra-venta y se diera la información necesaria en la memoria, tampoco debería haber mayor impedimento. Sobre todo, porque en esa venta del cuadro con pacto de recompra se tendría que afrontar cómo se tributa en el IS, en el IVA y si hay que retener o no por los intereses, cuestiones estas que no han sido solventadas y cuya importancia es determinante a la hora de reflejar la operación y evitar responsabilidades tributarias. Pero es un problema acotado a una determinada operación, donde el riesgo está plenamente identificado.

Pero cuando hablamos no ya de una *operación* sino de una *actividad* empresarial como la desarrollada por las entidades comercializadoras de bienes tangibles, el análisis debe ser distinto, porque se trata de arrinconar el precio de adquisición o coste de producción como principio de todas las cuentas anuales [art. 38.1 f) del Código de Comercio]. Y eso solo puede hacerse de forma excepcional. Y la traba a esa excepcionalidad estaba en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 y la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Como señalamos anteriormente, como consecuencia de ambas normas, la ley permitía a estas entidades realizar operaciones de venta de bienes tangibles con el compromiso de buscar compradores o, en caso contrario, adquirirlos dicha entidad, pero no actividades reservadas a entidades de crédito como la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas. Y no hay que olvidarlo, dicha regulación se hacía, según el título de la propia disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, en «Protección de la clientela en relación con la comercialización de determinados bienes». Es decir, se califica como actividad de *comercialización*, y no financiera, y la norma está destinada a la protección de los consumidores. Y, como señalamos, instituciones como la CNMV ya manifestaron que no estábamos ante una captación de ahorro público y que no era una actividad financiera.

Podemos concluir que la Ley 35/2003 no era un marco jurídico completo, no había establecido ni la forma de contabilizar ni las implicaciones en otras ramas jurídicas, como puede ser la tributaria. Pero lo cierto es que sí ha afirmado que estas entidades no realizan actividades de capta-

finalmente tuvo que ser el ICAC el que desarrollara una norma concreta (Resolución de 21 de enero de 1992 por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado inmaterial).

ción de ahorro del público en cualquier forma. Por tanto, sostener que la verdadera esencia económica de su actividad es financiera o de préstamo, que podría ser, es ir en contra de la realidad jurídica. Como ha señalado, aunque sea a otros efectos, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 20 de abril de 2002 (NFJ014079), si «con tal modo de razonar se quiere dar a entender que el Derecho tributario puede prescindir de la naturaleza jurídica aludiendo a una hipotética naturaleza económica distinta a tener en cuenta, la Sala no puede compartir tal criterio. La naturaleza de los negocios ha de tener perfiles unitarios, por más que su concreta indagación presente en muchos casos no pocas dificultades, y ello es lo que ha de presidir el régimen jurídico de la institución de que se trate» [en el mismo sentido, SSAN de 3 de octubre de 1997 (NFJ006115) y 7 noviembre de 1997 [recurso núm. 1466/1991 (NFJ005748)], y STSJ del País Vasco de 5 de mayo de 2001, [recurso núm. 2003/1998 (NFJ011827)].

Si se entiende que el fondo económico de las operaciones es financiero, a nuestro juicio nos encontraríamos ante una norma con contradicciones valorativas que inciden en el principio de igualdad. Pero la ley era la que era, errónea o acertada. En este sentido, la Audiencia Nacional señala en su Sentencia de 1 de julio de 1999 (JT 1999\1847) que no cabe «en definitiva, la sustitución de las previsiones normativas más o menos acertadas, pero, por definición conocidas previamente por el sujeto pasivo que sabe a qué atenerse, por la equívoca valoración que de una operación económica, sin mayor cauce de referencia, realice un agente de la administración recaudadora». En definitiva, «No es posible sustituir la voluntad de legislador por la de quien está llamado a aplicar la norma con la justificación de que la realidad económica debió gravarse en más o menos. Por tanto, la aplicación de las normas es una actividad que no consiste en subsumir la realidad económica en la norma, sino en casar el hecho, acto o negocio con la voluntad del legislador» (PONT CLEMENTE, 2006, pág. 148) ⁵³.

5.1.3. Tributación en el IS (normativa anterior a la reforma de la Ley 16/2007).

Pero si el análisis contable presenta dificultades, cuando nos referimos al IS, estas se acrecentaban. En primer lugar, porque, como hemos dicho, el artículo 10.3 del TRLIS hacía mención a que la base imponible se determinará en función de normas legales contables, corregidas por los preceptos del TRLIS. Es más, el artículo 143 de dicha norma establece que para determinar la base imponible, la Administración puede aplicar «las normas» contables ⁵⁴. Y en este caso hay un vacío

⁵³ En este sentido, la STJCE de 6 de octubre de 2005 [Comisión/Francia, Asunto C-243/03 (NFJ020868)] afirma que «los Estados miembros tienen la obligación de aplicar la Sexta Directiva, aunque la consideren mejorable. En efecto, de la Sentencia de 8 de noviembre de 2001, Comisión/Países Bajos [C-338/98, Rec. p. I-8265 (NFJ011216)], apartados 55 y 56, se desprende que, aunque la interpretación propuesta por algunos Estados miembros permitiese alcanzar mejor determinados objetivos perseguidos por la Sexta Directiva, como la neutralidad del impuesto, sigue siendo cierto que dichos Estados no pueden eludir la aplicación de las disposiciones expresamente establecidas en ella».

⁵⁴ Lo que aquí advertimos no es sino una consecuencia de un problema de carácter general. Como ha señalado FERREIRO LAPATZA (2006, documento obtenido en soporte informático sin paginación), el hecho de que la base imponible del IS se asiente en la contabilidad «supone, en primer lugar un ataque directo al principio de legalidad y, por tanto, a la libertad y a la seguridad, dos de los pilares en los que se asientan nuestra democracia; un principio, el de legalidad, de exigencias mucho más estrictas, como se sabe, en el ámbito de la fiscalidad que en el ámbito de la contabilidad... Son la seguridad y la certeza del Derecho las que sufren un ataque más fuerte. Pues las normas jurídicas escritas, abstractas (al servicio de la seguridad) y generales (al servicio de la igualdad), son sustituidas por los principios generalmente aceptados en contabilidad, por normas y usos contables, interpretaciones, criterios y técnicas varias que nada tienen que ver con la regla *smithiana* —no solo jurídica— de

contable. No existe ninguna normativa. Esto supone un problema en tanto que, por ejemplo, las contestaciones a las consultas del ICAC no tienen aplicación en el ámbito tributario al considerarse mera información (MALVÁREZ PASCUAL y MARTÍN ZAMORA, 1998, pág. 131). A esto hay que añadir que en el IS la flexibilidad de la contabilidad presentaba dificultades.

En primer lugar, porque no hay que olvidar que en el ámbito tributario la interpretación económica no estaba permitida (art. 12.3 de la LGT 58/2003). Esto supone, de hecho, que cuando una operación o actividad se contabilice con arreglo a criterios económicos y no jurídicos deban aparecer dudas en la tributación en el IS. Como hemos señalado, ni siquiera en la actual normativa contable aparece la mención a la contabilización con arreglo al fondo económico de una manera expresa sino que la contabilización es el corolario de aplicar los principios contables. Es más, el propio GOTA LOSADA (2003, pág. 27) advertía que la normativa contable deberá interpretarse con arreglo a criterios jurídicos, conforme al artículo 3.1 del Código Civil. Así, y ahondando en la calificación económica, contablemente la analogía no solo está tolerada, sino que además será un instrumento esencial para valorar la verdadera naturaleza económica. Sin embargo, no hay que olvidar que tributariamente, incluso en el ámbito del IS, no se puede acudir a la analogía, por impedirlo el artículo 14 de la LGT 58/2003 (SANZ GADEA, 2004, pág. 498) ⁵⁵. Puede pensarse incluso en alguna cuestión concreta donde se regula la opción de compra y donde la realidad jurídica y económica parecen distanciarse, como es el caso del *leasing* o, el *lease-back* ⁵⁶. En ambos casos el fondo económico contable no ha sido suficiente, a nuestro parecer, debido a los límites que el Derecho fiscal imponía, y el legislador tributario tuvo que *legalizar* la regulación contable en el artículo 11.3 del TRLIS ⁵⁷.

la certeza, a la que tienen derecho los agentes económicos, los contribuyentes y todos los ciudadanos. Las normas contables no sirven, dado el grado de incertidumbre que forzosamente encierran, para delimitar o medir la capacidad económica que debe ser gravada por un tributo. El resultado contable no puede ser escogido como objeto del tributo si el legislador quiere cumplir con las exigencias constitucionales de la tributación».

⁵⁵ Sobre la analogía en el Derecho tributario con relación al IS y Derecho contable, *vide* BÁEZ MORENO (2005, págs. 416 y ss.).

⁵⁶ Las operaciones de *lease-back* dieron lugar a fraudes donde se vendían bienes por un valor muy superior al de mercado. En dichos casos, los Tribunales han optado por calificar las operaciones como ficciones, simulaciones, negocios indirectos y afirmar que estábamos ante préstamos. Pueden verse, por ejemplo, la STS de 11 de abril de 2007 [recurso 1092/2002 (NFJ026258)], la STSJ de Aragón de 21 de enero de 2005 [recurso núm. 1185/2002 (NFJ020988)], la Resolución del TEAC de 20 de diciembre de 2004 [RG 1220/2001 (NFJ019601)], la SAN de 20 de mayo de 2004 [recurso núm. 86/2002 (NFJ021824)] y la STSJ de Valencia de 13 de diciembre de 2002 [recurso núm. 1652/2000 (NFJ019688)].

⁵⁷ Y especialmente relevante es lo referente al *lease-back*, donde existe una venta y un posterior arrendamiento financiero. La DGT señala en su contestación de 25 de febrero de 2005 [Consulta núm. 0071-05 (NFC020363)] que «Estos contratos se caracterizan por cuanto, a pesar de la posible existencia de dos contratos jurídicamente distintos, uno de compraventa y otro de arrendamiento financiero, el sustrato económico de la operación permite considerarla como **una operación de financiación a efectos fiscales**, lo que supone considerar que la amortización del elemento continuará realizándose en las mismas condiciones previas a la transmisión. Dado que el fondo económico de la operación planteada responde a una operación de financiación, por cuanto el importe obtenido de la entidad financiera en la transmisión es adeudado a la misma, posteriormente a través del contrato de arrendamiento con opción de compra, **procederá el tratamiento fiscal establecido en el artículo 11.3 del TRLIS**. En definitiva, en aquella transmisión no se genera renta a efectos fiscales, por lo que no cabe aplicar la deducción por reinversión a que se refiere el artículo 42 del TRLIS y, por otra parte, la amortización a practicar por la entidad consultante sobre el referido bien se realizará en las mismas condiciones y por el mismo valor que dicho elemento tenía con anterioridad a la transmisión» [*vide* también la Contestación de 29 de marzo de 2006, Consulta Vinculante núm. V0525-06 (NFC022071)]. Pues bien, repárese cómo el fondo económico no es suficiente para determinar su tributación. **La DGT vincula la aplicación de la tributación como un contrato financiero no a su fondo económico sino al hecho de que está expresamente recogido en el artículo 11.3 del TRLIS**. En cualquier

En segundo lugar, hay que superar un escollo legal. El artículo 15.1 del TRLIS expresamente establecía, con anterioridad a la reforma de la Ley 16/2007, que «Los elementos patrimoniales se valorarán al precio de adquisición o coste de producción». Es decir, la norma fiscal, obligatoriamente, disponía que cuando se adquiere de un tercero, incluso por recompra, un bien debe valorarse por su precio de adquisición. Y aquí no hay norma que impida que se valore por precio de adquisición, como sucede en la contabilidad. Es decir, incluso en el caso de que económicamente se entienda que no hay transmisión, jurídicamente la ley obliga a valorar por cada adquisición. Y en el caso de los bienes tangibles, no hay que olvidarlo, jurídicamente hay transmisión cada vez que se adquiere, por lo que sería difícilmente justificable no aplicar el mismo.

En tercer lugar, hay que valorar el riesgo fiscal. Contabilizar como actividad financiera suponía no pagar IS por la operación de compraventa. Registrar la actividad como compraventa suponía contabilizar un beneficio por la salida de la mercancía y tributar por IS⁵⁸. De esta manera, si las cuantías en el ejercicio superaran los 120.000 euros, supondría estar incurso en un supuesto de delito fiscal, dejando al margen las consideraciones subjetivas. De hecho, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar en la Sentencia de 19 de mayo de 2005 (NFJ020606) que «Cualquier artificio destinado a sustituir, sin causa o justificación alguna, la obligación asumida por otra más beneficiosa y, a su vez, más onerosa para el erario público, debe estar **sólidamente justificada** por situaciones de estado de necesidad en los que la antijuridicidad de la conducta pueda ser justificada. **Fuera de este supuesto excepcional, cuya realidad o aparición en este caso descartamos tajantemente, cualquier operación que evite el pago por parte del contribuyente de la carga tributaria que ha asumido voluntariamente es una operación típica de elusión de impuestos, sancionada penalmente** si supera las barreras cuantitativas señaladas en los diversos tipos penales que se han sucedido en el tiempo». No se trata de que se aplique un principio interpretativo de *in dubio pro fisco*, sino que, en definitiva, la opción de la contabilización como préstamo tiene el inconveniente de que no se paga a la Hacienda, de que, al fin y al cabo se incurre en un riesgo fiscal cuando ha habido una transmisión jurídica⁵⁹. Esta cuestión es determinante, además, en contabilidad. No en vano se señaló en su día cuando se aprobó la reforma del IS y se basó la tributación en la contabilidad que unos de los grandes inconvenientes que se iban a presentar eran las presiones que desde la fiscalidad se

caso, la aplicación del artículo 11.3 del TRLIS al supuesto de bienes tangibles no solo sería inaplicable por no existir identidad de razón, sino que estaría prohibida por el hecho de no poder acudir a la analogía en el Derecho tributario.

⁵⁸ El beneficio se determinaría por la diferencia del precio de adquisición de las mercaderías y el precio de venta, sin que fuera aplicable la deducción por reinversión del artículo 42 del TRLIS, en tanto esta solo operaba para los elementos del inmovilizado material o inmaterial.

⁵⁹ A estos efectos, puede verse la SAN de 18 de octubre de 2007 [recurso núm. 605/2004 (NFJ026935)] sobre la validez de las economías de opción. Así, señala que «Como ha señalado recientemente el Tribunal Supremo (Sala 2.ª), en la STS de 15 de julio de 2002, "la llamada economía de opción solo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que, resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas". Por su parte el **Tribunal Constitucional [STC 46/2000 (NFJ008490)] ha rechazado las que califica de «economías de opción indeseadas», considerando como tales «la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras», y que tienen como límite «el efectivo cumplimiento del deber de contribuir que impone el artículo 31.1 de la Constitución y de una más plena realización de la justicia tributaria (pues "lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar", como se dijo en la STC 110/1984, de 26 de noviembre, F. 3)».**

iban a imponer sobre la contabilidad, ya que decisiones contables no se iban a adoptar por criterios contables sino fiscales (MALVÁREZ PASCUAL y MARTÍN ZAMORA, 1998, pág. 83). Es decir, el hecho de que el IS se base en la fiscalidad iba a suponer que las decisiones contables deban integrarse, además, con el análisis fiscal ⁶⁰.

A la vista de lo anterior podemos concluir que el panorama que se planteaba para las empresas de bienes tangibles distaba de ser halagüeño. En un lado de la balanza, el fondo económico de la actividad, conforme a la doctrina de la DGT dictada a los efectos del IRPF. Por el otro, una verdadera transmisión de bienes tangibles; el Código de Comercio que obliga a valorar por precio de adquisición y solo excepcionalmente puede preterirse dicho principio, el TRLIS, que siempre obligaba a emplear el precio de adquisición, la Ley 35/2003, en consunción con la 26/1988, que negaba el carácter financiero de la actividad, de la misma manera que se había reconocido por la propia CNMV; una falta total de regulación contable, donde los criterios que se emplean no son normativos, sino interpretativos sobre el verdadero fondo económico de la operación; una contestación del ICAC que no regula el caso de las entidades de bienes tangibles; una normativa tributaria que no permite la analogía, ni la interpretación económica, y que debe regirse por los principios de legalidad y seguridad jurídica; y, en fin, una falta de ingresos de deuda tributaria si se considera financiera que supone tener la espada de Damocles de incurrir en un ilícito tributario.

5.2. El régimen contable y tributario con el PGC 1514/2007 y la Ley 43/2007.

5.2.1. El nuevo PGC y las operaciones con pacto de recompra.

El anterior régimen ha dado paso a nueva situación. Por un lado, se ha publicado en el mes de diciembre de 2007 la Ley 43/2007, de Protección de los Consumidores en la Contratación de Bienes con Oferta de Restitución del Precio. En la misma se incide en que nos encontramos ante actividades mercantiles, no financieras, y se señala que en las comunicaciones no se deberá inducir a confusión al consumidor con relación a las actividades financieras. No hay mención alguna al régimen contable o al fiscal de las entidades comercializadoras. Pero sí hay una mención preocupante en el régimen sancionador. En efecto, el artículo 8 regula las sanciones vinculadas a la protección de los consumidores y usuarios. Sin embargo, el punto 5 de dicho precepto establece que «Lo dispuesto en los apartados precedentes se entiende sin perjuicio de la legislación estatal, o autonómica de carácter contable, fiscal y, en su caso, económica, a la que estén sometidas las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley». La mención a la posible infracción de carácter contable al margen de las específicas de defensa de los consumidores y usuarios es, por así decirlo, extraña. Carece de sentido hacer una mención de este tipo, en tanto no tiene contenido jurídico y no se sabe, por ejemplo, por qué no se hace referencia a normas laborales, de defensa de la competencia, de medioambiente, etc. Es una norma de reenvío cuya razón de ser se nos escapa y da lugar a equívocos. Parece como si el

⁶⁰ PALACIOS MANZANO y VELA RÓDENAS (2005, pág. 142) señalan que ante una falta de interpretación precisa en normas contables, la Administración podrá determinar, por aplicación del artículo 143 del TRLIS, el resultado contable a su conveniencia, pudiéndose llegar a una cierta perversidad tributaria.

legislador no quisiera hacer mención a la normativa contable y fiscal pero fuera consciente de que la regulación mercantil causa alguna inconsistencia en el sistema.

Pero junto a la entrada en vigor de la Ley 43/2007 se ha producido una reforma contable de gran calado. Reforma que afecta al IS en tanto, como ya hemos señalado, la base imponible se determina partiendo del resultado contable. Y esa reforma contable toma como pauta la interpretación económica e impregna la normativa de un gran contenido de normas de carácter financiero. En efecto, la mención a la verdadera sustancia económica aparece expresamente recogida en el Reglamento del Consejo 1725/2003, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo. Y la Ley 16/2007, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, dispone que para lograr la imagen fiel «en la contabilización de las operaciones **se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica**» (art. 34.2 del Código de Comercio). Este cambio es subrayado por la propia Exposición de Motivos, que señala que «se exige en última instancia una calificación de los hechos económicos atendiendo a su fondo, tanto jurídico como propiamente económico, al margen de los instrumentos que se utilicen para su formalización». Por su parte, el PGC 1514/2007 señala en su Exposición de Motivos que «El fondo, económico y jurídico de las operaciones, constituye la piedra angular que sustenta el tratamiento contable de todas las transacciones, de tal suerte que su contabilización responda y muestre la sustancia económica y no solo la forma jurídica utilizada para instrumentarlas»⁶¹.

En dicha normativa existe, además, una norma referente a operaciones donde hay pacto de recompra, vinculada a la noción de ingreso. En efecto, el punto 14.2 de la parte correspondiente a las normas de registro y valoración señala que:

«Solo se contabilizarán los ingresos **procedentes de la venta de bienes** cuando se cumplan **todas y cada una** de las siguientes condiciones:

- a) La empresa **ha transferido al comprador los riesgos** y beneficios significativos **inherentes a la propiedad de los bienes**, con independencia de su transmisión jurídica. **Se presumirá que no se ha producido la citada transferencia cuando el comprador posea el derecho de vender los bienes a la empresa y esta la obligación de recomprarlos por el precio de venta inicial más la rentabilidad normal que obtendría un prestamista.**
- b) La empresa **no mantiene la gestión corriente** de los bienes vendidos en un grado asociado normalmente con su propiedad, ni retiene el control efectivo de los mismos.
- c) El importe de los ingresos puede valorarse con fiabilidad.
- d) Es probable que la empresa reciba los beneficios o rendimientos económicos derivados de la transacción, y

⁶¹ A juicio de AMADOR FERNÁNDEZ (2007, pág. 99), la prevalencia del fondo sobre la forma, que anteriormente era implícita, pasa a tener ahora un contenido claro y explícito.

- e) Los costes incurridos o a incurrir en la transacción pueden ser valorados con fiabilidad.»

Como puede verse, la norma no califica la forma de contabilizar cuando existe un pacto de recompra. Se limita a señalar que no tiene la consideración de ingreso. Es decir, no se computa el ingreso, no se considera que el bien patrimonial ha salido del activo y el dinero que se recibe no se considera suyo, sino de quien lo entrega. Y, por tanto, parece que debería contabilizarse como un préstamo o como un depósito ⁶². Se trataría, de nuevo, de una calificación con base en la esencia económica ⁶³. La transmisión jurídica no se toma en consideración en tanto al haber recompra se presume que no se transmiten los riesgos.

La situación, sin embargo, dista de nuevo de ser sencilla cuando se aplica a la Ley 43/2007. En primer lugar, cabe preguntarse por el alcance de la presunción. En otros preceptos del PGC se hace también referencia al término presunción, pero con el aditamento de «salvo prueba en contrario» (como en el apartado 1.1 y 11.1 de normas de registro y valoración). En el caso de los pactos de recompra podría entender que no se admite legalmente prueba en contrario. Parecería, por tanto, que nos encontraríamos ante una norma de calificación, reguladora de relaciones materiales ⁶⁴. Sin embargo, hay que recordar que el artículo 385.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «Las presunciones establecidas por la ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba». Desde luego, el texto del PGC no es técnicamente el más adecuado. Si quería establecer una norma de calificación, lo normal hubiera sido acudir a expresiones tales como «se considerará», tal y como se ha hecho en otros apartados del PGC. Si quería ubicarse la presunción en sede probatoria, por una mera cuestión de seguridad jurídica, debería haberse permitido de forma expresa la prueba en contrario, tal y como se hace en otros casos.

En cualquier caso, a nuestro parecer, el artículo 385.3 es determinante a la hora de configurar la presunción como una de carácter relativa que admite prueba en contrario ⁶⁵. Y este matiz hay que ponerlo en consideración, precisamente, con relación a la Ley 43/2007. Como hemos señalado, la

⁶² En la norma de registro y valoración 9.3 se hace mención a pasivos financieros cuando existe un «instrumento financiero que prevea su **recompra obligatoria por parte del emisor**, o que otorgue **al tenedor el derecho a exigir al emisor su rescate en una fecha y por un importe determinado o determinable**».

⁶³ GARRETA SUCH (2007, pág. 220) señala como ejemplo de contabilización con arreglo a la sustancia y realidad económica y no meramente formal aquella venta donde se dé a entender que la propiedad ha pasado de manos pero de otros acuerdos se verifique que la empresa sigue disfrutando de los activos transmitidos.

⁶⁴ MARÍN-BARNUEVO (1996, pág. 123) señala que la presunción absoluta puede ser definida como una disposición normativa mediante la que se considera que la realización de un hecho lleva inexorablemente aparejada la realización de otro hecho distinto, a los efectos de imputar al primero los efectos jurídicos. Sin embargo, este autor recoge que a juicio de otra doctrina no se debe aplicar una presunción en todo caso, sino que debe abstenerse de hacerlo cuando le conste que la verdad material es distinta (págs. 124 y 125).

⁶⁵ La Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1999 (NFJ008163), que se basa en pronunciamientos del Tribunal Constitucional –Sentencias 25/1996 y 189/1996–, donde se interconexiona la indefensión contemplada en el artículo 24.1 de la Constitución con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, establece que «el derecho a la prueba impide cualquier reducción que no venga impuesta de manera clara y tajante por la propia ley, de manera que las presunciones *iuris et de iure* y con mayor razón las *factio legis* deben quedar claramente establecidas en precepto legal que, de manera indubitada, excluya o prohíba la prueba en contrario». Y en parecido sentido, STS de 26 de abril de 2005 [recurso núm. 314/2000 (NFJ020354)].

Ley 43/2007 califica que la actividad de comercialización de bienes como joyas, sellos, obras de arte, etc., son actividades mercantiles, no reguladas por la actividad financiera, y que no deben dar lugar a confusión a los consumidores. Y la cuestión es si el contenido de la Ley 43/2007 es suficiente para enervar la presunción o no. En cualquier caso, hubiera sido deseable que la nueva norma se hubiera pronunciado sobre el régimen tributario.

A esto es necesario añadir que la norma de valoración 14.2, como señalamos anteriormente con relación a la consulta del ICAC, afecta a la contabilización de operaciones concretas no de actividades generales. En las Normas de Elaboración de la Memoria el punto 1.2 señala que se debe describir la «naturaleza de la explotación de la empresa»⁶⁶. La cuestión es qué se debe decir en este apartado. Si la *naturaleza* de la explotación, con arreglo a la Ley 43/2007, es de carácter mercantil, no parece tener sentido no contabilizar ingresos y reflejar las operaciones como un préstamo. Si la *naturaleza* de la explotación es de préstamo, se incumpliría la Ley 43/2007 en tanto esta exige que la actividad sea mercantil y no se pueda inducir a error con relación al término financiero⁶⁷. Como señalamos anteriormente, es necesario distinguir entre una operación y una actividad. Las actividades deben regularse en función de sus características y naturaleza (disp.final primera).

En cualquier caso, de ser cierto que contablemente el fondo económico de las actividades recogidas en la Ley 43/2007 y, a pesar de su forma jurídica, es financiero, lo que subyace en este razonamiento son dos cosas distintas: la primera, que el legislador contable puede arrinconar el fondo económico o la esencia de una actividad a la hora de establecer su regulación. La segunda, que el hecho de que el legislador califique una actividad como no financiera (ni préstamo ni depósito, ni captación de ahorro público) y sí como de compra, intermediación o venta no afecta a todas las ramas del Derecho, sino solo a aquellas que no tomen como base la verdadera esencia, la immanente, de las actividades. Como señalamos anteriormente, el legislador puede apartarse de la naturaleza de las cosas a la hora de regular las instituciones pudiendo incurrir, incluso, en contradicciones valorativas. El límite estaría en el principio de igualdad, pues habría que cuestionarse la constitucionalidad de la norma en tanto dos situaciones idénticas pueden ser tratadas de forma distinta⁶⁸. De hecho, si la actividad es financiera, podría afirmarse que la Ley 43/2007 es un error o portadora de un mensaje irracional⁶⁹. Pero la segunda cuestión, que quizás sea la más determinante a estos efectos, es si es

⁶⁶ GARRETA SUCH (2007, pág. 353) afirma que la identificación de la actividad no se cumple si se informa solo del objeto social escriturado, sino que debe mencionarse la actividad desarrollada, esté o no en los estatutos.

⁶⁷ Parece que no se trataría de una antinomia jurídica, al tener ambas normas un ámbito de actuación distinto, una contable y otra sustantivo. Aunque, ciertamente, la formulación de las cuentas anuales presentará un inconveniente difícilmente salvable, y es la descripción en la memoria de la actividad y la explicación de por qué nos encontramos contable ante un instrumento financiero negado por el legislador. Creemos que nos encontraríamos ante una contradicción valorativa en tanto obliga a reconocer en el ámbito contable lo que niega en el Derecho sustantivo, con la problemática que llevaría aparejada con relación a la congruencia y unidad del sistema, pero, sobre todo, con los problemas de igualdad que aparecerían en Derecho sustantivo, al tener una diferente regulación instrumentos financieros *económicamente* iguales. Sobre las antinomias y contradicciones *vide* RUIZ SANZ (2002, págs. 59 y ss.).

⁶⁸ GONZÁLEZ-MENESES (2007, pág. 53) señala que la Ley 43/2007 supone un agravio para los inversores y un agravio comparativo con las empresas financieras regulares, las cuales se encuentran con unos competidores sujetos a muchos menos requisitos legales y que compiten, por tanto, con ellos en condiciones muchas más ventajosas.

⁶⁹ En este sentido, por ejemplo, GONZÁLEZ-MENESES (2007, pág. 71) parte de la base de que calificar la actividad como mercantil en lugar de financiero es absurdo e insensato. MANUEL CONTHE (2008) señala que la Ley 43/2007 «debería abochornar a quienes elaboraron y aprobaron tan hipócrita y defectuosa ley».

posible entender que jurídicamente una ley establezca que las actividades no son financieras, de captación de ahorro en cualquier forma, y contablemente, por el contrario, se registren como un préstamo con garantía porque ese sea su fondo económico. Y a nuestro parecer esta última afirmación es dudosa. La contabilidad es, al fin y al cabo, Derecho contable, basado en normas, y debe interpretarse con arreglo a criterios admitidos en Derecho. Y si el único marco jurídico de las actividades de venta de bienes tangibles, con la obligación de encontrar un comprador o asumir la entidad la compra, establece que es mercantil y no es financiera (captación de ahorro), parece una contradicción *in terminis* registrar contablemente una verdadera naturaleza económica negada por el legislador⁷⁰. Así, VICENT CHULIA (2000, pág. 189) señala que cuando la normativa contable hace mención a que las cuentas anuales deben formularse con arreglo a las disposiciones legales, la frase «de conformidad con las disposiciones legales» puede interpretarse como una referencia al ordenamiento y no necesariamente a las normas contables⁷¹. En definitiva, como señala LARENZ (1994, pág. 415), la naturaleza de las cosas es un criterio teleológico-objetivo de interpretación, siempre que no se pueda suponer que el legislador haya querido desdeñarla⁷². Pero, a nuestro parecer, si la Ley 43/2007 establece que no nos encontramos ante préstamos o depósitos, la norma contable no puede recoger dicha realidad. A nuestro parecer, la presunción establecida en el artículo 14.2 se ve destruida por la Ley 43/2007. Solo así se respetaría la racionalidad y coherencia del sistema⁷³.

⁷⁰ Señala GONDRA ROMERO (1991, pág. 583), analizando la imagen fiel contable, que «Es evidente que en un sistema jurídico de configuración "legal" no resulta fácil pensar que no baste con el cumplimiento riguroso de la ley para satisfacer los fines del sistema». Por otro lado, y aunque sea a efectos fiscales, la SAN de 19 de abril de 2007 (procedimiento 262/1997) advierte que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 25 de mayo de 2004 y de 26 de septiembre de 1991 «ha llegado, en la aplicación de las normas reguladoras de los impuestos, a consagrar **el principio de comodidad del contribuyente** el cual **ha de tomarse en consideración en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico**». En la SAN de 7 de diciembre de 2001 (recurso núm. 68/1999) se señala que de este principio se deriva «que el contribuyente disfrute de todas las facilidades posibles para cumplir sus obligaciones fiscales y, en especial, para formular su declaración o efectuar el pago de las deudas tributarias».

⁷¹ A estos efectos es necesario incidir en la seguridad jurídica y en la necesidad de interpretar los términos con arreglo a su concepto usual. Y, en este sentido, el Abogado General del TJCE Poiars Maduro advierte en sus conclusiones presentadas el 7 de abril de 2005 [Asunto C-255/02 (NFJ021677), Asunto C-419/02 (NFJ021665), Asunto C-223/03 (NFJ021864)], y aunque sea a los efectos del IVA, que «los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima que también "forman parte del ordenamiento jurídico comunitario" y a la luz de los cuales deben interpretarse las disposiciones de la Sexta Directiva. De esos principios se deriva que los contribuyentes han de tener derecho a conocer por anticipado cuál será su situación fiscal y, **a tal efecto, confiar en el significado ordinario de los términos de la legislación del IVA**». FERREIRO LAPATZA (1999, pág. 672) advierte que «El lenguaje técnico-jurídico a utilizar en el ámbito tributario ha de alejarse lo menos posible del lenguaje técnico-jurídico utilizado en el resto del ordenamiento para procurar la imprescindible coherencia del conjunto». Por su parte, en la normativa española no hay que olvidar que el artículo 3.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en su redacción dada por la Ley 4/1999, dispone que las Administraciones públicas «deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima».

⁷² Como señala el voto particular emitido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 2000 (JUR 2001\15776) «no corresponde a los Tribunales de Justicia enjuiciar la moralidad o la justicia de la Ley, correspondiendo al Legislativo la promulgación de las leyes, cuya finalidad, en múltiples ocasiones, se debe más a razones de oportunidad política y económica, que a razones de intrínseca justicia».

⁷³ Partiendo de la base de que la exigencia de coherencia es esencial en Derecho, hasta el punto que debe constituirse como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador (DE ASÍS ROIG, 1995, pág. 28), los argumentos de interpretación que avalarían contabilizar con arreglo a su naturaleza jurídica son varios. Aunque todos ellos derivarían del argumento de racionalidad del sistema, que supone que un sistema normativo, elaborado por un legislador razonable, no puede suministrar un resultado interpretativo o aplicativo de las normas que sea en sí mismo ilógico o inicuo (SANTAMARÍA PASTOR, 1988, pág. 399). Se trata del criterio apagógico, según el cual no puede darse un significado a una norma que provoque consecuencias absurdas, del criterio de la razonabilidad, que solo permite dar un significado distinto al dado con anterioridad por razones de razonabilidad, o el sistemático, que exige que las normas tengan sentido en relación con

5.2.2. *Tributación en el IS.*

Anteriormente señalamos que en el IS la calificación con relación al verdadero fondo económico presentaba algunos inconvenientes, como era el referente a la interpretación económica o a los valores de adquisición. Pues bien, con la reforma del TRLIS producida por la Ley 16/2007 creemos que ambos problemas estarían solventados. En efecto, el artículo 15.1 ha señalado que «Los elementos patrimoniales se valorarán de acuerdo con los criterios establecidos en el Código de Comercio», estableciendo una norma de reenvío al Derecho Mercantil. Y con relación a la interpretación económica, y como ya tuvimos ocasión de señalar anteriormente, la reforma del artículo 34.2 del Código de Comercio y del PGC 1514/2007 implica que en el Derecho contable se ha producido una excepción a los criterios de interpretación del artículo 3.1 del Código Civil. Lo importante es, ahora, la aproximación económica de las formas jurídicas. En Derecho tributario, sin embargo, los criterios hermenéuticos eran los aceptados en Derecho y la interpretación económica y la analogía están proscritas. Por tanto, el artículo 10.3 del TRLIS, que permanece inmutable con la actual regulación, parece incurrir en una antinomia; la misma materia, con el mismo ámbito de aplicación, se ve regulada por dos normas contradictorias. Por tanto, sería aplicable tanto la norma especial como la posterior, por lo que entendemos que la interpretación económica está de nuevo permitida en el ámbito del IS ⁷⁴.

6. CONTINGENCIAS FISCALES Y CONTABLES EN EL ÁMBITO DE LA TRIBUTACIÓN DE LOS BIENES CON OFERTA DE RESTITUCIÓN EN EL PRECIO

La calificación de la actividad de comercialización de bienes tangibles como financiera o mercantil a efectos contables y tributarios tiene problemas dispares y no resueltos. Así, en el IRPF lo que está por solventar es si la regulación de rendimientos de capital mobiliario se limita solo a los valores negociables o no. Se trata de un problema de interpretación acotado a la propia LIRPF. Si solo se refiere a valores negociables, a nuestro juicio sería indiferente que la actividad se calificara económicamente como financiera, pues la LIRPF obligaría a tributar como ganancia de patrimonio. No obstante, y como hemos señalado, la propia DGT estima que sí son rendimientos del capital mobiliario sometidos a retención. En el IVA, por su parte, a nuestro parecer no tiene incidencia que la actividad se califique como financiera o como mercantil, pues la exención de operaciones financieras solo alcanza a valores negociables. Y en el IS es cuando la calificación como financiera o mercantil tiene plena incidencia. En efecto, si se considera mercantil, se tributaría por la venta de las mercan-

el resto del ordenamiento (*vide* DE ASÍS ROIG, 1995, págs. 186 y ss). En la STC 150/1990 (NFJ004014) se señala: «Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten».

⁷⁴ *Vide* BLÁZQUEZ LIDOY (2008, págs. 9 y ss.). En el mismo sentido se pronuncia ROSEMBUJ (2008), al señalar que «Lo anterior no impide reconocer que el principio de la consideración económica reviva en su versión original, porque, para no engañarnos, ese es el contenido de la proposición contable y mercantil. Paradójicamente, un principio tributario que no resulta aceptado en el Derecho que le dio cauce emigra a otros sectores del ordenamiento, recuperando su primer alcance. Lo que pasa es que el argumentario jurídico aspira a afrontar el formalismo con medios más complejos y elaborados que la simple realidad de las cosas». *Vide* también CALVO VÉRGEZ (2008, pág. 15).

cías. Si, por el contrario, se califica como financiera, se consideraría contablemente como un préstamo y no luciría en contabilidad el beneficio por la venta de los bienes tangibles. En cualquier caso, repárese cómo el tratamiento impositivo que se nos ofrece no tiene una coherencia interna, sobre todo en el IVA. Ciertamente, no es obligatorio que lo tenga y cada tributo podría tener una aproximación distinta a la misma realidad. Sin embargo, parece que principios de buena técnica jurídica sí deberían llevar a que los tratamientos fueran unitarios en el Derecho tributario. O dicho de otra manera, que las mismas realidades tributen de idéntica forma en todos los tributos, en aplicación de un principio de igualdad y coherencia.

La situación así dibujada plantea a las entidades que operan en este mercado un problema de responsabilidad. Como hemos señalado, si se considera que hay una actividad de carácter financiero no se declararía el IS, pero sí se ingresarían, en principio, las retenciones. Sin embargo, no hay que olvidar que las retenciones son a cuenta de los clientes. Se descuentan de las rentas de estos que, a su vez, en su declaración de renta deberían haber deducido. De hecho, incluso la norma establece que en el caso de que no se haya retenido «por causa imputable al retenedor (...) el perceptor deducirá de la cuota la cantidad que debió ser retenida» (art. 99.5 de la LIRPF 35/2006)⁷⁵. La otra opción es reconocer el carácter mercantil, lo que supondría haber tributado por IVA e IS y no haber retenido en IRPF. Como se puede ver, ambas situaciones dan lugar a un posible ilícito que si supera los umbrales del Código Penal podría ser un delito fiscal. En el primer caso, por retenciones; en el segundo, por IS. Y a esto es necesario añadir la problemática del IVA, que no está resuelta expresamente. Es importante porque podría pensarse que si nos encontramos ante una operación financiera, estaría exenta de IVA, por lo que aparecería un nuevo tributo implicado, aunque, a nuestro parecer, como ya señalamos, incluso en el caso de que se considere una operación financiera desde una perspectiva económica, estaría gravada por IVA.

El problema técnico-jurídico es que cuando se ingresa por un tributo y por otro se deja de declarar, los resultados no se compensan. El primero da derecho a una devolución de ingresos indebidos y el segundo daría lugar a una elusión que podría ser sancionable de forma autónoma. A nuestro juicio, la situación planteada no debe dar lugar a la comisión de un ilícito. En primer lugar, debido al vacío normativo⁷⁶; y, en segundo, porque se ha procedido a declarar⁷⁷. Como

⁷⁵ De hecho, la STS de 26 de febrero de 2007 [recurso núm. 2400/2002 (NFJ025573)] advierte que no se puede exigir la retención al retenedor en caso de que la persona que debería haber soportado la retención haya ingresado la obligación principal.

⁷⁶ Como se señala en el voto particular de la STS de 18 de septiembre de 2006 [recurso núm. 1321/2005 (NFJ024034)], en el ámbito penal «no procede integrar la norma punitiva con una resolución de un órgano administrativo... El principio de legalidad y las exigencias en esta materia de la *lex certa*, en la aplicación del Derecho penal, requieren, a mi juicio, que la norma tributaria exprese, con la necesaria concreción y claridad, la obligación fiscal que, incumplida, constituye la infracción delictiva». Del mismo modo, GÓMEZ BERMÚDEZ (2006, pág. 61) advierte que en el ámbito penal las técnicas análogas que se emplean en el Derecho tributario no son trasladables al Derecho penal porque serían radicalmente incompatibles con las exigencias de tipicidad del artículo 25 de la Constitución Española. «No se trata de si sanciona o no por analogía, sino de si el tipo del injusto aparece suficientemente definido en la norma penal cuando su concurrencia depende de la aplicación por la Administración de una potestad más o menos libre». Y en el ámbito del IS esta situación es todavía más acuciante, en tanto, que al basarse la base imponible en el resultado contable, se ataca no solo la legalidad tributaria sino también al principio de legalidad penal (FERREIRO LAPATZA, 2007, documento obtenido en soporte informático sin paginación).

⁷⁷ La defraudación penal exige engaño por medios fraudulentos (GÓMEZ BERMÚDEZ, 2006, pág. 58). CHOCLÁN MONTALVO (2004, pág. 3) advierte que «El delito fiscal se fundamenta en la gravedad del plan del autor desde el punto de vista del desvalor de acción, requiriéndose en el tipo objetivo un comportamiento del autor que suponga simulación u ocultación

ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 164/2005, no es posible imponer «la sanción por el mero hecho de no ingresar, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio extremo del que en la resolución judicial viene a prescindirse pese a tratarse de un supuesto razonablemente problemático en su interpretación. En efecto, no se puede por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que esta se infiere».

Pero, desde luego, si la opción elegida ha sido la de pagar más impuestos en el conjunto de la operativa, creemos que en ningún caso podría haber sanciones tributarias o delitos fiscales. En efecto, el fundamento de los ilícitos contra la Hacienda Pública radica en no declarar y, además, dejar de ingresar. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que «al menos en la modalidad de elusión del pago de tributos, que aquí interesa, se configura como un delito de infracción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos, conducta esencialmente omisiva. Se configura como un delito especial propio, de naturaleza patrimonial y además de resultado, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria» [25 de noviembre de 2005, recurso 788/2004 (NFJ021672)]. Como consecuencia, el *dolo* que requiere este delito pasa por un ánimo de lucro individual. En este sentido, es «la finalidad de pagar menos impuestos de lo que se debería lo que motiva la conducta del sujeto pasivo tributario. Y pagar menos impuestos comporta necesariamente un lucro propio y

de la situación económica del contribuyente. Y quedan excluidos del delito fiscal todos aquellos comportamientos que supongan la elusión del pago de un tributo por medio de operaciones que "están a la vista" de la Administración tributaria, la que puede ejercer sus normales facultades de comprobación». Por su parte, la STS de 26 de junio de 1991 expresamente señala con relación al ánimo de defraudar que «mal puede darse este ánimo en quienes en la contabilidad empresarial hacen constar el auténtico soporte de la base imponible» (en el mismo sentido SAP de Barcelona de 7 de junio de 1995). E incluso en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador (infracciones que exigen menos desvalor que el delito) llega a ser así. En este sentido hay que recordar que el Tribunal Supremo ha afirmado en su Sentencia de 22 de junio de 2004 [recurso casación núm. 7927/1999 (NFJ018066)] que «Este punto, el de no ocultación, es capital en nuestra jurisprudencia a la hora de valorar la conducta del recurrente». Y de la misma manera, la SAN de 17 de febrero de 2005 [recurso núm. 492/2002 (NFJ020875)] advierte que «El Tribunal Supremo ha establecido el criterio (sentencias, entre otras, de 28 de febrero de 1996 y 6 de julio de 1995) de estimar que la voluntariedad de la infracción concurre cuando el contribuyente conoce la existencia del hecho imponible y lo oculta a la Administración tributaria, a diferencia de los supuestos en que lo declara, aunque sea incorrectamente, en razón a algunas deficiencias u obscuridades de la norma tributaria que justifican una divergencia de criterio jurídico razonable y razonada, en cuyo caso nos encontraríamos ante el mero error, que no puede ser sancionable». Por último, no queremos dejar de mencionar, por su claridad, la Sentencia de 22 de junio de 2005 (recurso núm. 1437/1999), donde expresamente se señala que «La complejidad de las normas tributarias y mercantiles que inciden en el IS y la circunstancia de tener que realizar los contribuyentes una declaración-liquidación en lugar de la propia Hacienda Pública hace que lo fundamental sea la constancia de los ingresos brutos y de los conceptos en que se percibieron, así como de los incrementos patrimoniales y en materia de gastos deducibles, que queden estos definidos y cuantificados y que todo ello luzca en la contabilidad, sin que pueda calificarse de infracción sancionable, la interpretación errónea sobre los incrementos de patrimonio que están exentos, salvo que se pruebe que van dirigida, de manera voluntaria o intencional, precisamente a confundir o alterar la deuda tributaria. Ninguna ocultación, falseamiento, dificultad u obstrucción, incumplimientos contables o circunstancias similares concurrieron en la actuación de la entidad recurrente, pues, como se ha dicho en el Acta, se hace constar que en la situación de contabilidad y registros obligatorios a efectos fiscales del obligado tributario no se han apreciado anomalías sustanciales para la exacción del tributo y en la declaración del impuesto, como se dice en el informe complementario, la recurrente hace constar correctamente los datos necesarios para comprobar que no ejerció actividad empresarial, de forma que la inspección pudo, sin esfuerzo, efectuar las comprobaciones pertinentes y observar que se había incluido indebidamente, como exención, un incremento patrimonial que no lo estaba, pudiendo hacer las rectificaciones correspondientes y la liquidación procedente».

un perjuicio para el Erario Público» (ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, 2004, pág. 162) ⁷⁸. Por tanto, si en el conjunto de la tributación elegida ha habido perjuicio para el contribuyente y excedente para la Hacienda, no debe existir delito fiscal ni infracción por el hecho de que una de las consecuencias de la opción tomada sea la de pagar menos retenciones.

Por otro lado, es importante vincular los ilícitos contra la Hacienda Pública con los incumplimientos contables. En efecto, el artículo 184.3 a) de la LGT 58/2003 determina que es una agravante «la **falsedad** de asientos, registros o importes, la omisión de operaciones realizadas o la contabilidad en cuentas incorrectas de forma que se altere su consideración fiscal». Por su parte, el artículo 305 del Código Penal, referente a los delitos fiscales, señala en su apartado 4 que la regularización de las deudas fiscales «alcanzará igualmente a dicho sujeto por las irregularidades contables u otras falsedades instrumentales, que exclusivamente con relación a la deuda tributaria objeto de la regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización». El artículo 310 del Código Penal regula el delito contable como preparatorio del delito fiscal (ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, 2004, págs. 572 y 573). Por último, el artículo 290 hace mención a la falsedad de cuentas anuales que deban reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad.

Pues bien, a nuestro juicio, en el caso de las entidades de bienes tangibles, el problema de la fiscalidad vincula, directamente, la contabilidad. **Es decir, es el mismo presupuesto de hecho, la consideración como operación financiera, la que produce efectos, al menos, en dos ámbitos distintos, el referente a la tributación y a la contabilización.** En efecto, el hecho de contabilizar como actividad financiera va a suponer que no se pague el IS (y dejamos al margen el tema del IVA). Sin embargo, desde el punto de vista de la contabilidad, la visión de la empresa que se da es totalmente distinta. En principio, es una imagen más prudente por aplicación del principio de coste histórico ya que los bienes no se revalorizan por la venta y, además, aparecen expresamente recogidos los pasivos, consecuencia del registro del depósito o préstamo. Y al emplearse el criterio más conservador las cuentas anuales presentan una mayor garantía frente a terceros ⁷⁹. La otra opción es pagar IS e IVA pero presentar unas cuentas anuales basadas en otros criterios menos garantistas para terceros y totalmente distintos. De esta manera, el hecho de pagar el IS para evitar la responsabilidad fiscal supondría poder incurrir en falsedad en cuentas anuales, mientras que el hecho de presentar las cuentas anuales con criterios financieros y más prudentes, implicaría que pudiera haber un posible delito fiscal por concepto de IS ⁸⁰. A nuestro parecer, esta situación no es sostenible jurídicamente. La contabilidad se ha considerado, a efectos fiscales, como un instrumento para la comisión de ilícitos tributarios (art. 305.4 del Código Penal). Si se contabiliza de

⁷⁸ De la misma manera, BAJO y BACIGALUPO (2001, págs. 245 y 246) advierten que el ánimo de defraudar exige un ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo y el lucro perseguido consiste en la obtención de una ventaja patrimonial.

⁷⁹ El artículo 290 del Código Penal exige que como consecuencia de la falsedad en las cuentas anuales se cause un perjuicio a socios o a terceros. El problema radica en que los socios y los terceros pueden tener intereses contrapuestos. Así, a los socios es muy posible que les convenga que la empresa dé más beneficios y presente un mayor valor frente al mercado. Sin embargo, a los terceros le interesa que la empresa sea lo más solvente posible, lo cual se consigue llevando a sus extremos el principio de prudencia.

⁸⁰ Con la Ley 43/2007, y en la medida en que se exige que haya garantías de establecimientos de crédito que aseguren el importe de la restitución ofrecida (art. 5), los consumidores que adquieran estos bienes estarán protegidos y no habrá un perjuicio para ellos, por lo que parece que no se pudiera producir un delito de falsedad en cuentas anuales con relación a ellos.

una determinada manera para ingresar por el IS y evitar posibles responsabilidades penales por delito fiscal, creemos que dicha conducta no podría ser considerada falseamiento de cuentas anuales, pues daría lugar a una situación de imposible resolución. Pero es que, además, no hay que olvidar que en las cuentas anuales los posibles problemas de interpretación que puedan darse en la cuenta de Pérdidas y ganancias y balance pueden resolverse en la memoria. Y precisamente con relación a la falsedad en cuentas anuales, PASTOR MUÑOZ (2006, documento obtenido en soporte informático sin paginación) mantiene que «una falsedad en el balance que se vea compensada en la cuenta de Pérdidas y ganancias o en la memoria no será relevante, pues el Derecho Mercantil atribuye a los tres documentos en conjunto la función de reflejar la imagen fiel de la sociedad (art. 177 de la LSA)». Pero, sobre todo, es necesario recordar que la STS de 14 de julio de 2000 (RJ 2000\6583) expresamente dispone que «En todo caso, será preciso que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio (lo que se configura como un tipo penal de peligro hipotético), por referirse a documentos esenciales y afectar a partidas o aspectos contables nucleares, **sea alterando los datos reales, sea ocultándolos**; debiendo recordarse a estos efectos que las cuentas anuales de las sociedades constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanadas en otros (libros de contabilidad, cuentas anuales, cuenta de Pérdidas y ganancias, memoria anual, etc.)». Por tanto, si la información incorrecta va acompañada del documento que corrige y compensa la inverosimilitud la situación de la sociedad no debe considerarse como falsa ⁸¹. Al fin y al cabo, la condición de imagen fiel se refiere a la unidad que forman el balance, la cuenta de Pérdidas y ganancias y la memoria, lo que parece indicar que tal conjunto es capaz de mostrar dicho resultado de modo global (DE TORRES ZAPATERA, 2002, pág. 62).

De esa manera, lo cierto es que si se opta por contabilizar como compraventa y tributar por IS e IVA, e informar en la memoria de las intermediaciones y de las recompras, parece que se podrían salvar tanto las contingencias contables como fiscales. Sin embargo, si lo que se hace es optar por la tributación como préstamo, parece que las contingencias fiscales estarían, en todo caso, presentes y, además, podrían existir contingencias contables en tanto los socios verían disminuido el valor de la empresa y la empresa reflejaría en la memoria una actividad jurídica distinta de la económica ⁸².

⁸¹ Jurídicamente señala PASTOR MUÑOZ (2005, documento obtenido en soporte informático sin paginación) que si se toma en consideración un concepto amplio de falseamiento, la compensación de información en otro documento no evitaría la falsedad, pero no habría delito en tanto cabe rechazarse su idoneidad para perjudicar. Si se toma un concepto estricto, ni siquiera habría falseamiento. Aunque ambas posturas llevan a la misma solución, el autor señala que es más conveniente la interpretación estricta desde el planteamiento de defensa, pues evita el falseamiento.

⁸² Pero es que en el caso de que se contabilizara la actividad como préstamo, con base en el presunto fondo económico, sería necesario entrar a valorar si las cuentas anuales reflejan la verdadera situación **jurídica** de las entidades. En la Consulta de la Fiscalía General del Estado 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito del artículo 290, se señala que «Las más de las veces, por no decir prácticamente todas, la falsificación de las cuentas anuales o de esos otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad se lleva a cabo ideológicamente, consignando en los mismos datos que **no se corresponden a la realidad, es decir, faltando a la verdad en los datos jurídicos o económicos** mediante artificios contables consistentes en aumentar o disminuir ficticiamente las diversas partidas». Pues bien, si se refleja como préstamo, debería explicarse en la memoria de las cuentas anuales cómo es posible que una entidad que tiene prohibida la captación de ahorro público y debe limitarse a una actividad mercantil puede contabilizar como préstamo. ¿No estaría falseando la realidad jurídica al sostener que hace una actividad mercantil cuando registra la operación como un depósito?

7. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN TRIBUTARIA Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA (CONCLUSIONES)

CALVO GONZÁLEZ (2007, pág. 8) señala que «Si al momento de indagar y distinguir qué podía transcender de mi libertad de acción la previsión legal no aportaba una perspectiva consecuencial clara, sino que más bien trasladaba un dilema, entonces la ley ofuscaba la libertad individual y esta se convertía en una libertad jurídicamente ciega. Por tanto, la ley no debía resultar engañosa u oscura, ni paradójica, y tampoco ambigua». A nuestro parecer, todo lo hasta ahora señalado pone de manifiesto la ausencia de un marco legal completo y dudas interpretativas que han existido y existen sobre la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 y la actual Ley 43/2007. Jurídicamente se trata de una actividad de compraventa de bienes tangibles con intermediación o con compromiso de recompra en el caso de que no se encuentre a un comprador. Es decir, hay una transmisión de bienes que la propia norma excluye de calificarlas como actividades financieras. Sin embargo, lo que se plantea es si el fondo de la actividad puede ser financiero y cuál sería su tratamiento en IRPF, IVA e IS y contabilidad. Pero no estamos aquí ante ingenierías contables y tributarias que van delante del regulador. A nuestro parecer, la raíz del problema radica en determinar si nos encontramos económicamente ante una actividad financiera y si el legislador sustantivo puede arrinconar dicha realidad. Pero es esta una cuestión que queda extramuros del presente trabajo. Por lo que aquí interesa, podemos afirmar que nos encontramos ante un vacío legal en lo que se refiere a los aspectos contables y tributarios de la actividad regulada por la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 y la Ley 43/2007. Y las lagunas normativas deberían ser solventadas por el legislador y evitar dejar en manos de las consultas emitidas por la Administración ciertas interpretaciones⁸³.

En definitiva, los vacíos jurídicos existentes en cualquier sector no pueden ni deben regularse mediante consultas que no son normas jurídicas dictadas con los procedimientos adecuados en garantía de la legalidad, sino meras informaciones que ofrecen, además, soluciones parciales⁸⁴. El marco jurídico-

⁸³ Como señala el Tribunal Supremo [Sentencia de 25 de junio de 2004, recurso núm. 3105/1999 (NFJ018031)], «es lo cierto que ha quedado demostrado **que los problemas interpretativos traen su causa no del correcto entendimiento del Convenio, sino de nuestro Derecho interno, que por razones de puro empecinamiento no dictó en su momento normas jurídicas adecuadas** que regularan satisfactoriamente la compra y posterior venta o amortización de títulos de renta fija con "cupón corrido", empecinamiento que pretendía salvaguardar con carácter general un sistema que somete al IRPF y al IS (hasta 31 de diciembre de 1995) el "cupón corrido" como rendimiento cuando este no existe, difiriendo la corrección de este exceso tributario a la posterior enajenación del título... La Sala contesta que la causa de esta aparente contradicción se halla en el empecinamiento de la Administración Tributaria en mantener el gravamen del cupón corrido, aun a sabiendas de que no existe rendimiento, como hemos explicado reiteradamente, **llevando a cabo una huida hacia adelante que consiste en echarle las culpas al artículo 11 del convenio, en lugar de asumir su propia responsabilidad**, pues a lo largo de los años en que se ha planteado la cuestión de los "bonos austríacos" lo único que ha hecho, desde el primer momento, es negar la evidencia, como reflejan las contestaciones a las consultas vinculantes, en las que primero afirmó que los bonos austríacos no eran deuda pública de Austria, luego que la buena fe impedía la aplicación del artículo 11 del convenio, para terminar echándole la culpa al propio convenio, **en lugar, como era lo propio, de haber promovido la necesaria modificación de nuestro Derecho interno, que ha llevado a muchos contribuyentes (personas físicas y sociedades) a realizar las operaciones referidas con los bonos austríacos, amparándose en el imperfecto Derecho tributario español**». De la misma manera, en la STSJ de Valencia de 7 de junio de 2006 [recurso núm. 106/2004 (NFJ024808)], se señala que «Esta posibilidad era conocida por el Estado, pues se evidencia de la legislación y conceptos tributarios, y pudo ser evitada previendo lo contrario expresamente en la legislación del Impuesto o en el propio Convenio; no haciéndolo así, no cabe ahora acudir a complejas interpretaciones que restringen las previsiones financiero-fiscales de los sujetos pasivos suscriptores de los bonos exentos en cuestión y contradiciendo, en suma, el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución».

⁸⁴ Aunque sea a otros efectos, merece la pena traer a colación el voto particular emitido por el señor GARZÓN HERERRO en la STS de 23 de mayo de 2006 [recurso núm. 8201/2000 (NFJ024555)] sobre la AEAT. En el mismo se afirma que «el

co-tributario que se nos ofrece para la actividad regulada en la Ley 35/2003 y la Ley 43/2007 es nulo. Y el nuevo PGC ha alumbrado una *presunción* para las ventas con pacto de recompra de difícil aprehensión y estamos ante una cuestión de compleja calificación. Y como señala la STC 150/1990 (NFJ004014), si «las **omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas** que generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, **podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica**». Dicho en términos económicos, cuando cualquier operador actúa en el tráfico jurídico, no cabe desconocer que el tributo es siempre un componente más del coste de la misma que debe ser conocido en la planificación de su actividad [STC 173/1996 (NFJ004656)]⁸⁵. En este sentido, la STJCE de 21 de febrero de 2006 [Halifax, Asunto 255/02 (NFJ021677)], y a efectos de IVA, advierte que «la legislación comunitaria también **debe ser precisa y su aplicación previsible para los justiciables...** Este imperativo de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que se les imponen»⁸⁶. Es más, esta sentencia concluye que «procede recordar que la comprobación de que existe una práctica abusiva no debe llevar a la **una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad**, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación».

Pero es que, además, el tratamiento de las actividades financieras, en lo referente a los rendimientos del capital mobiliario y las retenciones son cuestiones que no son nuevas en el Derecho tributario y en los procedimientos inspectores. Los casos de importancia que han saltado a los tribunales por vacíos legales que han sido integrados por interpretaciones económicas o por normas generales antifraude han sido varias, y generalmente con entidades financieras de por medio. Así, y a título de ejemplo, podemos hacer mención a las cesiones de crédito⁸⁷ o a la problemática que surgió con los llamados seguros de prima única con capital diferido y las denominadas Libretas de Pensión Temporal Indefinida, productos emitidos por las compañías aseguradoras, pertenecientes en su mayoría a

procedimiento para la elaboración de disposiciones generales impide que las meras ocurrencias de los titulares de los órganos se conviertan en normas, y más cuando esa norma tiene un contenido tan relevante como el de la impugnada...» «Sabida es la importancia del procedimiento administrativo, relevancia que se acrecienta (no disminuye) cuando se trata de elaborar disposiciones generales, pues mediante él la Administración reflexiona y depura el producto legal que crea, y, simultáneamente, garantiza los derechos de los destinatarios de la norma». El magistrado llega a afirmar que se trata de configurar a la AEAT como un «**Guantánamo tributario**».

⁸⁵ Especialmente clara es STSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 1994 (JT 1994/1586) al establecer que «Las normas tributarias deben ser especialmente claras y evidentes en su dicción toda vez que las mismas van a regular el ejercicio de la potestad de exigir tributos. El principio de seguridad jurídica supone que toda actuación administrativa, y especialmente aquella que se desenvuelve en un campo como el tributario, que conlleva una actuación directa en la esfera de derechos del ciudadano, se lleve a cabo rodeada de unas garantías que no impliquen suposiciones o derivaciones implícitas o deducidas. La evidencia, la claridad y la seguridad deben presidir estas relaciones».

⁸⁶ GARCÍA NOVOA (2000, pág. 113) señala que la idea de *previsibilidad* es un elemento fundamental del sistema tributario, pues solo la seguridad de un Ordenamiento de consecuencias previsibles garantiza el contraste constitucional de las normas tributarias y la interdicción de la arbitrariedad de los aplicadores del derecho. Lo fundamental en el análisis constitucional de las normas tributarias de nuestro tiempo es la certeza en una univocidad de resultados. SAINZ DE BUJANDA (1963, pág. 181) ya advertía que la seguridad jurídica exigía saber a qué atenerse, lo que no es, en definitiva sino «estar asegurado: 1.º Respecto a la normativa aplicable a su contenido y efectos; y 2.º Respecto a la circunstancia de que los órganos estatales actuarán de conformidad con aquella y velarán por su cumplimiento».

⁸⁷ Después de más de 14 años de investigación, la Audiencia Nacional dictó el 20 de diciembre de 2006 el sobreseimiento libre en el caso de las cesiones de crédito seguido contra directivos del BSCH y varios clientes. Fue la propia Fiscalía quien instó el sobreseimiento. *Vide* la STS de 17 de diciembre de 2007 (recurso núm. 315/2007).

grupos bancarios⁸⁸. Y más recientemente podemos mencionar las participaciones preferentes, un caso de unas dimensiones económicas enormes donde la Fiscalía acudió a la interpretación económica para calificar como dividendos unos productos calificados mercantilmente como intereses⁸⁹.

Como puede verse, la polémica sobre normativa financiera y su calificación no es nueva. Hemos señalado algunos botones de muestra, pero hay más casos, como los conocidos de las primas únicas, bonos austriacos, obligaciones bonificadas, etc. Finalmente, todo se reduce a una falta de normativa y al aprovechamiento de ese vacío, y la reacción de la AEAT. Pero son situaciones que debe acabar solventando el legislador y no dejar en el vacío y al socaire de consultas contables o tributarias. Hasta ahora la regulación sustantiva de los bienes tangibles establecía de una manera indubitada que estas entidades realizaban actividades mercantiles y no financieras. Sin embargo, y debido a que quizás en el fondo económico nos encontramos ante depósitos garantizados, tributariamente la interpretación de su régimen presentaba demasiadas dudas y la Ley 43/2007, conociendo las mismas, las ha obviado de manera sorprendente pero obligando a introducir en el contrato cuál es el régimen tributario aplicable. Nada señala con relación a la tributación a pesar de que se trata una problemática conocida por la propia AEAT y que puede tener una incidencia negativa para los contribuyentes y operadores económicos. A nuestro parecer, una norma dictada para proteger a los consumidores no puede soslayar la regulación tributaria. La seguridad jurídica, como principio constitucional, exige a los reguladores que provean a los destinatarios de un marco jurídico acabado en materia tributaria. Y eso no es lo que ha hecho la nueva Ley 43/2007. En definitiva, «Cuando se fomenta la confusión –señala RODRÍGUEZ-ARANA (2007, documento obtenido en soporte informático sin paginación)–, cuando se oscurece el régimen jurídico deliberadamente... de alguna manera se está afectando negativamente al criterio jurídico de la seguridad jurídica, medida que nos da la intensidad y autenticidad del Estado de Derecho en cada país, en cada sistema jurídico».

⁸⁸ La Administración calificó estos contratos, y empleando la interpretación económica, como un contrato de préstamo o depósito irregular. La problemática se solventó mediante una doble vía: la legal, reformando la normativa y para los casos anteriores a dicha reforma, el TEAC cambió de postura con base en varios pronunciamientos de la Audiencia Nacional. Sin embargo, y según señala ÁLVAREZ BARBEITO (1999, pág. 129), «la Administración interpuso el correspondiente recurso de casación ante el Tribunal Supremo del que, sorprendentemente, desistió más tarde... Desconocemos los motivos del mencionado desistimiento, pero lo que sí es cierto es que un fallo contrario a las pretensiones de las entidades bancarias que en su día comercializaron tales productos las hubiera llevado a una situación económica muy difícil, habida cuenta del volumen que esos contratos alcanzaron en la práctica hasta que la normativa reguladora del IRPF adoptó finalmente las medidas necesarias para atajar ese tipo de prácticas».

⁸⁹ Vide CAZORLA PRIETO y BLÁZQUEZ LIDOY (2007, págs. 725 a 764). Las participaciones preferentes eran unos productos canalizados a través de paraísos fiscales, debido a que la normativa mercantil española no les daba cobertura, cuya importancia alcanzaba a billones de las antiguas pesetas, y donde la Fiscalía Anticorrupción emitió en los últimos días de enero de 2003 un informe en el que, básicamente, entendía que las rentas derivadas de las participaciones preferentes no eran intereses sino dividendos, ya que en su realidad económica, la finalidad era la retribución los fondos propios. Era, de nuevo, la reaparición de la interpretación económica. El problema de las participaciones preferentes estaba en un vacío mercantil y en la necesidad de las entidades financieras de acudir a recursos que no fueran capital pero computaran como recursos propios a efectos bancarios. Sin embargo, su utilización era criticada en tanto «La captación de recursos por esta vía era enormemente importante y preocupante, ya que no resultaba ni lógico ni ético que el sistema financiero español obtuviese sus recursos a través de filiales localizables en paraísos fiscales» (DELMÁS GONZÁLEZ, 2005, pág. 8). Pues bien, de haber prosperado el informe de la Fiscalía, las consecuencias podían haber sido catastróficas para las entidades financieras. Sin embargo, la Ley 19/2003 vino a solventar este problema, estableciendo un marco legal para el futuro, pero también con relación al pasado, disponiendo que el nuevo régimen se aplicaría también a las emisiones anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley. Por tanto, se emitió una norma retroactiva para evitar perjuicios a estas entidades. Esto ha hecho que FERNÁNDEZ DEL POZO (2005, pág. 46) haya señalado que «Los que quieren ser cínicos pueden encontrar argumentos para defender que hubo amnistía fiscal en la regulación de las preferentes».

Bibliografía

- AA.VV. [2003]: *Comentarios al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, (dirs.), CALAF AIXALA, PLAZA CANO y RAGUÉ SANTOS DE LA MADRID, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, [2004]: *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- ÁLVAREZ BARBEITO, P. [1999]: *Los rendimientos del capital en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Cedecs, Barcelona, 2.^a edición.
- [2000]: «Fiscalidad de las operaciones de cesión temporal de activos financieros», *Impuestos*, núm. 9, (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
 - [2006]: «La tributación del ahorro en el Proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Revista del Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. CEF, núms. 281-282.
- AMADOR FERNÁNDEZ, S. [2007]: «El nuevo Plan General de Contabilidad (Borrador de 2007)», *Revista del Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. CEF, núm. 289.
- BÁEZ MORENO, A. [2005]: *Normas contables e Impuesto sobre Sociedades*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- BAJO, M. y BACIGALUPO, S. [2001]: *Derecho Penal Económico*, Ceura, Madrid.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2008]: «Interpretación económica, Derecho contable e Impuesto sobre Sociedades. La reforma por venir», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 15/2007.
- CALVO GONZÁLEZ, J. [2007]: «Certeza jurídica e ignorancia del Derecho», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 719.
- CALVO VÉRGEZ, J. [2005]: «En torno a la pretendida calificación por la Comisión Europea del Fondo de Comercio Financiero de entidades no residentes regulado en el artículo 12.5 del TRLIS como ayuda de Estado», *Quincena Fiscal*, núm. 8.
- CARRASCO PERERA, A. [2007]: «"Sellos, árboles y animales en todo caso", o sobre el dispendio de cortar bosques para hacer el papel en que se escriben las leyes», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 731.
- CAZORLA PRIETO, L.M. y BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2007]: «Participaciones preferentes», en AA.VV. *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Universidad San Pablo CEU-Dykinson, Madrid.
- CHOLÁN MONTALVO, J.A. [2004]: «Incidencia de la Nueva Ley General Tributaria en el Delito Fiscal», *La Ley*, núm. 5928.
- COMBARROS VILLANUEVA, M.E. [1984]: «La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica. (Algunas reflexiones a propósito del concepto de "propiedad económica" en el Impuesto sobre el Patrimonio)», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 44.
- CONTHE, M. [2008]: «¿Hay que ir con Notario al Corte Inglés?», Blog de *Expansión*, 20 de marzo de 2008 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- DE ASÍS ROIG, R. [1995]: *Jueces y Normas (La decisión judicial desde el Ordenamiento)*, Marcial Pons, Madrid.
- DE PABLO VARONA, C. [2006]: «El tratamiento en el IRPF de renta generada por la adquisición de acciones propias», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 13 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- DE TORRES ZAPATERA, M. [2002]: *Valores ocultos en las cuentas anuales. La fiabilidad de la información contable*, Civitas, Madrid.

- DELMÁS GONZÁLEZ, F.J. [2005]: *Comentario al Reglamento de obligaciones de información respecto de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidos por personas físicas residentes en la Unión Europea*, Documento de Trabajo del IEF 2/2005 (en la página web del IEF).
- ESTEBAN PAÚL, A. [2005]: *Fiscalidad de los productos financieros*, IEF, Madrid.
- FALCÓN Y TELLA, R. [1993]: «Interpretación económica y seguridad jurídica», *Crónica Tributaria*, núm. 68.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. [2005]: *Las participaciones preferentes. Un híbrido financiero supletorio del capital social*, Thomson-Civitas, Pamplona.
- FERREIRO LAPATZA, J.J. [1999]: «Los esquemas dogmáticos fundamentales del Derecho tributario», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 104.
- [2006]: «Simplificación; base imponible y renta empresarial», *Quincena Fiscal*, núm. 21 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- [2007]: «Resultado contable y base imponible. Deslegalización, autodeterminación y delito fiscal», *Quincena Fiscal*, núm. 8 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- FROSINI, V. [1995]: *La letra y el espíritu de la ley* (traducción de ALARCÓN CABRERA y LLANO ALONSO): Ariel, Barcelona.
- GARCÍA NOVOA, C. [2000]: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid.
- GARRETA SUCH, J.M. [2007]: *El Derecho contable en la Nueva Ley 16/2007. (Las cuentas anuales)*, Marcial Pons, Madrid.
- GÓMEZ BERMÚDEZ, J. [2006]: «Infracción tributaria y delito: el fraude de ley y otras conductas afines» en AA.VV. (dir. SOLER PASCUAL): *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de Administración. Actuar en nombre de otro*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- GONDRA ROMERO, J.M. [1991]: «Significación y función del principio de "imagen fiel" ("true and fair value") en el sistema del nuevo Derecho de balances» en AA.VV. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ GARCÍA, E. [1997]: *La interpretación de las Normas Tributarias*, Aranzadi, Pamplona.
- GONZÁLEZ-MENESES, M. [2007]: *Inversión en bienes tangibles y seguridad jurídica* en Ensayos de Actualidad, Notario del Siglo XXI (documento obtenido en soporte informático).
- GOROSPE OVIEDO, J.I. y HERERRA MOLINA, P.M. [2001]: «La interpretación favorable al contribuyente ante la oscuridad normativa», *Crónica Tributaria*, núm. 100.
- GOTA LOSADA, A. [2003]: *La base imponible del Impuesto sobre Sociedades*, Documentos de Trabajo del IEF, núm. 29 (en la página web del IEF).
- JABALERA RODRÍGUEZ, A. [2005]: «Los activos financieros en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: las rentas obtenidas por cesión a terceros de capitales propios» en AA.VV. *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, Lex Nova, Valladolid.
- LARENZ, K. [1994]: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducción RODRÍGUEZ MOLINERO), Ariel, Barcelona.
- MALVÁREZ PASCUAL, L.A. [2001]: «La función tributaria en el marco del Estado social y democrático de Derecho», *Revista Española de Derecho Financiero*, núms. 109-110.
- MALVÁREZ PASCUAL, L.A. y MARTÍN ZAMORA, P. [1998]: «El Impuesto sobre Sociedades. Régimen general», *Revista del Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, núm. 182, Madrid.

- MARÍN BENÍTEZ, G. [2004]: «La remuneración del socio de sociedades mercantiles: tratamiento fiscal del reparto de reservas realizado en el marco de la devolución de aportaciones al socio», *Revista del Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. CEF, núm. 256, Madrid.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D. [1996]: *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho tributario*, McGraw-Hill, Madrid, .
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. [2006]: «Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada. En particular, la posición y responsabilidad del auditor externo» en AA.VV. *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Tomo II, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- PALACIOS MANZANO, M. y VELA RÓDENAS, J.J. [2005]: «La contabilidad y el Impuesto sobre Sociedades ante los tribunales», *Crónica Tributaria*, núm. 117.
- PASTOR MUÑOZ, N. [2006]: «Algunos problemas interpretativos del artículo 290 del Código Penal a la luz de los casos de la Jurisprudencia», *La Ley*, núm. 6.547 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- PÉREZ ROYO, I. [1999]: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons.
- PONT CLEMENTE, J.F. [2006]: *La simulación en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. [2007]: Principio de seguridad jurídica y técnica normativa, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4 (documento obtenido por soporte informático sin paginación).
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. [2005]: Dictamen sobre *La naturaleza de la actividad de comercialización de sellos en el marco de un programa de inversión filatélica dirigida* de 13 de junio de 2005 (página web del diario *El Economista*).
- ROSEMBUJ, T. [2008]: «El abuso del derecho y la realidad económica», *Quincena Fiscal*, núm. 5 (documento obtenido en soporte informático sin paginación).
- RUIZ SANZ, M. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson.
- SAINZ DE BUJANDA, F. [1963]: *Hacienda y Derecho*, Tomo III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. [1998]: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ramón Areces, Madrid.
- SANZ GADEA, E. [2004]: *Impuesto sobre Sociedades (I). Comentarios y Casos Prácticos*, CEF, Madrid.
- VICENT CHULIA, F. [2000]: *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Tomo VIII. Las Cuentas Anuales de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid.
- [2006]: *Introducción al Derecho Mercantil*, 19.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, (documento obtenido por soporte informático sin paginación).
- VILARROIG MOYA, R. [1998]: *La tributación de las opciones financieras*, Aranzadi, Pamplona.
- ZORNOZA PÉREZ, J. [2000]: «La simulación en Derecho tributario» en AA.VV. *Los negocios anómalos ante el Derecho Tributario Español*, Boletín del ICAM, núm. 16.

AUTONOMÍA DE LA OBLIGACIÓN DE INGRESAR LAS RETENCIONES A CUENTA

(Comentario de las SSTs de 5 de marzo de 2008 y 27 de febrero de 2007,
Salas de lo Contencioso-Administrativo, recs. núms. 3499/2002 y 2400/2002,
respectivamente)*

MIGUEL WERT ORTEGA

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

CON fecha 5 de marzo de 2008 el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia sobre diversas cuestiones relacionadas con las retenciones a cuenta del IRPF (como el cómputo de las retribuciones variables para el cálculo de los porcentajes de retención aplicables o el momento al que hay que atender para el cómputo de las circunstancias familiares), de las que en este comentario vamos a tratar exclusivamente la referida a la exigencia por la Inspección a la entidad de mayores cuotas de retención sobre los rendimientos de trabajo abonados, consecuencia de una incorrecta aplicación de las reglas de cálculo, pero con la particularidad de que al tiempo de la comprobación los empleados retenidos ya habían presentado su declaración por el IRPF y efectuado su liquidación sobre los datos declarados por el retenedor, deduciéndose en consecuencia lo retenido e ingresado por este. La Inspección entendió que la circunstancia de que los empleados hubiesen liquidado ya su IRPF sin deducir la cuota adicional que se reclama al retenedor no afectaba a su exigencia de la diferencia de retención a la sociedad. Sin embargo, en la sentencia el Tribunal Supremo considera que no es procedente la liquidación de esa cuota diferencial a la entidad que en realidad ha sido ya ingresada por los empleados o retenidos en sus declaraciones del IRPF, por lo que estima el recurso y anula la liquidación de retenciones efectuada por la Inspección. Este comentario contaba ya con un precedente, pues la Sentencia de 27 de febrero de 2007 se había manifestado en los mismos términos.

Palabras clave: retenciones, procedimientos de comprobación tributaria y obligación de ingresar las retenciones a cuenta.

* Véase el texto íntegro de estas sentencias en las *Revistas de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 303, junio 2008, y núm. 291, junio 2007, o en *Normacef Fiscal* (NFJ028403 y NFJ025573).

Sumario

1. Los supuestos de hecho de las Sentencias de 5 de marzo de 2008 y 27 de febrero de 2007.
2. Naturaleza de la obligación de ingresar las retenciones.
 - 2.1. Configuración legal.
 - 2.2. Teorías sobre la naturaleza de la obligación.
 - 2.3. Naturaleza autónoma de la obligación.
3. Jurisprudencia y criterios de los Tribunales.
4. Fundamentos de las sentencias.
5. Soluciones propuestas por el Tribunal.
6. Conclusiones.

Con fecha 5 de marzo de 2008 el Tribunal Supremo (TS) (NFJ028403) ha dictado una sentencia sobre diversas cuestiones relacionadas con las retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) (como el cómputo de las retribuciones variables para el cálculo de los porcentajes de retención aplicables o el momento al que hay que atender para el cómputo de las circunstancias familiares), de las que en este comentario vamos a tratar exclusivamente la referida a la exigencia por la Inspección a la entidad de mayores cuotas de retención sobre los rendimientos de trabajo abonados, consecuencia de una incorrecta aplicación de las reglas de cálculo, pero con la particularidad de que al tiempo de la comprobación los empleados retenidos ya habían presentado su declaración por el IRPF y efectuado su liquidación sobre los datos declarados por el retenedor, deduciéndose en consecuencia lo retenido e ingresado por este. La Inspección entendió que la circunstancia de que los empleados hubiesen liquidado ya su IRPF sin deducir la cuota adicional que se reclama al retenedor no afectaba a su exigencia de la diferencia de retención a la sociedad. Sin embargo, en la sentencia, el TS considera que no es procedente la liquidación de esa cuota diferencial a la entidad que en realidad ha sido ya ingresada por los empleados o retenidos en sus declaraciones del IRPF, por lo que estima el recurso y anula la liquidación de retenciones efectuada por la Inspección.

Este pronunciamiento contaba ya con un precedente, pues la Sentencia de 27 de febrero de 2007 (NFJ025573) se había manifestado en los mismos términos, e incluso en ambas sentencias se hace referencia a otra dictada el 13 de noviembre de 1999 (NFJ009072), si bien en esta última las afirmaciones en esta línea tienen el carácter de *obiter dicta*, es decir, no constituyeron el fundamento del fallo y, por tanto, no se toman en cuenta para otorgarle el carácter de jurisprudencia. Contando, ahora ya sí, con dos pronunciamientos en el mismo sentido adquiere la naturaleza de jurisprudencia y, por tanto, este criterio interpretativo deberá ser tenido en cuenta en las decisiones de los tribunales inferiores.

La importancia de estas sentencias sobre los procedimientos de comprobación tributaria es indudable. En la medida que el criterio sentado por el TS se aplique, verificar si los retenedores han calculado e ingresado correctamente sus cuotas de retención tendrá más sentido si se realiza antes de que los retenidos presenten sus declaraciones del IRPF o del Impuesto sobre Sociedades (IS). En el caso de llevarse a cabo después será preciso comprobar si estos han presentado sus declaraciones por

dichos tributos y, en su caso, si han deducido únicamente lo retenido o, como autoriza la norma, «la cantidad que debió ser retenida». Si fuera lo primero estaríamos en el supuesto al que se refieren estas sentencias y, por tanto, aplicando su criterio, no podría exigirse la cuota adicional al retenedor. En cambio, ante la segunda hipótesis, obviamente, pero hasta el límite de lo deducido en su declaración por el retenido, se deberá liquidar al retenedor la diferencia de retenciones.

Por el contrario, la práctica seguida por la Administración tributaria hasta el momento, con el beneplácito de los tribunales, incluido el TS, basada en la autonomía e independencia de la obligación de ingresar las retenciones respecto a la obligación principal, era que el retenedor era, en todo caso, el responsable del cálculo erróneo y, por tanto, del ingreso incorrecto de la retención y le correspondía ingresar las mayores cuotas que resultasen de la comprobación, con independencia de que los retenidos hubieran deducido o no las retenciones que procedían.

1. LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LAS SENTENCIAS DE 5 DE MARZO DE 2008 Y 27 DE FEBRERO DE 2007

Los supuestos enjuiciados en las sentencias se caracterizaban por las siguientes notas:

- La Administración lleva a cabo la comprobación de unas entidades por las retenciones aplicables a las retribuciones abonadas a los trabajadores en la que se constata que las declaraciones son correctas en cuanto a la base de retención, es decir, no se acreditó que las retribuciones fueran distintas de las declaradas, pero por una incorrecta aplicación de las normas de cálculo de las retenciones se retuvo a los trabajadores y, en consecuencia, se ingresó por ese concepto una cantidad inferior a la procedente por estricta aplicación de esas normas de cálculo.
- Al tiempo de la comprobación se da la circunstancia de que los empleados a los que afectan las retenciones no ingresadas han presentado sus declaraciones del IRPF en las que se consigna como base de los rendimientos la misma cantidad declarada por el retenedor, y que la comprobación considera correcta, y como deducción en concepto de retención también la misma cantidad retenida e ingresada por la entidad que abona los rendimientos.

El TS estima que no cabe la exigencia de la cuota adicional a la entidad retenedora por infracción de los principios de enriquecimiento sin causa y de prohibición de la doble imposición. El enriquecimiento sin causa, se dice en la sentencia, se produce porque en la cuota de los sujetos pasivos correspondiente a su deuda tributaria ya ha sido cobrada la retención no practicada, por lo que de la exigencia de la retención al retenedor resultaría que la Administración habría recibido una doble retención.

Es innegable que, si no se pone un elemento corrector, exigir la cuota de retención sin que el empleado deduzca ese mayor pago a cuenta representa un supuesto de doble imposición. Lo que ocurre es que, como vamos a ver más adelante, en todo este largo tiempo en el que se ha llevado a

la práctica por la Inspección, con el visto bueno de los tribunales, la exigencia a los retenedores de las cuotas en estos supuestos, lo que se reconocía es el derecho de los retenidos de solicitar la devolución de la cuota que por exceso hubieran ingresado en su autoliquidación del impuesto directo correspondiente.

El principal argumento de estas sentencias para abandonar la línea seguida hasta ahora es que la naturaleza autónoma de la obligación de retener, que es el argumento principal que se utiliza como fundamento de la exigencia de las retenciones, carece de virtualidad, en primer lugar, porque ya se ha liquidado la deuda principal, en segundo lugar, porque no hay discrepancia entre lo declarado por el retenedor y lo declarado por el contribuyente y, por último, porque la obligación principal se ha extinguido a conformidad de todos los intervinientes.

Así pues, el TS pone el foco de atención en la cuestión de la naturaleza de la obligación de ingreso de las retenciones y, en concreto, en el carácter autónomo de esta respecto a la obligación tributaria principal [el pago del IRPF, del IS o del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) del que constituye un pago a cuenta].

Por consiguiente, para centrar adecuadamente el análisis de las sentencias, parece necesario, en primer lugar, llevar a cabo un somero repaso de las características de la obligación de ingreso de las retenciones, sobre todo en lo que atañe a las relaciones entre dicha obligación a cuenta y la obligación principal a la que se vincula.

2. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE INGRESAR LAS RETENCIONES

2.1. Configuración legal.

Para exponer, a los efectos del análisis de estas sentencias, los aspectos más importantes de la configuración de las retenciones a cuenta en nuestro ordenamiento, conviene hacer un poco de historia sobre el proceso de implantación de esta institución y examinar por separado la evolución de su regulación específica en las normas propias de cada tributo y su regulación como institución en la Ley General Tributaria (LGT) y el resto de normas generales.

2.1.1. Regulación en las normas propias de cada tributo.

Las obligaciones de pago a cuenta de los impuestos directos que recaen sobre la renta surgieron con el carácter que tienen en la actualidad con la reforma del sistema tributario de 1978. Con anterioridad existían otros tributos de producto (Impuesto sobre la Renta del Trabajo Personal, Impuesto sobre la Renta del Capital, etc.) que tenían la consideración de impuestos a cuenta de los generales sobre la renta (Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto General sobre la Renta de

las Sociedades). La reforma de 1978 creó el IRPF y el IS y derogó los impuestos a cuenta de producto, estableciendo en su lugar un régimen de retenciones a cuenta de esos impuestos sobre la renta, que es el que permanece en la actualidad. En ese primer momento, los preceptos legales que regularon esta obligación fueron los artículos 10 y 36 de la Ley 44/1978, del IRPF, y 32 de la Ley 61/1978, del IS. De estas normas nos interesa destacar la previsión del artículo 36 de la Ley del IRPF, según el cual «las cantidades efectivamente satisfechas por los sujetos obligados a retener se entenderán percibidas en todo caso con deducción del importe de la retención correspondiente», lo que se conoció como elevación al íntegro, que fue definida como una presunción de rentas por la que el responsable de la falta de ingreso de las retenciones sería en todo caso el retenedor, de manera que el sujeto pasivo percceptor de las rentas debía declarar en su impuesto personal la retribución que resulta de sumar a lo percibido la cantidad que debía haberse retenido y, en consecuencia, deducir en concepto de retención la cantidad procedente, no la efectivamente retenida.

Las protestas de una parte de la doctrina y las advertencias de algunos tribunales sobre la corrección de la presunción de rentas e incluso sobre su constitucionalidad motivaron el cambio de la norma sobre elevación al íntegro en la Ley 18/1991, de manera que fuese aplicable «cuando no pudiera probarse la contraprestación íntegra devengada» (art. 98), por lo que se confirmó su carácter de presunción *iuris tantum*. Además, en esta misma disposición se incorporó a la ley la consecuencia de la elevación al íntegro respecto a la deducción por el sujeto pasivo de las retenciones: «En este caso se deducirá de la cuota, como retención a cuenta, la diferencia entre lo realmente percibido y el importe íntegro».

La siguiente reforma, llevada a cabo por la Ley 40/1998, continuó la misma regulación, si bien se introdujo una leve modificación que, a nuestro entender, puede tener influencia en la solución del caso planteado en las sentencias, y fue que matizó que la deducción de la cantidad que debió haberse retenido procede en el caso de que «la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por un importe inferior al debido, por causa imputable al retenedor u obligado a ingresar a cuenta», con lo que habría que entender que si la razón de que se haya retenido incorrectamente es del percceptor (por ejemplo, por comunicar mal los datos y circunstancias personales que determinan la retención a efectuar) o no imputable al retenedor, el preceptor tendrá derecho a deducir solo lo efectivamente retenido. Las posteriores modificaciones del régimen de retenciones no suponen cambios relevantes a efectos de la cuestión sobre la que discutimos.

2.1.2 Regulación en las normas tributarias generales.

En su nacimiento, como consecuencia de la falta de reconocimiento en la LGT, que data de 1963, simultánea, por tanto, a la imposición de producto, sin que fuese reformada en 1978 para adecuarla al nuevo esquema de imposición, se plantearon muchas incertidumbres sobre su naturaleza y la de sus elementos, principalmente, el sujeto pasivo. Se discutió si las retenciones constituían garantías, si generaban derechos de crédito o, en general, qué tipo de institución o figura jurídica explicaba su exigencia; si el obligado al pago de las retenciones era un sujeto pasivo, en calidad de sustituto, o se trataba más bien de un simple colaborador con la Hacienda Pública o una figura distinta no contemplada en ese momento en la LGT; el carácter de las cuotas retenidas, si constituían deuda tributaria o no; etc. Estos aspectos y otros más fueron objeto de un vivo debate doctrinal, fru-

to del cual se fueron corrigiendo en la normativa alguna de las deficiencias y lagunas que presentaba su regulación.

Poco a poco, consecuencia de la presión para adaptar la norma general tributaria a la nueva realidad, se fueron introduciendo modificaciones que trataban de reconocer la especialidad de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Así, en la modificación de la LGT por la Ley 10/1985, de 26 de abril, se incorporó dentro del régimen sancionador la figura del retenedor como posible sujeto infractor, lo cual supone su calificación como una figura distinta del sujeto pasivo, y consideró como infracción tributaria grave dejar de ingresar «las cantidades retenidas o que hubiera debido retener». El Reglamento General de Inspección Tributaria de 1986 otorgó carta de naturaleza al retenedor como elemento personal diferenciado del sujeto pasivo, distinguiendo ambos en la relación de obligados tributarios del artículo 24. También el Reglamento General de Recaudación de 1990 recoge esta misma clasificación de obligados tributarios. Por fin, la reforma de la LGT de 1995 dio el espaldarazo definitivo a la consideración independiente de la obligación de ingresar las retenciones con la inclusión dentro del concepto de deuda tributaria en el artículo 58 de las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener.

Por último, la nueva LGT de 2003, en el artículo 23, reconoce la obligación de realizar pagos a cuenta como uno de los tipos de obligaciones tributarias, distinta de la obligación principal, definiéndola descriptivamente, como la que «consiste en satisfacer un importe a la Administración tributaria por el obligado a realizar pagos fraccionados, por el retenedor o por el obligado a realizar ingresos a cuenta», y de manera expresa establece que «esta obligación tributaria tiene carácter autónomo respecto de la obligación tributaria principal». Por último, previene, lo cual tiene trascendencia sobre el asunto que tratamos, que «el contribuyente podrá deducir de la obligación tributaria principal el importe de los pagos a cuenta soportados, salvo que la ley propia de cada tributo establezca la posibilidad de deducir una cantidad distinta a dicho importe». Por tanto, con esta previsión da vía libre a que la deducción sea por cuantía distinta de la efectivamente retenida e ingresada y remite a la normativa del respectivo tributo para su concreción.

Por otro lado, la Ley 58/2003 aporta a la figura que estamos considerando las siguientes notas características:

- La considera como integrante de la deuda tributaria (art. 58). Como consecuencia de esta inclusión se confirma el carácter de obligación autónoma que se atribuía en el artículo 23.
- Define al retenedor en el artículo 37 como «la persona o entidad a quien la ley de cada tributo impone la obligación de detraer e ingresar en la Administración tributaria, con ocasión de los pagos que deba realizar a otros obligados tributarios, una parte de su importe a cuenta del tributo que corresponda a estos». Esta definición, a juicio de varios autores, indica que es algo distinto del sujeto pasivo, ya sea contribuyente o sustituto, definido este último en el artículo 36, apartado 3, como «el sujeto pasivo que, por imposición de la ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma». El retenedor, en cambio, no cumple la obligación principal, sino una distinta. No es sujeto pasivo según la LGT, sino un obligado tributario pero de una obligación propia.

- Contempla las relaciones entre el retenedor y el retenido, atribuyendo a las mismas naturaleza tributaria (art. 24 dentro de la Sección 2.^a de la «Obligación tributaria») y, consecuentemente, declara impugnables en vía económico-administrativa las actuaciones u omisiones de los particulares relativas a las obligaciones de practicar y soportar retenciones o ingresos a cuenta.

En definitiva, las características con las que la LGT define la obligación de realizar pagos a cuenta refuerzan su carácter de obligación tributaria autónoma e independiente de la obligación principal.

2.2. Teorías sobre la naturaleza de la obligación.

Aunque a efectos del comentario de estas sentencias lo más relevante en relación con la naturaleza de esta obligación sea profundizar en el examen de la autonomía de la obligación respecto a la obligación principal, no está de más, a título preliminar, señalar de manera concisa cuáles han sido las teorías esgrimidas por la doctrina para explicar la naturaleza de la obligación de ingresar las retenciones, principalmente porque en ellas subyacen ideas distintas sobre la vinculación que se genera entre ambas obligaciones y, en consecuencia, el grado de intensidad con el que se propugne la autonomía entre las mismas será distinto.

Siguiendo en este punto el excelente trabajo de GARCÍA CARACUEL ¹, las teorías principales que se han formulado sobre la naturaleza de las retenciones se pueden agrupar en las siguientes:

a) Pago anticipado o a cuenta de la obligación principal.

La retención constituiría un hito dentro del procedimiento de cumplimiento de la obligación de pago del tributo sobre el que se establece el IRPF, el IS o el IRNR, que consistiría en un pago anticipado referido a la futura obligación tributaria.

Esta posición, que explicaría de manera satisfactoria las retenciones de los antiguos impuestos de producto, porque en estos sí que se trataba de una retención definitiva con efectos solutorios respecto a la obligación principal, impuestos que son anteriores a la reforma de 1978 y, por tanto, al sistema de retenciones a cuenta, se ha abandonado porque las retenciones son pagos definitivos, pero de una obligación distinta y autónoma de la obligación principal. No se pueden entender como pagos anticipados de la obligación tributaria principal porque esta todavía no ha nacido cuando surge la obligación de pago de las retenciones.

b) Obligación cautelar.

Según los partidarios de esta teoría, la obligación de ingresar las retenciones se establece en garantía de una obligación futura e incierta. Presenta la ventaja frente a la anterior de que

¹ GARCÍA CARACUEL, M.: *La retención, el ingreso a cuenta y el pago fraccionado. Nuevas obligaciones tributarias en la Ley General Tributaria*, Aranzadi, 2006, págs. 123 y ss. Igualmente se puede encontrar un minucioso análisis de las teorías sobre la naturaleza de la obligación de ingresar las retenciones en COLLADO YURRITA, M.A.: *La retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 51 y ss.

reconoce dos obligaciones distintas aunque no son autónomas. Sin embargo, choca con la falta de autonomía respecto a la obligación principal y con el problema de que la obligación garantizada no existe cuando se exige el ingreso de la obligación cautelar y que para que funcione eficazmente como garantía, se tendría que producir el incumplimiento de la obligación garantizada.

c) Crédito de impuesto.

El cumplimiento de la obligación de ingreso de las retenciones representa un derecho de crédito que una vez nacida la obligación tributaria se compensará con la deuda, o bien, si esta no llega a nacer o lo hace por un menor importe que el ingresado por retenciones, dará derecho a la devolución. Desde este punto de vista tendrían la misma consideración que las cuotas de IVA soportado que dan derecho a deducción de las cuotas devengadas. Sin embargo, esta postura tampoco es asumida por la mayoría de la doctrina, porque el ingreso de la retención tendría que haberse realizado a título de pago a cuenta de la obligación principal, cosa que antes se ha descartado, si bien sí que se admite que cuando la liquidación de la obligación principal origina una devolución, las retenciones ingresadas sí que se transforman en derechos de crédito.

d) Tesis procedimentales.

Para otro sector doctrinal, las obligaciones de pago a cuenta se conciben como un instrumento diseñado para desarrollar el procedimiento impositivo. Para MARTÍN QUERALT ² hay un desdoblamiento del tributo en dos obligaciones distintas, una correspondiente a la retención por los rendimientos sujetos al régimen de retenciones, corriendo a cargo en todo caso del pagador de los mismos aun cuando no hubiera practicado la retención, y otra a cargo del sujeto pasivo del tributo por la diferencia entre la cuantía global del tributo y el importe procedente en concepto de retenciones.

e) Pago de tributos relacionados o conexiónados con la obligación tributaria principal.

Es la tesis de COLLADO YURRITA y de GARCÍA CARACUEL ³. Para estos autores, se trata de prestaciones pecuniarias a título de tributo, sin carácter definitivo en relación con la obligación principal del impuesto, pero sí respecto a ellas mismas y que se insertan en el sistema de aplicación de los impuestos directos sobre la renta.

Para COLLADO estas tesis avalarían el carácter autónomo de la obligación de realizar pagos a cuenta, pero sin desconocer la conexión de su presupuesto de hecho con el hecho imponible de la obligación tributaria principal, conexión que obliga a la adecuación de la prestación anticipada a la capacidad económica del realizador del hecho imponible. Y esto, sigue diciendo este autor, supone la escisión del tributo en dos obligaciones tributarias y contributivas distintas, cada una de las cuales seguirá sus propias vicisitudes, en materia de infracción, prescripción, etc.

² MARTÍN QUERALT, J.M., LOZANO SERRANO, C., CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J.M., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, pág. 312.

³ COLLADO YURRITA, M.A., *op. cit.*, págs. 69 y ss. GARCÍA CARACUEL, M., *op. cit.* págs. 141 y ss.

GARCÍA CARACUEL, partiendo de las opiniones de COLLADO, concluye que las obligaciones de pagos a cuenta constituyen auténticos tributos relacionados de forma instrumental con los impuestos directos sobre la renta (IRPF, IS e IRNR). Esta autora opina que esta teoría del tributo se integra con la del sustituto que defienden autores como FERREIRO y CALVO ORTEGA, ya que se trataría de tributos en los que el único responsable es el retenedor que sustituye al retenido o perceptor, que queda al margen de la relación obligatoria.

2.3. Naturaleza autónoma de la obligación.

Las distintas posturas que hemos visto sobre la naturaleza de la obligación de pago a cuenta, y más específicamente la obligación de ingreso de las retenciones a cuenta, tienen en común que, de una u otra manera, tratan de explicar la esencia de la institución en función de la naturaleza autónoma o independiente de esta obligación respecto a la obligación principal. Lo importante, a efectos del caso que estamos analizando, es estudiar en qué se traduce esa autonomía y cómo las vicisitudes de una pueden afectar a la otra.

La referencia a la autonomía de esta obligación del artículo 23 de la LGT significa que será exigible en todo caso, independientemente de lo que ocurra con la obligación principal. Un primer aspecto que destacan los autores ⁴ es que esta autonomía implica que cada obligación tiene su régimen jurídico propio, pues a la obligación de pago a cuenta no le es aplicable el régimen de la obligación principal, por ejemplo, en materia de devengo (en las retenciones se devenga cuando se pagan o son exigibles los rendimientos, mientras que en la obligación principal –IRPF o IS– se sitúa el último día del período) o en el tema de la prescripción, que en la obligación de ingresar las retenciones es independiente de la que corresponde a la obligación principal.

La autonomía de ambas obligaciones se fundamenta en que su objeto es distinto, en el impuesto sobre la renta respectivo (IRPF, IS) será la renta global, mientras que en las retenciones son rentas parciales, y en que los elementos objetivo, subjetivo y temporal son también distintos, lo que acarrea distintas consecuencias en el régimen jurídico aplicable. Así, constituye infracción independiente la omisión de retener e ingresar las retenciones, que no quedan resarcidas al pagar la deuda tributaria derivada del impuesto al finalizar el período ⁵.

La autonomía de la obligación de realizar pagos a cuenta también despliega sus efectos del lado del sujeto pasivo de la obligación principal, porque el hecho de que los rendimientos que obtenga estén sujetos a retención conlleva la atribución del derecho a deducir la retención procedente, independientemente de que esta se haya practicado o no, si bien este derecho está matizado en la normativa del IRPF, desde la Ley 40/1998, por la condición de que la falta de retención

⁴ MORIÉS JIMÉNEZ, M.T.: *La retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 277.

⁵ GARCÍA CARACUEL, *op. cit.*, pág. 98.

o que la retención hubiera sido por una cifra inferior a la debida sea imputable al retenedor (en la actualidad previsto así en el art. 99 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre) ⁶.

En este marco, dibujado así por la doctrina y ratificado por los tribunales, como veremos a continuación, se desenvuelven las relaciones entre las dos obligaciones, la relativa a las retenciones y la relativa a la obligación principal. Cuando más adelante analicemos los argumentos empleados por las sentencias del TS, podremos valorar en qué medida se pueden ver alteradas las características y consecuencias indicadas.

3. JURISPRUDENCIA Y CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES

La jurisprudencia y el criterio de los tribunales mantenido hasta la fecha enfatizaban el carácter autónomo e independiente de las obligaciones de ingresar las retenciones respecto a la obligación principal, lo que significaba que cuando se ha examinado el caso por ser alegado por los retenedores, los tribunales han confirmado la exigencia de las retenciones a los retenedores, aunque los contribuyentes retenidos hubieran presentado sus declaraciones por el IRPF o el IS sin deducir esas cantidades exigidas a los retenedores.

En primer lugar, el propio TS acuñó sobre este particular una doctrina, que como se afirma en la Sentencia de 16 de diciembre de 1992 (NFJ002270), dictada en interés de ley, interpretando los artículos 10 y 36 de la Ley 44/1978, los mismos preceptos que interpretan las sentencias comentadas, reiterada en las Sentencias de 17 de mayo y 29 de septiembre de 1986, 16 de noviembre de 1987, 27 de mayo de 1988, 22 de febrero de 1989, etc., puede sintetizarse así:

«a) Los ya citados preceptos legales imponen dos obligaciones, una retener en concepto de pago a cuenta la cantidad que proceda, y, otra, ingresar su importe. De esta forma no es correcto suponer que la conducta ilícita que significa el incumplimiento de una obligación legal –retener– tenga poder liberatorio respecto de la otra –ingresar su importe– de suerte que ha de concluirse que la omisión del deber de retener o detraer no excusa del correlativo de ingresar.

Y es que, advierte la Sentencia de 27 de mayo de 1988, "pretender otra cosa es infringir el artículo 31 de la Constitución que proclama la obligación de los ciudadanos de contribuir al sosteni-

⁶ PÉREZ ROYO señala al respecto: «La obligación de retener nace de su propio presupuesto de hecho, que consiste en la realización de pagos comprendidos dentro de la categoría de sujetos a retención en la ley de cada uno de los tributos... La obligación es autónoma también porque corresponde a un sujeto diferente, aunque su pago aproveche al sujeto pasivo. El retenedor está obligado al pago, haya o no llevado a cabo de manera efectiva la retención sobre el sujeto pasivo. Así lo dice con claridad la Ley del IRPF (art. 101). Por lo que hace al sujeto que soporta la retención, este tendrá derecho a deducir en su declaración anual la cantidad retenida. Pero si, por causa imputable al retenedor no se hubiera practicado la retención o lo hubiera sido por cuantía inferior a la debida, el preceptor deducirá la cantidad que debió haber sido retenida (art. 101.5 párrafo 2 del TRLIRPF). Si, en cambio, la retención inferior a la debida fue imputable al propio preceptor, que facilitó de manera incorrecta los datos personales necesarios para calcular la retención, la cantidad a deducir será la efectivamente retenida» (PÉREZ ROYO, F: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Civitas, 2004, págs. 162 y ss.).

miento de las cargas públicas, e interpretar de forma verdaderamente singular las normas tributarias, imponiendo la obligación a quien realizó lo más –declaración y retención incorrecta por defecto– que a quien faltando a la totalidad de sus obligaciones, no realizó ni declaración ni retención alguna, e incluso dando así lugar a que, por cese en el trabajo de alguno de sus empleados, o incluso por fallecimiento, la Administración –y el resto de los ciudadanos– se vean perjudicados por una conducta solamente imputable a la empresa apelante que incumplió de modo absoluto sus deberes fiscales".

b) No cabe por otro lado entender que con la mencionada doctrina se produce la "doble imposición" señalada por la sentencia recurrida, ya que el sujeto pasivo ha de deducir de la cuota –art. 29 G), 4 de la Ley 44/1978 y hoy art. 83 de la nueva Ley 18/1991, de 6 de junio– el importe de las retenciones previstas en el artículo 36, precepto este que formula la presunción de que las cantidades efectivamente satisfechas por los sujetos obligados a retener se entenderán percibidas "en todo caso" –se haya hecho o no la retención– con deducción del importe de la retención correspondiente –no es necesario examinar aquí la nueva redacción del art. 98.2 de la Ley 18/1991–.

En la Sentencia de 25 de enero de 1999 (NFJ007398), el tribunal efectúa un extenso estudio del origen y evolución del régimen de retenciones a cuenta, de la discutida naturaleza de sus elementos, como la consideración o no de sustituto del contribuyente del obligado al pago y, en este sentido, destaca la diferenciación entre el hecho imponible de la obligación principal y los presupuestos de hecho de las retenciones.

La naturaleza autónoma de la obligación es confirmada en la Sentencia de 8 de mayo de 2000 (NFJ009720) ⁷ y en la de 12 de febrero de 2001 (NFJ010378), en la que se ratifica la procedencia de la elevación al íntegro establecida en el artículo 36 de la Ley 44/1978, matizada después por el artículo 98 de la Ley 18/1991, y al hilo de esto se califica como obligatoria para el contribuyente la deducción de la cantidad que debió haberse retenido ⁸.

⁷ En el Fundamento Jurídico tercero se señala: «Existía y existe, pues, una específica infracción para las faltas de ingreso, en cuanto aquí importa, de cantidades debidas retener y una ineludible obligación de realizar la retención para quienes, como la entidad recurrente, abonaran rendimientos del capital mobiliario a otras entidades que, a su vez, fueran sujetos pasivos del IS, obligación esta recogida en el artículo 32.2 de la Ley de dicho Impuesto aquí aplicable y ratificada por el artículo 253.1 de su Reglamento de 15 de octubre de 1982 y, además, obligación autónoma o independiente de su integración o cómputo en la cuota de la entidad o sociedad perceptora, esto es, independiente de que esta hubiere practicado la deducción que la ley mencionada preveía en su artículo 24.5 y la actual contempla en su artículo 39 a)».

⁸ En el Fundamento cuarto se dice: «Es cierto que, en la actual regulación y, en realidad, a partir de la nueva redacción dada al artículo 98 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, el principio general es el de que, como se ha visto, el perceptor de cantidades sobre las que deba retenerse a cuenta de este Impuesto computará aquellas por la contraprestación íntegra devengada, y cierto, también, que esta expresión, en principio, significa cómputo de su base de imposición en el IRPF según el importe íntegro de la renta que le hubiere sido efectivamente satisfecha. Pero no menos cierto que si tiene obligación de deducir en la cuota (el término "deducirá" no admite equívocos en este aspecto) la cantidad que debió ser retenida cuando el obligado a retener –el pagador de la renta– no hubiere cumplido con su obligación o lo hubiere hecho en cuantía inferior a la debida, la Hacienda se vería perjudicada si no pudiera incluir, en el cálculo de la base de la retención debida practicar por el pagador, la suma que el perceptor, en todo caso, está obligado a deducir. Y téngase presente que la elevación al íntegro para el obligado a retener que no cumplió su obligación no puede decirse afecta negativamente a la capacidad económica del perceptor de la renta, verdadero sujeto pasivo a título de contribuyente en el IRPF, puesto que o, en el peor de los casos, esto es, cuando no pueda probarse la contraprestación íntegra devengada y la Hacienda pueda presumir que coincide con la resultante de la elevación al íntegro, siempre deducirá de su cuota la suma debida retener, o, en el mejor de ellos, esto es, cuando sí se haya admitido o acreditado el importe de dicha contraprestación, también obligatoriamente practicará la deducción de la retención procedente».

Por último, la Sentencia de 27 de mayo de 2002 (NFJ013236), en la que se plantea el caso de cuotas descubiertas por la Inspección como consecuencia de la aplicación incorrecta de los tipos de retención, frente a lo que el retenedor alega que las retenciones que debió haber practicado, no habían causado perjuicio alguno a la Hacienda Pública «en la medida en que los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa han realizado sus declaraciones tributarias y efectuado los ingresos tributarios procedentes, acomodando sus declaraciones a las certificaciones expedidas por la empresa, la exigencia de las cantidades no retenidas por error origina un ingreso indebido» y que «las retenciones carecen de sentido cuando las correspondientes cuotas diferenciales por IRPF ya las incluyen», el TS insiste en la procedencia de exigir las cuotas de retenciones a pesar de esas circunstancias ⁹.

Pero, aparte de la doctrina del TS, otros tribunales se han pronunciado en el mismo sentido y merecen destacarse los fundamentos empleados por la Audiencia Nacional (AN) porque revelan una idea muy clara y consolidada de lo que la autonomía respecto a la obligación principal comporta sobre la exigencia al retenedor de retenciones no ingresadas: son procedentes las liquidaciones de retenciones al retenedor con independencia de que los contribuyentes hubiesen ingresado su cuota por la obligación principal sin deducir esas cantidades adicionales. Así, en la Sentencia de 30 de noviembre de 2006 (NFJ024789) se declara que «la retención a cuenta debe separarse de la futura obligación tributaria que con él se relaciona, dado que la obligación de practicar la retención y realizar el correspondiente ingreso supone una obligación autónoma que genera verdaderas deudas tributarias de carácter instrumental que se extinguen por el ingreso anticipado, surgidas, asimismo, de presupuestos de hecho diferentes al hecho imponible del tributo y cuyo objeto es precisamente el ingreso anticipado, si bien las cantidades ingresadas anticipadamente, se tendrán posteriormente en cuenta respecto de la obligación tributaria del impuesto de referencia, nacida de la realización del hecho imponible y a cargo del sujeto pasivo».

⁹ En el Fundamento Jurídico quinto se afirma: «El caso de autos corresponde al grupo de "devoluciones de oficio", si bien se distingue de los más frecuentes en que las retenciones se exigen por la Administración tributaria, *ex post* al mecanismo normal de gestión tributaria del IRPF, porque tal exigencia frente al pagador-retenedor de las retenciones, en este caso, de trabajo personal, se produce después de que los perceptores hayan presentado sus declaraciones-autoliquidaciones, de modo que no se han podido restar dichas retenciones, ingresando las cuotas diferenciales, sin la deducción o resta de aquellas, incurriendo *prima facie* en una clara duplicidad respecto del procedente IRPF, porque en este caso se produce que la suma de las retenciones soportadas y deducidas, más la cuota diferencial ingresada, más las retenciones ingresadas posteriormente por el pagador, supera la cuota líquida del IRPF. Algo similar acontece si las declaraciones-autoliquidaciones son negativas, pues en ese caso las retenciones devueltas no comprenden las retenciones ingresadas posteriormente por el pagador de las retribuciones (retenedor).

Ahora bien, la cuestión no es pacífica, porque ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 36.1, último párrafo, de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, vigente en la fecha de autos y sus disposiciones de desarrollo; por ello esta Sala debe precisar que lo que se discute en este recurso de casación es la procedencia o no de las retenciones exigidas por la Administración tributaria a A..., S.A., que no había practicado por error en los tipos aplicados, actuación mediante las liquidaciones impugnadas que fue conforme a derecho, sin perjuicio como apuntó el Subsecretario de Economía y Hacienda en su resolución, de las posibles "devoluciones de oficio", cuestión esta sobre la que no puede pronunciarse la Sala, por ser ajena al presente recurso de casación.

Dicho de modo sencillo, las "devoluciones de oficio" no comportan *per se* la nulidad o anulabilidad de las liquidaciones, que dan lugar a ellas, que pueden ser perfectamente ajustadas a derecho, aunque impliquen un exceso de tributación, efecto este que se corrige precisamente mediante tales devoluciones de oficio.

La Sala declara que las liquidaciones practicadas a A..., S.A., como consecuencia de las actas de la Inspección Financiera y Tributaria, referidas en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, son conformes a derecho».

En las Sentencias de 6 y 26 de julio de 2006 (NFJ023992 y NFJ023575, respectivamente) y de 23 de febrero del mismo año (NFJ022186), la AN niega con rotundidad que pudiera hablarse de doble imposición, pues el sujeto retenido tiene derecho a deducir en su liquidación del IRPF la cuota que se le debió retener, es decir, tiene derecho a deducir lo que le exige la Administración al retenedor, sin perjuicio de la acción de regreso del retenedor contra el retenido¹⁰. También en las citadas sentencias, este tribunal argumenta contra la alegación de enriquecimiento injusto de la Administración porque es una obligación que se impone directamente al retenedor y cuya conducta no puede depender del comportamiento de la otra persona, y concluye que «La obligación de retener no está en función de si el contribuyente deduce o no en su autoliquidación lo que se le retuvo o lo que se le debió retener, sin perjuicio de que, si la Administración tributaria se dirige contra el retenedor por no haber retenido la cantidad correspondiente, este tiene acción de regreso contra el retenido».

En cuanto a los tribunales pertenecientes a otros niveles, también son abundantes los ejemplos de decisiones que siguen la misma línea de las antes citadas, pudiendo destacarse por la claridad y rotundidad con la que se expresa la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de julio de 2005 (NFJ021468)¹¹.

En la vía administrativa, igualmente son numerosas las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) que se manifiestan en términos parecidos sobre el significado de la

¹⁰ En las sentencias se afirma: «La obligación de retener constituye una obligación autónoma y claramente diferenciada de la obligación de computar en la base imponible los ingresos sobre los que la retención se practique; su aplicación no supone doble imposición, pues la retención cumple la función de ser un pago a cuenta del ingreso personal del contribuyente, quien tiene derecho a deducir lo ingresado por el retenedor. La obligación de retener no está en función de si el contribuyente deduce o no en su autoliquidación lo que se le retuvo o lo que se le debió retener, sin perjuicio de que, si la Administración tributaria se dirige contra el retenedor por no haber retenido la cantidad correspondiente, este tiene acción de regreso contra el retenido... el ingreso anticipado ha de separarse de lo que propiamente constituye la futura obligación tributaria, produciendo efectos respecto del concreto vínculo entre la Administración tributaria y el obligado a efectuar tales ingresos, de modo que los mismos constituyen un verdadero pago de las obligaciones de ingresar las retenciones a cuenta o de realizar los pagos fraccionados; dicho de otra manera, tales obligaciones son verdaderas deudas tributarias de carácter instrumental que se extinguen por el ingreso anticipado surgidas, asimismo, de presupuestos de hecho diferentes al hecho imponible del tributo y cuyo objeto es justamente el ingreso anticipado. Así pues, ha de concluirse que en los tributos, como ocurre en este caso, en que se prevé la retención y el ingreso a cuenta o aquellos otros en que se regula el pago fraccionado, la prestación tributaria no se ingresa íntegramente a través del mecanismo ordinario de una obligación tributaria surgida de la realización del hecho imponible sino que constituyen unas obligaciones diferentes, surgidas de otros presupuestos de hecho cuyo objeto es el ingreso de una suma de dinero, sea a cargo del propio sujeto pasivo –en los pagos fraccionados– sea –como en el presente caso acontece, al encontramos ante un supuesto de retención– a cargo de un tercero. En ambos casos nos encontramos, a juicio de esta Sala, ante deudas tributarias, si bien esas cantidades ingresadas anticipadamente se tendrán posteriormente en cuenta respecto de la obligación tributaria principal surgida de la realización del hecho imponible y ya cargo del sujeto pasivo».

¹¹ En el Fundamento tercero se dice: «si el órgano de gestión detectó que la demandante había practicado retenciones (modelo 190) inferiores a las que correspondía de acuerdo con las retribuciones y situación familiar de aquellos dos directivos, al aplicar tipos de retención inferiores a los que correspondía conforme a las referidas circunstancias en la forma recogida en aquellas tablas reglamentarias, ya se concluye que la demandante no cumplió con la obligación en los términos exigidos por aquella normativa, esto es, ajustar las retenciones al porcentaje correspondiente en función de la cuantía de los rendimientos y las circunstancias personales del sujeto pasivo, no sirviendo de excusa para dicho cumplimiento el que las diferencias quedarían compensadas posteriormente en sede de las autoliquidaciones de cada sujeto pasivo, por cuanto a ese futuro no puede condicionarse la obligación previa que el pagador tiene de proceder a la retención y a su ingreso a disposición de la Hacienda Pública, que no puede verse privada de disponer de aquel anticipo, pues ha de insistirse en que dicha obligación es autónoma e independiente de la del sujeto pasivo, todo ello sin perjuicio de que proceda la oportuna devolución supuesto de que, como consecuencia de la exigencia posterior de esas retenciones por la Administración tributaria en relación con lo autoliquidado por el sujeto pasivo, se produzca un exceso de tributación».

autonomía de la obligación de retener. Se puede citar la Resolución de 19 de abril de 2007 (NFJ026611) sobre un supuesto de abono por vía judicial de la indemnización por despido de un trabajador e ingreso de la retención correspondiente, en la que el tribunal resuelve que no puede obtener la devolución de la mencionada retención como un ingreso indebido, siendo indiferente a estos efectos el hecho de que quien recibió los rendimientos sometidos a retención deduzca o no la misma en la correspondiente declaración del impuesto, ya que la obligación de retener es autónoma e independiente del hecho de que el perceptor dedujera o no en su declaración las retenciones y, en su caso, la entidad puede dirigirse al perceptor de los rendimientos por vía judicial, a los efectos de exigirle el reembolso de los pagos que ha efectuado en concepto de retención a cuenta de su retribución íntegra satisfecha por orden judicial¹². Otras Resoluciones sobre este tema son las de 7 de febrero de 2003 (NFJ014990) o de 12 de marzo de 1997 (NFJ005555).

Sin embargo, al tiempo de escribir este comentario se ha conocido que el TEAC ha dictado una Resolución de fecha 3 de abril de 2008 (NFJ028915) en la que aplica ya los nuevos criterios sostenidos por el TS. En relación con un supuesto en el que concurren las mismas circunstancias que en los enjuiciados por el TS (liquidación por retenciones a cuenta de rendimientos del trabajo satisfechos en los ejercicios 1997, 1998 y 1999 cuando los sujetos pasivos han presentado sus declaraciones por el IRPF), el TEAC señala que si bien es cierto que el criterio aplicado hasta ahora por el tribunal, basado en la autonomía de la obligación de retener, ha sido el de considerar procedente la liquidación de la cuota de retención no ingresada por el retenedor, esto debe ceder ante la nueva interpretación del TS sentada en la Sentencia de 27 de febrero de 2007 y, en consecuencia, teniendo en cuenta que la autonomía de la obligación tiene un límite en el enriquecimiento injusto de la Administración, en la medida que se haya producido un doble cobro de las retenciones y como la carga de la prueba de ese doble cobro compete a la Administración, se estiman las pretensiones del reclamante, por lo que se declara improcedente la exigencia de retenciones al retenedor cuando ya la deuda principal del sujeto pasivo haya sido declarada ante la Administración. Por otra parte, la resolución recuerda que en aplicación

¹² La resolución manifiesta: «En consecuencia, no puede hacerse depender la exigencia de la obligación de retener del hecho de que el contribuyente –perceptor de las cantidades pagadas por la reclamante– dedujera o no, al formular su autoliquidación, las cantidades que hubieran debido retenerse. Con ello trata el legislador de revestir al deber de retención de unas especiales garantías que, si bien no hacen perder a la retención su carácter esencial de cantidad a cuenta de la cuota que corresponda, refuerzan su exigibilidad. Conviene aclarar que este esquema de relación entre ambas obligaciones –a cargo del retenedor y del contribuyente– no implica enriquecimiento injusto para la Administración tributaria, porque en caso de exigir al retenedor las cantidades que el contribuyente no dedujo al practicar su autoliquidación, queda abierta la puerta para que este obtenga, con los requisitos legalmente establecidos, la devolución de lo que indebidamente hubiera debido ingresar; y recíprocamente, si el contribuyente dedujo en su autoliquidación la retención que debió hacerse y no se hizo, tampoco ello tiene por qué implicar irregularidad, anomalía o distorsión alguna de este esquema, porque la Administración, también con arreglo a los requisitos de aplicación, podrá exigir del retenedor la retención que procedía. Incluso el hecho de que haya podido prescribir el derecho de la Administración a regularizar la situación tributaria de los contribuyentes empleados no contradice los anteriores argumentos, sino que es pura consecuencia de la independencia o autonomía con que la ley configura ambas relaciones jurídico-tributarias. También puede ocurrir que el contribuyente deduzca en su autoliquidación unas retenciones que no han sido efectivamente ingresadas por el obligado a hacerlo y la Administración tributaria no pueda hacer efectivo su importe, por prescribir su derecho. En consecuencia, no cabe aceptar la tesis propugnada en el sentido de que debió tenerse en cuenta la cantidad de retenciones deducida por dichos empleados. Y finalmente, de lo dicho se deduce también que tampoco puede mantenerse que la exigencia de las retenciones al retenedor suponga gravarle con un impuesto autónomo que incide sobre la capacidad tributaria de otra persona distinta, al retenedor se le exige la cuota que debió retener». En conclusión, siendo el ingreso debido, no procede su devolución, pudiendo, en su caso, la entidad dirigirse al perceptor de los rendimientos por vía judicial, a los efectos de exigirle el reembolso de los pagos que ha efectuado en concepto de retención a cuenta de su retribución íntegra satisfecha por orden judicial. Como consecuencia de todo lo expuesto no procede la práctica de la prueba solicitada».

de lo señalado en la sentencia del TS se pueden exigir al retenedor los efectos perjudiciales que le haya producido a la Administración el hecho de que no se hayan practicado o se hayan practicado mal las retenciones, es decir, los intereses de demora y las sanciones que pueda merecer.

4. FUNDAMENTOS DE LAS SENTENCIAS

Ambas sentencias inician su argumentación afirmando que la naturaleza autónoma de la obligación de retener significa que «si el retenedor no retuvo, o retuvo de modo cuantitativamente insuficiente, está obligado a hacer el ingreso pertinente con independencia de lo que haya sucedido con el sujeto pasivo receptor de las rentas». Hasta aquí no introduce nada nuevo, confirmaría lo que siempre se ha entendido sobre la independencia entre las obligaciones que pesan sobre el pagador y el perceptor de las rentas. Sin embargo, a continuación señala que «La hipótesis que aquí se contempla supone coincidencia en el resultado de la retención entre lo hecho por el retenedor y el sujeto pasivo. El retenedor ha creído que ha practicado correctamente la retención. Por su parte, el sujeto pasivo no ha hecho uso de las facultades que el artículo 36 de la ley le confiere por entender que su actividad no estaba sujeta a retención».

En principio parece que en la sentencia se contraponen dos situaciones: primera, el desajuste entre lo que hizo el retenedor y lo que debió hacer, esto es, retuvo e ingresó menor importe del que correspondía y, segunda, la coincidencia entre el ingreso del retenedor y la deducción practicada por el sujeto pasivo. Pero, ambas hipótesis, en nuestra opinión, no son contrarias o excluyentes. Por un lado, porque si el retenedor retuvo e ingresó mal, el sujeto pasivo pudo haber deducido bien el importe ingresado por la retención o bien el que debió haberse retenido. Por otro lado, el hecho de que coincida lo declarado por el retenedor con lo que declara el sujeto pasivo no implica que el retenedor lo hubiera hecho necesariamente bien. Sin embargo, la sentencia obvia estas posibilidades y declara que en el caso resuelto los hechos escapan de las previsiones fácticas que contemplan los artículos 10 y 36 de la Ley 44/1978, «primero, porque la liquidación de la deuda principal ya se ha producido, lo que no sucede en las previsiones de los preceptos citados. En segundo lugar, porque ha existido coincidencia en los parámetros tomados en consideración tanto por el retenedor como por el retenido, lo que no ocurre en los textos mencionados que contemplan y se sustentan en la discrepancia de retenedor y sujeto pasivo sobre el *quantum* de dichos parámetros. Finalmente, y este punto es cardinal, la obligación principal se ha extinguido (al menos no consta discrepancias sobre ella) a conformidad de todos los intervinientes (retenedor, retenido y Administración)...».

La primera razón es una inferencia que el tribunal entiende implícita en la redacción de la norma, pero que no está dicho expresamente. Sobre la segunda ya hemos expresado nuestra opinión. La tercera supone una matización de la autonomía de la obligación de realizar pagos a cuenta respecto a la obligación principal, pues entiende que no hay razón para seguir sosteniendo la obligación de retener si la obligación principal se ha extinguido sin que se dejara de ingresar nada. Porque, y esto es lo principal, si se exigiera, si subsistiera la obligación de ingresar las retenciones después de cumplida la obligación principal, se produciría un supuesto de doble imposición.

Independientemente de esto, en la misma sentencia se menciona la forma de corregir esa doble imposición «que solo se podrá corregir exigiendo la empresa retenedora a sus empleados el reembolso

de las cuotas adicionales por el concepto de retenciones y, a su vez, los empleados deberían revisar sus declaraciones, deduciéndose estas cuotas adicionales por retención, lo cual daría lugar a las correspondientes devoluciones, con independencia de los consabidos problemas de prescripción, admisión o no por parte de los empleados del reembolso exigido, elevación al íntegro de las retribuciones, etc.». Esto es lo que hasta ahora se ha aceptado como solución al problema de doble imposición planteado: liquidar las retenciones y permitir a estos retenidos solicitar mediante la impugnación de sus autoliquidaciones la devolución del exceso del tributo satisfecho. Solución, por otra parte, que con independencia del juicio de eficacia que merezca, es la que se ha visto como la alternativa a la cuestión que estamos analizando más acorde con la regulación existente del cumplimiento de esta obligación.

En la STS de 27 de febrero de 2007 se llega a declarar que «la Administración pudo y debió probar que ese doble pago no se había producido. Pero en lugar de aducir y acreditar tal circunstancia (y dispone de medios para ello), ha preferido insistir en la naturaleza independiente de la obligación del retenedor, con respecto a la del sujeto pasivo, e hipertrofiar y desnaturalizar la obligación del retenedor». En términos similares se expresa la Sentencia de 5 de marzo de 2008.

En definitiva, para el TS la obligación de retener deja de existir cuando se ha cumplido la obligación principal, la obligación de la que depende o la obligación a la que garantiza, de manera que «el cumplimiento de la obligación principal determina la imposibilidad de exigir la cuota correspondiente a la retención».

5. SOLUCIONES PROPUESTAS POR EL TRIBUNAL

Por tanto, la decisión del TS, tanto en la Sentencia de 5 de marzo de 2008 como en la anterior de 27 de febrero de 2007, es la de estimar el recurso de las entidades retenedoras y anular la liquidación girada por la Inspección, basada en el cumplimiento de la obligación principal por los contribuyentes retenidos mediante el pago de la cuota del IRPF, que incluiría las cantidades exigidas a los retenedores. En opinión de este tribunal, no tiene sentido exigir la cantidad correspondiente a la retención, ya que implicaría un pago doble de la misma cuota.

Ahora bien, como tomar esa decisión sin más podría percibirse como una invitación a que los retenedores incumplan su obligación de realizar el pago de la retención que proceda, que no tendría consecuencias si esa falta de ingreso la corrige el contribuyente después en su obligación principal, el TS deja a salvo la posibilidad de que la Administración pueda exigir del retenedor «los efectos perjudiciales que para ella se hayan producido por el hecho de no haberse practicado, o haberse practicado mal, la retención» y se está refiriendo a los intereses y las sanciones que pudiera merecer.

Las sentencias no aclaran en qué consisten estas prestaciones. En primer lugar, respecto a los intereses de demora caben dos soluciones: la primera consistiría en respetar los intereses liquidados al retenedor por la Administración, es decir, los calculados sobre la cuota de retención a ingresar desde el vencimiento de la obligación de pago (por ejemplo, si es el cuarto trimestre del año 2007, desde el 20 de enero de 2008) hasta la fecha de pago de la liquidación que podría haber efectuado la Administración, solución que a nuestro modo de ver sería incongruente con el fallo de las sentencias, pues supon-

dría desconocer que el tribunal está considerando que el pago por el contribuyente de su cuota incluye esa cantidad que ingresó de menos el retenedor, con lo que el perjuicio económico solo existiría hasta que se produce el ingreso del contribuyente; o la segunda solución, más lógica y conforme con la sentencia, que consistiría en abonar solo el interés desde el vencimiento de la obligación de ingresar las retenciones hasta el ingreso de la cuota por el contribuyente del impuesto directo que corresponda (IRPF, IS o IRNR).

Otro planteamiento, puesto que en los términos en los que se expresan las sentencias lo que está ocurriendo es que el contribuyente está pagando lo que le correspondía al obligado tributario a ingresar las retenciones y si hacemos abstracción de quien paga, sería como un pago voluntario fuera de plazo, por lo que cabría preguntarse si no sería más apropiado exigir el recargo por ingreso extemporáneo del artículo 27 de la LGT, por referirse a situaciones similares. Evidentemente, tal solución tropezaría con problemas de encaje en la literalidad de la norma (el recargo se aplica a las autoliquidaciones fuera de plazo presentadas por los obligados tributarios voluntariamente, sin requerimiento previo, y aquí el ingreso no se refiere al mismo tipo de autoliquidación y se efectúa por un obligado distinto del que debe satisfacer el recargo), pero en realidad los mismos problemas plantearía la exigencia de intereses de demora.

Respecto a la sanción, tampoco se aclara en las sentencias qué tipo de infracción se entiende cometida por el retenedor y la sanción que le corresponde. Si no tuviéramos en cuenta la decisión del TS, la infracción sería la de dejar de ingresar la cuota de retención. Pero con la decisión tomada en las sentencias habría que cuestionarse si es razonable pensar que la conducta que se está juzgando ha sido la de dejar de ingresar. En principio, del retenedor sí, pero como la conducta del contribuyente sirve para dispensar al retenedor de su obligación, solo se ha dejado de ingresar esa cantidad por un tiempo, desde que se produjo el ingreso insuficiente del retenedor hasta que ingresa el contribuyente su cuota por el impuesto directo correspondiente. Por tanto, si entendemos que el contribuyente corrige la falta de ingreso, liberando al retenedor de cumplir su obligación, se podría hablar de una suerte de cumplimiento voluntario como causa de exclusión de la responsabilidad (art. 179.3 de la LGT).

Otra solución sería entender que el TS se está refiriendo a la sanción por incumplimiento de los deberes formales. Sería un supuesto encuadrable en la infracción prevista en el artículo 199 de la LGT (infracción tributaria por presentar incorrectamente autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico o contestaciones a requerimientos individualizados de información), considerando que el ingreso del contribuyente de la cuota de su impuesto personal regulariza la falta de ingreso de la retención, lo que determina que no exista perjuicio económico.

Ambas hipótesis serían soluciones forzadas, que encontrarían muchas dificultades para su admisión, principalmente su enfrentamiento con el principio de tipicidad, pues se trataría de conductas singulares no previstas de forma adecuada en la norma.

Por último, como colofón, las sentencias enuncian la que en opinión del tribunal sería la solución que evitaría los problemas de doble imposición: «llamar en los expedientes en los que se discuten las retenciones a los sujetos del IRPF, es decir, a los empleados, exigiéndoles a los que no declararon verazmente sus retribuciones no la cuota por retención sino la cuota diferencial pertinente, en la que estaría incluida la cuota que debió serles retenida, y los intereses correspondientes sobre las retenciones no practicadas y sobre la cuota diferencial descubierta».

Resulta difícil articular esta propuesta con la que acabamos de examinar sobre los intereses de demora y las sanciones. En primer lugar, las sentencias hablan de llamar a los sujetos pasivos, lo cual no sería estrictamente necesario, pues dada la capacidad actual de la Administración tributaria para procesar los datos de las declaraciones, se podrían confrontar los datos declarados por el retenedor con los declarados por los contribuyentes sin mayor dificultad y conocer así si existe la coincidencia que condiciona la aplicación del criterio de las sentencias y actuar en consecuencia. Y son precisamente estas actuaciones que propone el tribunal cuyo significado no alcanzamos del todo a comprender. Trata del caso de que los contribuyentes no hayan declarado verazmente la cuantía de sus retribuciones, por ejemplo, por no realizar la elevación al íntegro, y que como consecuencia de ello se obtenga una cuota diferencial que incluye las cantidades no retenidas por el retenedor y en ese caso el responsable es únicamente el sujeto pasivo, y no solamente de la cuota sino también de los intereses de demora. Aparentemente, con esta propuesta, el tribunal va más allá de lo que argumenta en la sentencia, pues aquí no hay coincidencia y, sin embargo, tampoco se aplica el artículo 36 de la Ley 44/1978. Además, se exigirían los intereses a este sujeto pasivo, en contradicción con lo indicado antes sobre la responsabilidad del retenedor por los intereses y las sanciones.

6. CONCLUSIONES

La tesis que defiende el TS se apoya en la evidencia de que la situación creada en el supuesto de que se exijan cuotas de retención adicionales al retenedor cuando los retenidos han liquidado su impuesto directo correspondiente sin deducir esas mayores retenciones representa un caso patente de doble imposición que es preciso evitar o corregir.

Sin embargo, el supuesto no es nuevo y ha tenido a lo largo de mucho tiempo una solución, que si bien no se puede calificar de práctica, cómoda u operativa, es la que se ha considerado más acorde con la regulación de estas instituciones en nuestro ordenamiento: exigir la cuota de retención al retenedor y los contribuyentes que soportan ahora más retención solicitan la devolución que resulte mediante impugnación de su autoliquidación del impuesto directo.

El TS, llevado por la pretensión de evitar la doble imposición de manera sencilla, prescindiendo de engorrosos procedimientos que plantean problemas no solo de incomodidad sino también de ejercicio de los derechos (prescripción, resistencia de los retenidos a aceptar el reembolso, etc.), ha facilitado una solución que significa, pese a que en las sentencias no se reconoce así, desmentir el carácter autónomo y no subordinado de la obligación de realizar pagos a cuenta.

Para fundamentar su criterio interpreta lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 44/1978 en el sentido de que la previsión que contenía se refería al supuesto de que no hubiese coincidencia entre lo declarado por el retenedor y el retenido. Pero, como indicamos anteriormente, consideramos que de esa disposición no se deduce que su aplicación exija divergencia entre lo realizado por uno y otro. La previsión de esa norma, pensamos, vale igual cuando retenedor y retenido declaran lo mismo que cuando declaran de forma diferente.

Además, el TS parte de la hipótesis de que el artículo 36 de la Ley 44/1978 contempla una opción para el sujeto pasivo, que puede deducir lo que se le ha retenido o lo que debería haberse retenido. Sin embargo, no está claro que la alternativa se establezca en términos opcionales para el sujeto pasivo. El propio TS ha entendido, en la Sentencia citada anteriormente de 8 de mayo de 2000 [en la que señalaba que «... Pero no menos cierto que si tiene obligación de deducir en la cuota (el término "deducirá" no admite equívocos en este aspecto) la cantidad que debió ser retenida cuando el obligado a retener —el pagador de la renta— no hubiere cumplido con su obligación o lo hubiere hecho en cuantía inferior a la debida...»], que la deducción de lo que debería haberse retenido es obligatoria, de manera que si deduce únicamente lo que le fue retenido, el sujeto pasivo lo está haciendo mal.

Por último, hay que advertir de que en el caso de que el retenedor no hubiese ingresado lo que le corresponde, la alternativa entre deducir lo efectivamente retenido o lo que debió haber sido retenido, en la normativa actual, y desde la Ley 40/1998, no depende de la voluntad del sujeto pasivo, sino de que cómo previene en la actualidad el artículo 99.5 de la Ley 35/2006, del IRPF (y con anterioridad los que regulaban esta obligación en las respectivas Leyes del IRPF) depende de quién sea el responsable de que no se hubiera practicado la retención o se hubiera hecho de manera insuficiente: si es el retenedor, tal circunstancia da derecho a deducir lo que procedía haber retenido, pero si es el retenido o no es el retenedor, será deducible únicamente lo efectivamente retenido.

Como conclusión final, se puede decir que estas sentencias, que al ser reiteradas crean jurisprudencia, pueden dar un vuelco importante a la forma de comprobar el cumplimiento de la obligación de los retenedores y limitar sustancialmente las posibilidades de exigencia de cuotas de retención no ingresadas. Pero hay que puntualizar que en los pronunciamientos se interpretan los artículos 10 y 36 de la Ley 44/1978, por lo que las modificaciones que se introdujeron por las leyes posteriores, primero con la Ley 18/1991, que incorporó la previsión, en relación con la presunción de rentas, del efecto que produce sobre el derecho de deducción [«En este caso se deducirá de la cuota, como retención a cuenta, la diferencia entre lo realmente percibido y el importe íntegro» (art. 98.dos)] y más tarde por la Ley 40/1998, en la que se aclararon en qué casos procede la deducción de lo efectivamente retenido y en cuáles de lo que debió haberse retenido pueden alterar las premisas en las que se basan las sentencias y, en consecuencia, no sería de aplicación lo sentado en las mismas. No obstante, no ha sido esta la opinión del TEAC expresada en la Resolución de 3 de abril de 2008, a la que previamente hicimos referencia, que considera que también bajo la vigencia de las Leyes 18/1991 y 40/1998 sería aplicable el mismo criterio del TS. En cualquier caso, habría que ponderar si la entrada en vigor de la Ley 58/2003, nueva LGT, en la medida que proclama en el artículo 23 la autonomía de la obligación como la característica esencial de estas obligaciones a cuenta, pueda representar un punto de inflexión que condicione la aplicación del criterio.

En todo caso, sí conviene advertir de que quedan fuera de discusión los casos en que existe discrepancia entre lo declarado por el retenedor y lo declarado por el sujeto pasivo, porque se descubran rendimientos no retenidos y no declarados por el sujeto pasivo en su impuesto personal o en los que exista discrepancia entre lo declarado por el retenedor y el retenido, en los que obviamente será exigible la cuota de retención al retenedor.

PROPIEDAD, CONTROL Y RESULTADOS DE LOS BANCOS ESPAÑOLES

MARCOS SANTAMARÍA MARISCAL

*Profesor colaborador indefinido. Departamento de
Economía y Administración de Empresas.
Universidad de Burgos*



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2008** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Eduardo BUENO CAMPOS, don Sotero AMADOR FERNÁNDEZ, don Manuel GARCÍA-AYUSO COVARSI, don Juan MONTERREY MAYORAL, don Javier ROMANO APARICIO y don Enrique VILLANUEVA GARCÍA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

EL objetivo del presente trabajo es analizar cómo la estructura de propiedad y control influye en la eficiencia y rentabilidad de los bancos españoles para el período 1996-2004. Nuestra investigación se enmarca en la literatura conocida como *law and finance* que encuentra en el marco legal e institucional de cada país la génesis del problema de gobierno corporativo. Utilizando la metodología de cadenas de propiedad los resultados muestran que el 97% de los bancos españoles cuenta con un accionista último de control. Por su parte, la estimación del modelo con datos de panel dinámicos evidencia una menor rentabilidad y eficiencia del banco cuanto mayores son los derechos de voto del accionista de control así como cuanto mayor es la divergencia entre estos y sus derechos de propiedad. El trabajo contrasta, asimismo, un efecto positivo sobre los resultados del banco derivado de la presencia de un segundo accionista de control así como de la existencia de accionistas minoritarios que ejerzan presión sobre el accionista último.

Palabras clave: banca comercial, enfoque *law and finance*, estructura de propiedad, eficiencia y pirámides.

Sumario

- 0. Introducción.
- 1. Algunos retazos de historia: el origen de la banca.
- 2. El problema de gobierno en banca a la luz del enfoque *law and finance*.
 - 2.1. La estructura de propiedad y el control piramidal en las entidades bancarias.
 - 2.2. El efecto de la estructura de propiedad y control sobre los resultados de la banca.
- 3. Muestra, fuentes de información y construcción de cadenas de control.
- 4. Modelo, variables y metodología.
- 5. Resultados del análisis descriptivo.
- 6. Resultados del análisis explicativo.
- 7. Conclusiones.

Bibliografía.

Anexos.

«... es siempre de la mayor importancia para nosotros dominar concienzudamente la historia económica de la época, el país o la industria, a veces incluso de la firma particular de que se trate, antes de establecer una deducción de cualquier tipo a partir del comportamiento de una serie de tiempo... La historia general... la historia de la economía, y muy en particular la historia de la industria no solamente son indispensables, sino que constituyen realmente la contribución más importante a la comprensión del problema que nos ocupa. Todos los otros materiales y los otros métodos teóricos le están subordinados, y son más que inútiles sin ellos.»

Joseph A. SCHUMPETER

Business Cycles, I, 13

0. INTRODUCCIÓN

La investigación acerca del gobierno de las entidades financieras parece seguir un paso, rezagada la estela que van trazando los trabajos de gobierno centrados en empresas no financieras. Sin embargo, este perezoso discurrir contrasta con el importante papel que los intermediarios financieros históricamente han desarrollado (y desarrollan) en la transformación y creación de activos financieros, en la gestión intertemporal de riesgos o en la producción y transmisión de información inherente a los procesos de transferencia de recursos monetarios entre agentes económicos (MERTON y BODIE, 2005). A este respecto, la literatura más reciente ha puesto de manifiesto que la adecuada provisión de estas funciones influye positivamente sobre el desarrollo económico de un país (LEVINE, 1998 y 2004a; ALLEN y GALE, 2001). Estas funciones, empero, pueden verse afectadas por la existencia de un problema de gobierno corporativo, esto es, de insuficientes mecanismos a través de los cuales los inversores externos puedan protegerse contra la expropiación de los internos (LA PORTA *et al.*, 2000).

La relevancia del problema de gobierno en la banca no ha pasado desapercibida al Comité de Supervisión Bancaria de BASILEA cuando en su informe acerca de la Mejora del Gobierno Corporativo en las Organizaciones Bancarias (2006) aduce que las insuficiencias en el gobierno corporativo pueden conducir a una quiebra bancaria que, de la mano del efecto contagio, puede acarrear importantes implicaciones macroeconómicas. Ciertamente, con estas pautas parece razonable augurar que las externalidades negativas asociadas a un mal gobierno corporativo sean *a priori* mucho más perjudiciales en empresas bancarias que en empresas no financieras lo que requiere abordar el estudio del problema de gobierno en banca, cuanto menos, con la misma intensidad que en estas últimas.

Y, en el marco de este problema de gobierno, la estructura de propiedad y control juega un papel clave. Tal y como el referido informe añade posteriormente «un buen gobierno corporativo puede verse obstaculizado cuando la estructura de propiedad del banco carece de transparencia o cuando no se aplican mecanismos de control o equilibrio de poderes para evitar actividades inapropiadas o la influencia de personal con información privilegiada o de accionistas mayoritarios» (pág. 4). En otras palabras, la opacidad respecto a la estructura de propiedad y control del banco facilita la extracción de beneficios privados por parte de partícipes internos, en especial, directivos y accionistas mayoritarios (CAPRIO y LEVINE, 2002). Unos beneficios privados que, en las entidades bancarias, se realizan en detrimento de los intereses no solo de los accionistas minoritarios sino también, y de manera muy especial, de los depositantes al ser estos los principales aportantes de recursos financieros.

Pero, aunque el análisis de la estructura de propiedad constituye un tema clásico a la hora de abordar el problema de gobierno corporativo, en los últimos años, el surgimiento del enfoque *law and finance*, vinculado con la utilización de la metodología de cadenas de control, ha revolucionado los resultados precedentes. Este enfoque establece un conjunto de relaciones causales que tienen su génesis en la consideración del entorno institucional como principal factor determinante del grado de protección y salvaguardia de los derechos legales de los inversores de un país. Este nivel de protección legal determina el grado de desarrollo de los mercados financieros del país, lo que incide en la configuración de las estructuras de propiedad y control de las entidades localizadas en el mismo. Esta cadena de relaciones causales culmina con la consideración de la estructura de propiedad y control como determinante del problema de gobierno corporativo: junto al tradicional problema de gobierno entre accionistas y directivos, que tiene su origen en estructuras de control dispersas, se *descubre* un segundo problema de gobierno entre el accionista mayoritario y los accionistas minoritarios derivado de la existencia de estructuras de control concentradas.

De esta manera, la estructura de propiedad cobra un gran protagonismo en aquellas economías, como la española, en las que la protección y salvaguardia de los derechos de propiedad no es tan sólida (LA PORTA *et al.*, 1998). La consecuencia de este fenómeno respecto a las entidades financieras es doble: por una parte el sector bancario se erige como piedra angular del sistema financiero frente a los mercados de capitales; y por otra parte, la propiedad del mismo se encuentra concentrada en manos de unos pocos accionistas de control. Pero, en nuestro país el papel de la estructura de propiedad y control en la banca cobra gran relevancia por dos razones adicionales. En primer lugar, porque una gran parte de las entidades bancarias que operan en España son no cotizadas¹, lo que incrementa la opacidad del sector y, al tiempo, la discrecionalidad de los accionistas de control; y en segundo lugar, por la importante participación de los bancos en el capital de las empresas no financieras de nuestro país (TEJERINA, 2006).

Por todo ello, parece cuanto menos sugerente esclarecer cuestiones tales como quién ejerce el control en estas entidades, a través de qué instrumentos o con cuántos derechos de propiedad mantiene dicho control con el fin de estudiar su efecto sobre los resultados de las entidades bancarias. El presente trabajo tiene como objetivo analizar la influencia de la estructura de propiedad y control, tanto en su dimensión cuantitativa (cuantía de derechos de propiedad y control) como cualitativa (naturaleza de los accionistas de control), sobre la eficiencia y rentabilidad de los bancos españoles para el período 1996-2004.

El estudio se estructura en tres grandes bloques desarrollados a partir de siete epígrafes diferentes. En un primer bloque se presenta el marco teórico de la investigación apoyado en la literatura *law and finance*. Así, en el primer epígrafe abordamos el origen de la banca desde un punto de vista histórico con el fin de determinar la importancia de las funciones que estas entidades desarrollan actualmente en la economía. En un segundo epígrafe definimos el problema de gobierno en banca al tiempo que planteamos un conjunto de hipótesis centradas en el efecto de la estructura de propiedad y control sobre los resultados de estas entidades. El segundo bloque se corresponde con la parte empírica del trabajo, en la que el epígrafe tercero presenta la muestra objeto de estudio y describe

¹ Del total de 70 bancos registrados en el Banco de España en diciembre de 2007 tan solo 14 cotizaban en Bolsa.

los pasos seguidos en la construcción de las cadenas de control de los bancos españoles; el epígrafe cuarto define el modelo así como la metodología utilizada para su contrastación; y los epígrafes quinto y sexto exponen los resultados del análisis descriptivo y explicativo respectivamente. El último bloque del trabajo se centra en presentar las conclusiones más relevantes de la investigación.

1. ALGUNOS RETAZOS DE HISTORIA: EL ORIGEN DE LA BANCA

Las primeras referencias a la existencia de una banca como tal se remontan a la Génova de los siglos XII y XIII. En esa época la denominación *bancherius* se reservaba exclusivamente a los cambistas de moneda. Su nombre deviene del hecho de que estos banqueros llevaban sus negocios sentados detrás de una mesa (*tabula*) o banco (*bancum*). Es por ello que los textos históricos se refieran al banco como la mesa que era guardada por el *bancherious* (De ROOVER, 1954). La primera función que desempeñaron estos bancos no fue la de tomar depósitos o prestar dinero, sino la de tasar y canjear las monedas procedentes de diferentes países y ciudades utilizadas para el pago de mercancías (TEICHOVA *et al.*, 1997; KOHN, 1999). Es decir, la existencia de asimetrías de información en el proceso de canje de monedas requirió la mediación de una tercera parte, un banquero-cambista, que redujera dichas asimetrías. Además, su surgimiento y expansión no fue fruto de la casualidad. Tras un período de atonía generalizada en el comercio europeo, el siglo XI conoció un auge de la actividad mercantil centrada en torno al Mediterráneo.

Los mercaderes itinerantes se relacionaban a través de las importantes ferias que se celebraban en la región francesa de Champagne (concretamente en las ciudades de Lagny, Bar, Provins y Troyes) que se extendían en el tiempo desde enero hasta octubre. El impacto de estas ferias en el desarrollo de las técnicas financieras fue clave. Como apunta KOHN (2001), en las transacciones locales la escasez de dinero en efectivo y los costes derivados de tasar las monedas en cada operación comercial incentivó la utilización del crédito entre los comerciantes de una misma comunidad. Las relaciones entre estos comerciantes locales se basaba en la confianza mutua y las transacciones se realizaban mediante anotaciones en sus libros de cuentas sin necesidad de acudir a una tercera parte. Sin embargo, esta práctica no era útil cuando se trataba de transacciones entre mercaderes venidos de otros países o ciudades, como ocurría en el caso de las ferias, donde la desconfianza mutua entorpecía la negociación. En estos casos, el comerciante depositaba su dinero en manos de uno de los banqueros de la feria que actuaba como intermediario para resolver tanto los problemas de *fidutia* como los posibles incumplimientos contractuales. El banquero medieval agrupaba el suficiente poder político, financiero y comercial de sus depositantes como para poder recuperar los préstamos concedidos (o descubiertos permitidos) en caso de incumplimiento (KINDLEBERGER, 1993). La forma institucional del banco permitía resolver estos problemas contractuales (RAJAN, 1998).

En cuanto a los contratos de depósito medievales, estos eran formalmente idénticos a los actuales, es decir, un depósito consistía en un derecho de deuda documentado mediante una anotación en el libro mayor del banquero, que era redimible en su totalidad o parcialmente bajo petición oral. Además era práctica común permitir descubiertos en las cuentas, lo que en definitiva suponía la concesión de crédito al comerciante. Tal y como relata GEOFFREY (1981), una vez que terminaba la feria comen-

zaban los pagos propiamente. Cada banquero sumaba los débitos y créditos de los distintos clientes y calculaba un único saldo pagadero, bien en efectivo o, a partir del siglo XIV, mediante letra de cambio. Los depósitos y las letras de cambio permitieron además eliminar parte del riesgo predatorio al que se enfrentaban los comerciantes en cada viaje al tiempo que se reducían los costes de transacción al tasar y valorar las monedas una única vez —cuando las depositaban en manos del banquero— y no en cada operación comercial. Solo era cuestión de tiempo que el depósito de monedas condujera al surgimiento de un sistema de pagos y compensaciones. Inicialmente, este sistema de pagos fue de ámbito local, es decir, entre bancos radicados en la misma ciudad, para lo cual cada banquero mantenía una cuenta abierta en el resto de bancos locales. Así, un cliente podía realizar pagos y transferencias a las cuentas de otros bancos de la misma ciudad sin recurrir al dinero en efectivo. El procedimiento se desarrollaba de modo que el cliente acudía a su banco con el acreedor y daba oralmente una orden para que fuera transferida una cantidad a la cuenta de este último. Pero la necesidad de transferir fondos entre comerciantes de distintas ciudades y países instó a los banqueros a buscar fórmulas alternativas a la orden oral. Y así surgió la letra de cambio que supuso una auténtica revolución en el comercio ya que permitió en la práctica el desarrollo de un mercado de préstamos evitando incurrir en el pecado de usura censurado por la Iglesia tanto católica como protestante ².

Esta red de pagos incentivó a los banqueros locales a expandir sus actividades y abrir agencias en los centros financieros más importantes. Hacia el 1300 las ferias de Champagne estaban ya en decadencia y el auge del comercio marítimo centró la actividad mercantil en torno a ciudades como Brujas, Amberes y, más tarde, Londres. Así, las cuatro grandes familias de banqueros de Florencia, los Bardi, los Peruzzi y los Acciaiuoli en el siglo XIV y los Médicis en el siglo XV, estuvieron presentes en todas ellas además de mantener oficinas en Florencia, París, Barcelona, Valencia, Mallorca, Aviñón, Venecia, Pisa, Génova, Sicilia, Nápoles y Chipre. La concentración en torno a estas ciudades de la actividad comercial y financiera determinó el nacimiento de las primeras Bolsas de comercio ³.

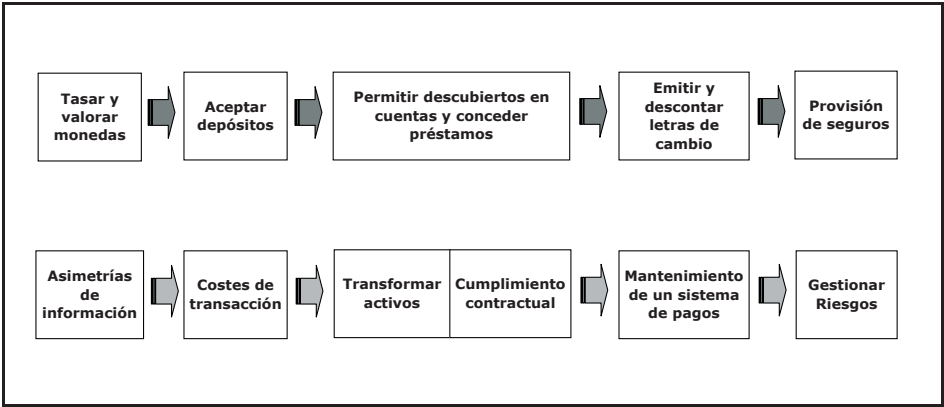
Por tanto, el negocio financiero de los primeros banqueros se basó, como apunta ABULAFIA (1997), no tanto en la toma de depósitos o en la concesión de créditos sino fundamentalmente en las comisiones por transferencias y tipos de cambio. Sin embargo, aunque la oferta de servicios financieros pueda aparentemente parecer reducida, estudios históricos nos muestran que también se llevaban a cabo, aunque con menor frecuencia, operaciones financieras con la finalidad de cubrir determinados riesgos.

Estos breves retazos de historia nos permiten corroborar que las funciones históricas descritas perviven actualmente a pesar de que no todas hayan mantenido la misma importancia a lo largo del tiempo (véase **gráfico 1**). Ha sido inevitable un proceso de evolución adaptativa a los factores históricos, económicos, legales y socioculturales del entorno en el que desarrollan su actividad. Ciertamente la tecnología, los servicios y productos ofertados han evolucionado, pero en esencia los intermediarios financieros continúan transformando activos, manteniendo y extendiendo redes de compensación y transferencia de dinero, reduciendo asimetrías de información, garantizando el cumplimiento de los contratos financieros y gestionando riesgos (MERTON y BODIE, 2005).

² Las comunicaciones en Europa eran tan lentas que incluso cuando la letra era pagadera a la vista transcurría un tiempo considerable hasta su pago (el necesario para que la letra viajara del lugar de emisión al lugar de pago) lo que en la práctica equivalía a la concesión de un préstamo.

³ La primera Bolsa de comercio en la que se negociaban letras de cambio surgió en la ciudad de Brujas, hacia el 1400, frente a la casa de la familia Van der Beurze, con lo que la institución lleva su nombre.

GRÁFICO 1. *Esquema evolutivo histórico de las funciones de las entidades bancarias.*



FUENTE: *Elaboración propia.*

Desde una perspectiva funcional, las entidades bancarias compiten con los mercados para proveer estas funciones dentro del sistema financiero de cada país. Una competencia que finalmente dirige el marco legal institucional. Así, mientras en los países con una alta salvaguardia de los derechos de propiedad son los mercados los protagonistas del sistema financiero, en los países con una menor protección de los mencionados derechos, las entidades bancarias tienen la hegemonía en la provisión de estas funciones.

2. EL PROBLEMA DE GOBIERNO EN BANCA A LA LUZ DEL ENFOQUE *LAW AND FINANCE*

El enfoque *law and finance* encuentra en el marco legal e institucional del país la génesis del problema de gobierno corporativo en una doble dimensión (LA PORTA *et al.*, 1998, 2000, 2002 y 2006; BECK *et al.*, 2001 y 2003; ROE, 2003; LEVINE, 2005). Por una parte, en aquellos países en donde las instituciones protegen de manera efectiva los derechos de propiedad (como sucede fundamentalmente en los países de tradición legal común ⁴), se está creando el adecuado incentivo para que los inversores inviertan en el capital de las empresas, se desarrollen los mercados financieros y la propiedad se disperse y distribuya entre una multitud de pequeños accionistas. De ahí que el problema de gobierno básico en estos entornos adopte una *dimensión vertical* consecuencia del tradicional conflicto de agencia entre los accionistas y los directivos de la entidad. Por otra parte, en aquellos países en donde el grado de protección y salvaguardia de derechos no es tan efectivo (tal y como sucede en los países de tradición legal civilista ⁵) la inversión se canaliza fundamentalmente a través de entidades finan-

⁴ Como países más representativos de esta tradición legal podríamos enumerar a Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Australia o Nueva Zelanda.

⁵ Análogamente, la tradición legal civilista engloba a países como Francia, España, Alemania, Italia, Holanda y la mayor parte de América Central y del Sur.

cieras al tiempo que la propiedad tiende a estar concentrada en manos de unos pocos accionistas como consecuencia del menor desarrollo de los mercados financieros. En este contexto, el problema de gobierno básico adopta una *dimensión horizontal* como resultado del conflicto de agencia entre el accionista mayoritario y una pléyade de accionistas minoritarios.

La investigación sobre el gobierno de la banca, si bien comparte la base conceptual aplicable a las empresas no financieras, presenta una serie de rasgos particulares derivados, en su mayor parte, de la propia naturaleza del negocio bancario. La literatura de referencia (PROWSE, 1997; ADAMS y MEHRAN, 2003; CAPRIO y LEVINE, 2002; MACEY y O'HARA, 2003; SALAS, 2003; DEVRIESE *et al.*, 2004; LEVINE, 2004b) resume de manera sintética estos rasgos en tres características diferenciales.

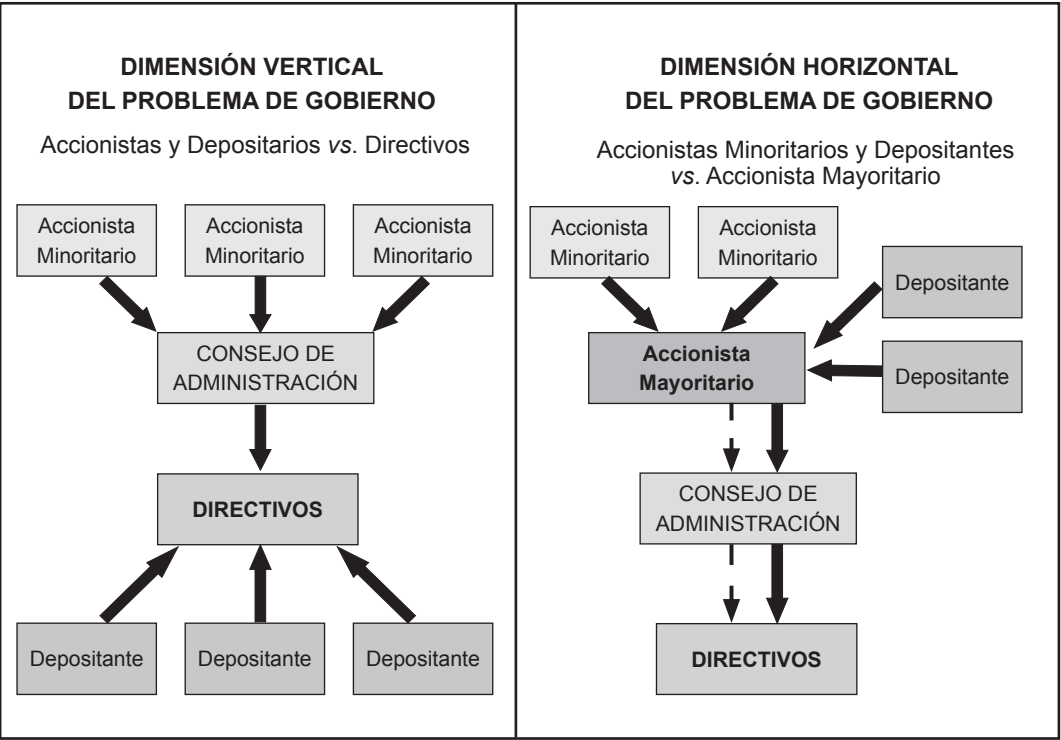
En primer lugar, las entidades financieras son, por lo general, más opacas a los ojos de los inversores externos al presentar un gran número de asimetrías de información. Entendiendo por opacidad la dificultad que tienen los partícipes externos para supervisar el comportamiento de los internos (LEVINE, 2004b) podemos aventurar que cuando la calidad de las inversiones crediticias no es observable fácilmente, el grado de ingeniería financiera es elevado, no existe un mercado de préstamos, la composición del riesgo de los activos puede alterarse más rápidamente que en la mayoría de las empresas no financieras, la principal consecuencia es que la expropiación de rentas a los partícipes por parte de los internos es más sencilla. Es decir, la opacidad hace más fácil y plausible para los directivos y accionistas mayoritarios manipular el consejo de administración y explotar los beneficios privados derivados del control ⁶ (CAPRIO y LEVINE, 2002). Pero la existencia de asimetrías de información en el sector bancario lleva consigo implicaciones adicionales. Entre ellas, (1) una mayor dificultad para que los accionistas y depositantes supervisen la labor de los directivos y/o el accionista mayoritario; (2) una menor probabilidad de tomas de control y, por tanto, un menor incentivo para mejorar la gestión, como consecuencia de la escasa información transmitida por la empresa a los mercados y (3) un mayor desconocimiento de los productos y servicios financieros que reduce el grado de competencia y conduce a posiciones monopolistas dado el peor funcionamiento del mercado de bienes y servicios.

En segundo lugar, mientras en las empresas no financieras los principales acreedores son a menudo entidades bancarias que juegan un papel clave a la hora de supervisar la actuación de la dirección o del accionista mayoritario, sin embargo, en las entidades financieras la figura del acreedor coincide con la del depositante. Estos depositantes, como en numerosas ocasiones ha señalado la literatura bancaria, carecen en general de la experiencia e incentivos suficientes para supervisar las actividades de la entidad bancaria. No tienen experiencia, porque se trata en su mayoría de economías domésticas que soportan importantes asimetrías de información. Y carecen de incentivos para controlar la actuación de los directivos y/o del accionista mayoritario, porque, por un lado, reciben una remuneración fija por sus depósitos y no tienen potestad sobre los derechos residuales económicos y, por otro lado, suelen presentar un problema de *free rider* al no existir depositantes lo suficientemente importantes como para

⁶ Siguiendo a COFFEE (2001) el concepto «beneficios privados de control» haría referencia «a todas aquellas vías través de las cuales aquellos que tienen el control de la empresa desvían a su favor beneficios que no comparten con el resto de accionistas, incluyendo (i) remuneraciones por encima del mercado, (ii) transacciones en su propio interés, (iii) información privilegiada y (iv) emisión de acciones con efecto dilución». No obstante, la definición más conocida, pero también más restrictiva, de este concepto fue acuñada por JOHNSON *et al.* (2000) cuando definieron el *tunnelling* como «la transferencia de recursos fuera de la compañía en beneficio del accionista controlador».

supervisar individualmente (FREIXAS y ROCHET, 1999; CAPRIO y LEVINE, 2002; DEVRIESE *et al.*, 2004). En este contexto, los depositantes son objetivo fácil para comportamientos expropiatorios, bien por parte de los directivos, bien por parte de los accionistas mayoritarios (véase **gráfico 2**).

GRÁFICO 2.



FUENTE: ROE (2003) y elaboración propia.

Y, en tercer lugar, e íntimamente ligada a la anterior, las entidades financieras presentan una estructura de capital con niveles de endeudamiento muy superiores a los de cualquier empresa no financiera. Como señalan MACEY y O'HARA (2003), los bancos habitualmente se financian en más de un 90% a través de deuda, un hecho insólito para una empresa industrial. Y la mayor parte de esa deuda toma la forma de depósitos bancarios. Esta situación genera un riesgo de insolvencia como consecuencia de la existencia de posibles pánicos bancarios (MACEY y O'HARA, 2003; SALAS, 2003). Es decir, mientras los recursos financieros del banco se encuentran en su mayor parte invertidos en activos ilíquidos, los depositantes pueden, sin embargo, exigir el reembolso de sus aportaciones en cualquier momento. Este *gap* financiero entre el pasivo (depósitos) y el activo (préstamos) del banco conlleva la existencia de un claro riesgo de insolvencia o iliquidez en el caso de que los depositantes decidan retirar sus fondos al mismo tiempo.

Las tres características enumeradas junto con las importantes externalidades negativas asociadas a las quiebras bancarias han conducido a que las entidades financieras se encuentren sometidas

a una regulación muy intensa lo que constituye en sí mismo un aspecto crucial para el gobierno de las mismas. El establecimiento de un seguro de depósitos que garantiza a cada depositante una cierta cantidad monetaria en caso de quiebra, la imposición de coeficientes mínimos de capital y solvencia, el establecimiento de restricciones en el mercado de control corporativo (fusiones y adquisiciones), a la creación de nuevas entidades y a la toma de participaciones significativas por parte de un inversor o la exigencia de honorabilidad comercial y profesional de estos accionistas con participaciones significativas son solo algunos ejemplos de medidas que, entre otros objetivos, tratan de minimizar los problemas inherentes al negocio bancario.

Pero, sea cual fuere la forma en que se instrumenta la regulación el hecho es que es indudable que afecta a los mecanismos de gobierno de los bancos, tanto en su eficacia como en su diseño. Ciertamente, la regulación bancaria no parece alterar las dimensiones básicas del problema de gobierno ya que el grado de protección de los derechos de propiedad sigue determinando la dimensión vertical y horizontal del problema en cada país, si bien se ha de incluir entre los partícipes con mayor riesgo de expropiación también a los depositantes. En este sentido, el estudio de CAPRIO *et al.* (2007) es muy revelador al concluir, para una muestra mundial de 244 bancos, que la regulación y supervisión bancarias no logran compensar los efectos expropiatorios que se detectan en países con escasa protección de los derechos de los inversores. En otras palabras, la regulación no modifica la dimensión del problema de gobierno. Es más, los autores encuentran asimismo que, de manera análoga a los resultados obtenidos para empresas no financieras (LA PORTA *et al.*, 2002), los países con bajos niveles de protección legal de los derechos de los inversores cuentan con entidades bancarias con menores valores de mercado.

No obstante lo anterior, la regulación bancaria sí parece modificar el grado de efectividad de los distintos mecanismos de gobierno. En este sentido, las restricciones antes enumeradas afectan no solo a la estructura de propiedad como mecanismo de gobierno sino también al mercado de control corporativo y, por extensión, al consejo de administración. Entre otras disposiciones, las restricciones a la toma de participaciones en el capital de una entidad, a los procesos de fusión y/o absorción, o al nombramiento de los miembros del consejo de administración son medidas que limitan la competencia (CAPRIO y LEVINE, 2002), debilitan el mercado de control corporativo (PROWSE, 1997b) y condicionan la composición de los consejos de administración (ADAMS y MEHRAN, 2005 y COOK *et al.*, 2004). Las mencionadas restricciones legales también dificultan la acumulación de derechos de control en manos de un único accionista impidiendo el funcionamiento como mecanismo de gobierno de la concentración de propiedad en el problema «directivos frente a accionistas y depositantes»; y en el conflicto «accionista mayoritario frente a accionistas minoritarios y depositantes», estas barreras a la entrada de nuevos accionistas permiten la consolidación del control ejercido por el accionista mayoritario preexistente.

Junto al efecto de la regulación sobre la efectividad de los mecanismos de gobierno, la literatura sobre banca también ha puesto de manifiesto la importancia de los fenómenos de sustitución y complementariedad en estas entidades. El grado de disciplina que el sistema de gobierno ejerce depende no solo de la efectividad de cada mecanismo tomado individualmente, sino del conjunto global de mecanismos que, interactuando entre sí, se complementan y/o sustituyen. Y esta efectividad está relacionada directamente con el problema de gobierno planteado como consecuencia del diferente marco legal e institucional del país. A este respecto, la evidencia empírica sobre los fenómenos de complementariedad y sustitución en banca permite extraer las siguientes conclusio-

nes. En primer lugar, parece demostrarse que la estructura de propiedad actúa como un mecanismo sustitutivo del consejo de administración (BOOTH *et al.*, 2002 y BELKHIR, 2005). Ciertamente este último resultado no es sorprendente si atendemos al enfoque *law and finance* y, por extensión, a los distintos problemas de gobierno evidenciados. En aquellos países en los que los inversores carecen de una fuerte protección legal de sus derechos y el problema de gobierno adopta una dimensión horizontal, el consejo de administración se torna poco eficiente a la hora de resolver este problema al estar controlado por el accionista de control. En estos casos, la estructura de propiedad adquiere un papel relevante como mecanismo mitigador del comportamiento oportunista de este accionista a través tanto de la acumulación de derechos de *cash flow* del propio accionista de control, como de la presencia de accionistas mayoritarios adicionales (CAPRIO *et al.*, 2007; MAURY y PAJUSTE, 2005). Y viceversa, en los países que cuentan con un marco legal e institucional que protege sólidamente los derechos de los inversores, el problema de gobierno atiende a un conflicto entre directivos y accionistas por lo que el consejo de administración se convierte en el principal mecanismo para minimizar la discrecionalidad directiva. Adicionalmente, y en este mismo sentido, el mercado de control corporativo será más activo y, por ende, más relevante para corregir comportamientos oportunistas en los países con un problema de gobierno de dimensión vertical. Por tanto, distintos problemas de gobierno conducen a distintos mecanismos de solución, prevaleciendo la estructura de propiedad y control en los países de tradición legal civilista, mientras el consejo de administración y el mercado de control corporativo actúan con mayor eficiencia en los países de tradición legal común.

En definitiva, podemos concluir que en las entidades financieras si bien no puede hablarse de problemas de gobierno esencialmente diferentes a los abordados para las empresas no financieras, sí es posible identificar divergencias en cuanto a la efectividad de los distintos mecanismos que persiguen su solución o minimización. Divergencias que tienen su origen tanto en la regulación bancaria como en el marco legal e institucional y que modifican de manera específica la efectividad de la tríada de mecanismos de gobierno claves en este sector, esto es, la estructura de propiedad, el mercado de control corporativo y el consejo de administración.

2.1. La estructura de propiedad y el control piramidal en las entidades bancarias.

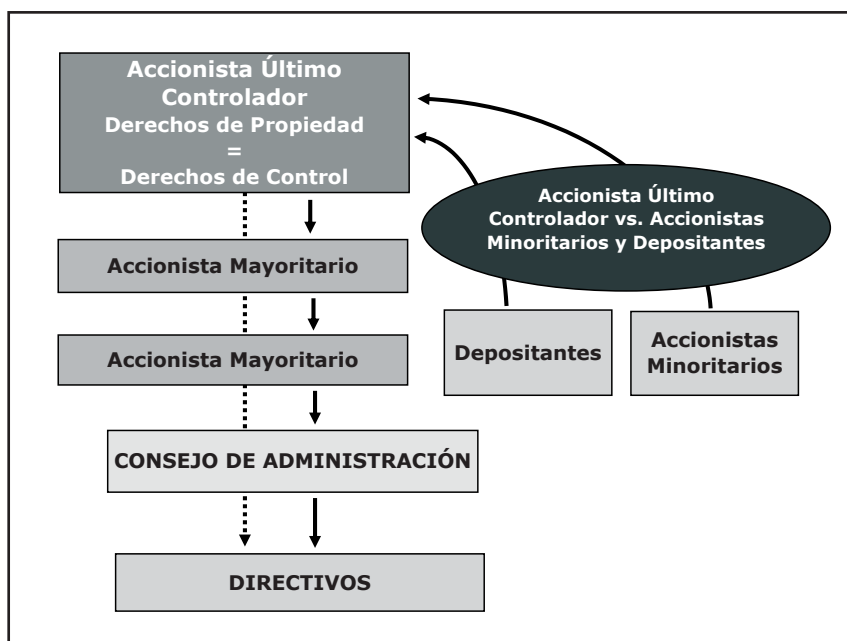
Si bien el efecto de la estructura de propiedad sobre el valor corporativo ha sido un tema recurrente en la literatura sobre gobierno (HANNAN y MAVINGA, 1980; GLASSMAN y RHOADES, 1980; AKELLA y GREEBAUM, 1988; ALLEN y CEBENOYAN, 1991; GORTON y ROSEN, 1995) en los últimos años el *redescubrimiento*⁷ de los instrumentos a través de los cuales los accionistas mayoritarios ejercen su control ha puesto en evidencia que la propiedad corporativa no es tan dispersa como en principio se creía. La utilización de acciones con diferentes derechos de voto, la creación de complejas estructuras piramidales o de participaciones cruzadas vulneran el conocido principio «una acción-un voto» (GROSSMAN y HART, 1988) y permiten a un accionista controlar *en la sombra* la sociedad mientras mantienen una participa-

⁷ *Redescubrimiento* porque, pese a que para algunos autores haya pasado inadvertido, el estudio de BERLE y MEANS (1932) puso ya el énfasis en que el 21% de las empresas estadounidenses eran controladas a través de instrumentos legales que permitían la diferenciación entre derechos de control y de propiedad —estructuras piramidales y acciones sin derechos de voto—.

ción limitada en su propiedad (BEBCHUCK *et al.*, 2000). Aunque la utilización de estos tres instrumentos se ha generalizado, no obstante, son las estructuras piramidales y las participaciones cruzadas las más extendidas alrededor del mundo (LA PORTA *et al.*, 1999; LEVINE, 2005). En este contexto, la «metodología de cadenas de control» se ha convertido en una herramienta muy útil a la hora de poner al descubierto estas estructuras piramidales lo que contribuye a esclarecer el estudio de los beneficios privados de control y sus efectos sobre el valor de la empresa. Es preciso aclarar que la *extracción de beneficios privados de control* no requiere de la existencia de estructuras piramidales al igual que la existencia de estructuras piramidales *per se* no implica expropiación de recursos. No obstante, la evidencia empírica parece demostrar que, en países con escasa protección legal, las pirámides constituyen el principal instrumento a través del cual los accionistas mayoritarios controlan la empresa y desvían recursos en su propio beneficio (CLAESSENS *et al.*, 2000; ALMEIDA y WOLFENZON, 2005; MORCK *et al.*, 2005).

La clave de la metodología de cadenas de control estriba en que cuando el primer accionista del banco es una sociedad, el análisis continúa con la identificación de los principales accionistas de esta última. Establecido previamente un porcentaje mínimo de derechos para considerar a un accionista como accionista controlador –habitualmente situado en el 10% o 20%– el objetivo consiste entonces en repetir este proceso de identificación a medida que se descende por la cadena de control hasta que se logra llegar al accionista último controlador, esto es, al accionista que realmente ejerce el control en la entidad (véase **gráfico 3**).

GRÁFICO 3. Dimensión horizontal del problema de gobierno con cadenas de control.



FUENTE: *Elaboración propia.*

La aplicación de esta metodología, estrechamente vinculada al surgimiento del enfoque *law and finance*, ha revolucionado los estudios sobre estructura de propiedad en una doble vertiente. Por una parte, ha puesto de manifiesto la hegemonía mundial del problema de gobierno corporativo de *dimensión horizontal* que parece tener como protagonistas incuestionables a las empresas familiares (véase **tabla 1**). Así lo demuestra el estudio de LA PORTA *et al.* (1999) cuando encuentra que el 76% de las grandes empresas de su muestra cuentan con un accionista que ostenta al menos un 10% de los derechos de control. En cuanto a la naturaleza de este accionista último, destacan las familias y las administraciones públicas como propietarias del 35% y el 20% de las empresas, respectivamente. Porcentajes parecidos obtienen los escasos estudios existentes centrados en entidades financieras (CAPRIO *et al.*, 2007). En este caso, los resultados son más sorprendentes dado que los trabajos precedentes no basados en la metodología de cadenas de control habían mostrado que la dispersión de propiedad en estas entidades era mayor que en las empresas no financieras (ALLEN y CEBENOYAN, 1991; PROWSE, 1995).

TABLA 1.

ACCIONISTAS DE CONTROL ALREDEDOR DEL MUNDO					
Comparativa a través de estudios que utilizan la metodología de cadenas de control					
Estudio	Muestra	Años	Último Propietario		
			Global	Familias	Admón.
LA PORTA <i>et al.</i> (1999)	Mundial (Grandes empresas)	1995	76%	35%	20%
	Mundial (Pequeñas empresas)		89%	53%	16%
CLAESSENS <i>et al.</i> (2000)	Este Asiático	1996	97%	67%	8%
FACCIO y LANG (2002)	Europa Occidental (empresas no fras.)	1999	64%	48%	5%
	Europa Occidental (empresas fras.)		60%	26%	3%
GADHOUM <i>et al.</i> (2005)	EEUU (empresas no fras.)	1996	60%	25%	0%
BARONTINI y CAPRIO (2006)	Europa Continental (empresas no fras.)	1999-2001	83%	53%	8%
CAPRIO <i>et al.</i> (2007)	Mundial (entidades financieras)	2001	70%	34%	14%
ESTUDIOS CON MUESTRAS DE EMPRESAS ESPAÑOLAS					
CAPRIO <i>et al.</i> (2007)	Submuestra Española (entidades financieras)	2001	80%	40%	10%
SANTANA y AGUIAR (2006)	España (empresas no fras. cotizadas)	1996-2002	88%	52%	2%

FUENTE: *Elaboración propia.*

Y, por otra parte, la metodología de cadenas de control no solo ha puesto al descubierto la existencia y naturaleza de los accionistas últimos que ejercen su poder a través de participaciones cruzadas y estructuras piramidales sino que adicionalmente ha introducido una nueva dimensión en el estudio de la estructura de propiedad al computar de manera individualizada los derechos de control (o derechos de voto) y los derechos de *cash flow* (o derechos de propiedad como tales) del mismo. Esta última aportación ha permitido resolver la tradicional controversia respecto a la influencia de la concentración de propiedad sobre el valor corporativo mostrando los diferentes efectos que sobre el mismo tiene la concentración de derechos de *cash flow* y de derechos de control.

2.2. El efecto de la estructura de propiedad y control sobre los resultados de la banca.

La literatura financiera referenciada en el apartado anterior ha aportado nueva luz al problema de gobierno corporativo. De esta manera, los resultados muestran que mientras los derechos de control son un buen indicador del grado de atrincheramiento del accionista último en el poder, los derechos de *cash flow* son, por el contrario, un indicador del grado en que el accionista último internaliza los costes de sus decisiones y, por ende, de su incentivo a no expropiar rentas. De ahí que el accionista último soporte en menor medida los costes de sus acciones cuantos mayores derechos de control ostente respecto a sus derechos de *cash flow*, por lo que la diferencia entre ambos derechos se convierte, a su vez, en un indicador de su incentivo a extraer beneficios privados. También la naturaleza del accionista último es un factor importante para caracterizar la estructura de propiedad de una empresa. En otras palabras, la estrategia, el comportamiento de la empresa y, por ende, sus resultados, varían dependiendo de si el principal accionista es una administración pública o una familia, entre otras posibilidades. Por último, los trabajos más recientes parecen contrastar que la existencia de más de un accionista de control reduce los beneficios privados asociados a la expropiación.

a) El grado de separación entre los derechos de control y de cash flow del último accionista.

Cuando los derechos de voto del último accionista exceden sus derechos de *cash flow*, este obtiene un control de la entidad superior al que le correspondería como consecuencia de su mera participación en la propiedad del banco. Esta discrepancia de derechos quiebra la regla «una acción, un voto» y anticipa un agravamiento del tradicional problema de gobierno accionista mayoritario-accionistas minoritarios (y depositantes) al contar el primero con el poder necesario para la toma de decisiones estratégicas en la empresa al tiempo que limita la responsabilidad que asume por dichas decisiones a unos derechos de *cash flow* de cuantía inferior a sus derechos de control. En esta situación la literatura financiera ha contrastado que cuanto mayor es la diferencia entre los derechos de *cash flow* y los derechos de voto del último accionista de control, mayores son los costes de agencia soportados por la entidad (BEBCHUCK *et al.*, 2000). Unos costes de agencia que encuentran fundamentalmente su origen en la extracción de beneficios privados por parte del accionista último y que, a la postre, conducirán a pérdidas en los niveles de eficiencia y rentabilidad de la entidad bancaria (CLAESSENS *et al.*, 2002; LINS, 2003; MAURY y PAJUSTE, 2005; LAEVEN y LEVINE, 2005; BARONTINI y CAPRIO, 2006; VILLALONGA y AMIT, 2006). Expuesto así, podemos proponer la siguiente hipótesis:

Hipótesis 1: *Cuanto mayor sea la diferencia entre los derechos de control y los derechos de cash flow del último accionista menores serán la rentabilidad y la eficiencia del banco.*

b) Los derechos de control en manos del último accionista.

A pesar de que la evidencia empírica acerca del efecto sobre el valor corporativo de la acumulación de derechos de control en manos del accionista último es escasa, los trabajos referenciados (CLAESSENS *et al.*, 2002; LINS, 2003) parecen contrastar la existencia de una relación negativa. En el ámbito

bancario, si bien el estudio de CAPRIO *et al.* (2007) no contrasta un efecto significativo al respecto, los autores tampoco ofrecen ninguna explicación de tal resultado. Por tanto, nuestro argumento básico entronca con la literatura anteriormente referenciada sobre estructura de propiedad y control para entidades no financieras tal que, la concentración de derechos de control incentiva el *atrincheramiento* del accionista último en su posición de poder, lo que conduce a un mayor riesgo de expropiación a accionistas minoritarios y depositantes a través de la extracción de beneficios privados de control. De esta manera, cuanto mayores sean los derechos de control del último accionista, mayor será su incentivo a expropiar y, como consecuencia, la rentabilidad y eficiencia del banco se verán negativamente afectadas. Por tanto, a la vista de lo expuesto podemos proponer la siguiente hipótesis:

Hipótesis 2: *Cuanto mayores sean los derechos de control en manos del último accionista menores serán la eficiencia y la rentabilidad del banco.*

c) La naturaleza del último accionista.

La literatura sobre estructura de propiedad ha señalado en numerosas ocasiones la importancia de la identidad del accionista de control, tanto en la configuración del problema de gobierno, como en su influencia sobre el valor corporativo (CLAESSENS *et al.*, 2002; MAURY y PAJUSTE, 2005; BARONTINI y CAPRIO, 2006; VILLALONGA y AMIT, 2006). En este sentido, los trabajos que han abordado esta dimensión *cualitativa* de la propiedad han centrado su atención, por su especial singularidad y relevancia, en las familias y las administraciones públicas como accionistas de control.

Los estudios anteriormente referenciados han mostrado la preponderancia mundial de las familias como accionistas últimos. Sin embargo, el efecto del control familiar sobre el valor del banco es una cuestión controvertida. La evidencia empírica al respecto no es, desde luego, unánime. Por una parte, razones como una mayor preocupación por la supervivencia de la entidad en la siguiente generación, un mayor interés por el mantenimiento de una reputación cara a terceras partes y un horizonte de inversión temporal guiado por el largo plazo inducen a considerar un efecto positivo sobre el valor corporativo (ANDERSON y REEB, 2003; MORCK y YEUNG, 2003). Pero, por otra parte, existe el riesgo de que la familia utilice su control para perseguir beneficios privados con el consiguiente efecto negativo sobre el valor de la entidad (LA PORTA *et al.*, 1999; FACCIO *et al.*, 2001; CLAESSENS *et al.*, 2002). Sin embargo, aunque la evidencia empírica es aparentemente contradictoria, parece contrastar la existencia de un efecto positivo de la familia como accionista de control en Estados Unidos (VILLALONGA y AMIT, 2006) y los países de Europa Continental (MAURY y PAJUSTE, 2005; BARONTINI y CAPRIO, 2006) frente al efecto negativo evidenciado en los países asiáticos (CLAESSENS *et al.*, 2002; YEH y WOIDTKE, 2005). Expuesto así, proponemos la siguiente hipótesis:

Hipótesis 3a: *Una familia como último accionista de control ejercerá una influencia positiva sobre la rentabilidad y la eficiencia del banco.*

La evidencia empírica respecto al efecto sobre el valor del banco de las administraciones públicas como accionistas de control es más homogénea al contrastar, casi unánimemente, la existencia de una influencia negativa (ALTUNBAS *et al.*, 2001; MICCO *et al.*, 2004; BERGER *et al.*, 2005). La con-

secución de intereses políticos induce a las administraciones públicas a tomar decisiones no guiadas por criterios de eficiencia económica lo que finalmente repercute de forma negativa sobre los resultados de la entidad bancaria. En palabras de LA PORTA *et al.* (2002), «*este tipo de propiedad politiza el proceso de asignación de recursos y reduce la eficiencia*». En consecuencia, podemos formular la siguiente hipótesis:

Hipótesis 3b: *Una administración pública como último accionista de control ejercerá una influencia negativa sobre la rentabilidad y la eficiencia del banco.*

d) Los derechos de cash flow del último accionista.

A medida que los derechos de *cash flow* del último accionista controlador aumentan, su incentivo a extraer beneficios privados disminuye. La justificación de esta proposición se basa en el argumento de que cuanto mayores sean los derechos de *cash flow* en manos del accionista controlador, *ceteris paribus* los derechos de control, más internalizará y soportará este los costes de sus acciones y, por ende, menor será su incentivo efectivo a expropiar (CLAESSENS *et al.*, 2002; LEMMON y LINS, 2003; LAEVEN y LEVINE, 2005; CAPRIO *et al.*, 2007). Al hilo de nuestra argumentación, podemos proponer la siguiente hipótesis:

Hipótesis 4: *Cuanto mayores sean los derechos de cash flow en manos del último accionista de control mayores serán la rentabilidad y la eficiencia del banco.*

e) La contestación al control del último accionista.

La literatura financiera ha demostrado que la expropiación a los accionistas minoritarios es menor en aquellas empresas en las que el control resulta más disputado (BLOCH y HEGE, 2001; EDWARDS y WEICHENRIEDER, 2004; MAURY y PAJUSTE, 2005). Como explican estos autores, cuando la posición del accionista mayoritario no es tan preeminente como para conseguir por sí solo el control de la empresa, cobra gran relevancia el concurso de otros accionistas, lo cual dificulta la discrecionalidad del principal accionista y reduce los beneficios privados a extraer. En este sentido, la evidencia empírica ha contrastado que el valor de la entidad aumenta con la presencia de un segundo accionista significativo (GUTIÉRREZ y TRIBÓ, 2004; DOIDGE *et al.*, 2005). Adicionalmente, la dispersión del control en manos de los accionistas minoritarios no significativos constituye también un factor relevante a la hora de contestar al accionista último (LAEVEN y LEVINE, 2005). De esta forma, cuanto mayor sea el poder de control que acumulen los accionistas minoritarios, más necesario será que el accionista último tenga en cuenta sus intereses al tomar decisiones, lo que incidirá positivamente sobre los resultados de la entidad bancaria. Expuesto así, podemos proponer las siguientes hipótesis:

Hipótesis 5a: *La presencia de un segundo accionista de control influirá positivamente sobre la rentabilidad y la eficiencia del banco.*

Hipótesis 5b: *Cuanto mayor sea el poder de voto de los accionistas minoritarios mayores serán la rentabilidad y la eficiencia del banco.*

3. MUESTRA, FUENTES DE INFORMACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE CADENAS DE CONTROL

Tal y como hemos venido apuntando, la investigación centra su análisis en los bancos españoles. Los trabajos enmarcados en el enfoque *law and finance* han constatado en nuestro país un problema de gobierno de dimensión horizontal por lo que la estructura de propiedad y control asume un protagonismo clave. Este protagonismo se acrecienta en el caso de las entidades bancarias no solo por las importantes funciones que desarrollan en el marco de nuestro sistema financiero sino también porque gran parte de las mismas no cotizan y, por tanto, su estructura de propiedad y control permanece oculta a los ojos de los depositantes.

Por ello, la población objeto de la presente investigación abarca la totalidad de los bancos comerciales operativos en España durante el período 1996-2004. Tomando como referencia de partida el registro oficial de entidades financieras del Banco de España, la base de datos ha quedado conformada por 583 observaciones correspondientes a un total de 80 entidades diferentes durante un período de nueve años.

Para construir las cadenas de control e identificar al último accionista de los bancos españoles hemos consultado múltiples fuentes de información. En primer lugar, hemos utilizado la información publicada por las propias entidades (financieras y no financieras), a través de sus memorias anuales y de sus webs. En segundo lugar, como fuente alternativa hemos recurrido a los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)⁸ para las entidades cotizadas españolas y sus homólogos extranjeros para las entidades cotizadas extranjeras (la Security Exchange Commission Estadounidense, el Conseil des Marchés Financiers Francés o la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa Italiana, etc.). En aquellos casos en los que no hemos podido obtener toda la información necesaria para completar las cadenas de propiedad acudimos a las bases de datos *Informa*, *SABI*, *BankScope* y *Amadeus* comercializadas por la empresa Bureau Van Dijk. En última instancia, agotadas las fuentes de información anteriores, consultamos la base de datos de información de prensa *Baratz*. Por su parte, la información económico-financiera se obtuvo de las memorias anuales publicadas por la Asociación Española de Banca.

La metodología utilizada en la construcción de las cadenas de control es la propuesta, entre otros, por LA PORTA *et al.* (1999) y CAPRIO *et al.* (2007). Estos autores consideran que una empresa tiene un último propietario cuando posee directa o indirectamente un porcentaje de derechos de voto superior a un nivel de control previamente establecido. Habitualmente, la literatura de empresas no financieras utiliza umbrales del 10 y el 20%. Sin embargo, puesto que la especial regulación de las entidades bancarias fomenta estructuras de propiedad más diluidas (que requieren de un menor porcentaje de derechos voto para su control) en nuestro estudio adoptamos un umbral mínimo del 5%. Adicionalmente, para considerar a un accionista de control como tal requerimos que esté representado en el consejo de administración de la sociedad. Intentamos de

⁸ Los registros de propiedad oficiales publicados por la CNMV no fueron considerados primera fuente de información en orden de preferencia debido a que detectamos numerosos errores y omisiones en los mismos.

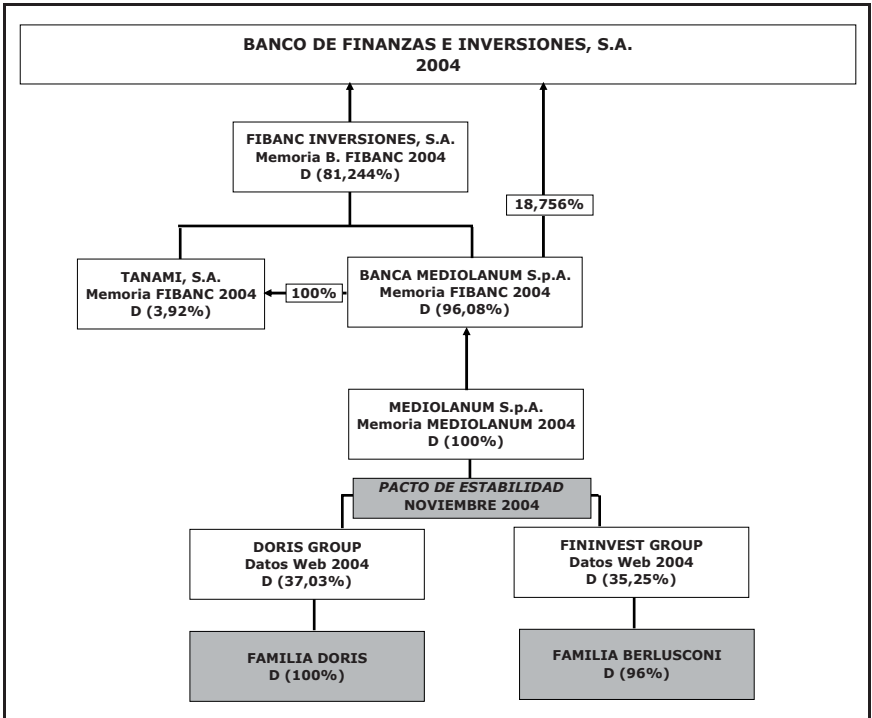
esta manera discernir entre los accionistas que ostentan participaciones con fines especulativos y de inversión, de los accionistas que mantienen inversiones con fines de control. En el caso de las entidades bancarias esta apreciación es especialmente relevante al participar en su accionariado numerosos fondos y bancos de inversión que, sin embargo, no suelen tener presencia en el consejo de administración.

Una vez construidas las cadenas de control, identificamos al último propietario y clasificamos los bancos en función de su naturaleza en los siguientes tipos (véase **tabla 1** del anexo): (1) *banco sin accionista de control*: si no existe último propietario; (2) *de propiedad familiar*: si existe último accionista controlador y se trata de un individuo o familia; (3) *de propiedad pública*: si el último propietario es una administración pública; (4) *banco de propiedad dispersa*: si el último propietario es un banco sin accionistas de control; (5) *cajas de ahorros*: si el último propietario es una caja de ahorros; (6) *cooperativas y mutualidades*: si el último accionista es una cooperativa o una entidad mutualista; (7) *sindicatura de accionistas*: si el último accionista es una sindicatura conformada por accionistas de distinta naturaleza e inscrita como tal en el registro correspondiente; (8) *entidad no financiera de propiedad dispersa*: si el último propietario es una empresa sin accionistas de control; (9) *misceláneo*: si el último accionista no pertenece a ninguna de las categorías anteriores (fundaciones, empleados, directivos, etc).

Un ejemplo: Banco de Finanzas e Inversiones:

Para ilustrar de manera práctica la metodología de cadenas proponemos a continuación el cálculo de los derechos de *cash flow* y de control del *Banco de Finanzas e Inversiones S.A.*, un pequeño banco español perteneciente a nuestra muestra (véase **gráfico 4**). Si consideramos en dicho banco solo los accionistas inmediatos o de primer nivel, concluiremos que el banco tiene dos propietarios: Fibanc Inversiones S.A. con el 81,2% del capital y Banca Mediolanum con el 18,75%. Pero si continuamos el análisis podemos observar que la empresa Fibanc Inversiones es propiedad al 100% de Banca Mediolanum S.p.A. (directamente e indirectamente a través de la empresa Tanami, S.A.). Descendiendo aún más por la cadena averiguamos que Mediolanum S.p.A. es la empresa que ostenta el 100% del capital de Banca Mediolanum. Y, culminado la cadena, encontramos que Doris Group y Fininvest Group –propiedad de la familia Doris y de la familia Berlusconi respectivamente–, controlan conjuntamente y mediante pacto de accionistas (de naturaleza familiar) el 72,28% del capital de Mediolanum S.p.A. Por tanto, podemos concluir que las familias Doris y Berlusconi son los accionistas últimos del *Banco de Finanzas e Inversiones*.

GRÁFICO 4.



FUENTE: *Elaboración propia.*

Para calcular los derechos de voto y de *cash flow* que ostentan conjuntamente ambas familias sobre el *Banco de Finanzas e Inversiones* es preciso identificar previamente el número de cadenas a través de las cuales ejercen dicho control. En nuestro caso diferenciamos dos: la primera sigue el recorrido familias Doris y Berlusconi → Mediolanum S.p.A. → Banca Mediolanum → *Banco de Finanzas e Inversiones*; la segunda cadena de control está conformada por el recorrido familias Doris y Berlusconi → Mediolanum S.p.A. → Banca Mediolanum → Fibanc Inversiones → *Banco de Finanzas e Inversiones*.

La literatura financiera en la que se enmarca esta metodología establece que los derechos de *cash flow* se calculan como el producto de los porcentajes de propiedad a lo largo de la cadena de control. En nuestro caso, la cuantía total de derechos de *cash flow* en manos de las dos familias asciende a 70,87%, esto es, el fruto de la suma del producto de las participaciones de propiedad de la cadena 1 [$13,29\% (70,87\% \times 100\% \times 18,756\%)$] y de la cadena 2 [$57,57\% [70,87\% \times 100\% \times (96,08\% + (100\% \times 3,92\%)) \times 81,244\%]$]. En términos más sencillos, si el *Banco de Finanzas e Inversiones* repartiera dividendos, las familias Doris y Berlusconi se harían con el 70,87% de los mismos.

Por su parte, los derechos de control de ambas familias ascienden conjuntamente al 100%. Las familias controlan las dos empresas que directamente poseen al *Banco de Finanzas e Inversiones S.A.* y sus derechos de control se calculan como la suma de 81,24% y el 18,76% que coinciden con los por-

centajes del primer eslabón de la cadena. Aunque parezca un contrasentido esta manera de computar los derechos de control recibe la denominación de *principio del último eslabón* (LA PORTA *et al.*, 1999; 2002; LAEVEN y LEVINE, 2005; CAPRIO *et al.*, 2007). En definitiva, según la metodología de cadenas de propiedad podemos concluir que las familias Doris y Berlusconi son los accionistas últimos del *Banco de Finanzas e Inversiones* el cual controlan con unos derechos de voto del 100% (18,756% + 81,244%) al tiempo que ostentan unos derechos de *cash flow* del 70,87% (13,29% + 57,57%).

4. MODELO, VARIABLES Y METODOLOGÍA

Atendiendo a las hipótesis planteadas, el modelo empírico objeto de contrastación puede expresarse de la siguiente manera:

$$\text{PERFORM}_{it} = \beta_0 + \beta_1 \text{RSEPD1}_{it} + \beta_2 \text{C1}_{it} + \beta_3 \text{FAMILY}_{it} + \beta_4 \text{ADMON}_{it} + \beta_5 \text{CF1}_{it} + \beta_6 \text{EX2ACTA}_{it} + \beta_7 \text{OCEAN}_{it} + \beta_8 \text{PRESTAT}_{it} + \beta_9 \text{PASFP}_{it} + \beta_{10} \text{LOGACT}_{it} + \varepsilon_{it}$$

donde el subíndice *i* identifica a la empresa, el subíndice *t* indica el período y ε_{it} es la perturbación aleatoria.

Las variables independientes (*RSEPD*, *C1*, *FAMILY*, *ADMON*, *CF1*, *EX2ACTA* y *OCEAN*) y de control utilizadas (*PRESTAT*, *PASFP* y *LOGACT*) han sido calculadas tal y como se recoge en la **tabla 2**.

TABLA 2. Definición de variables.

Nombre	Descripción	Autores
Hipótesis 1		
RSEPD1_{it}	Cociente entre el porcentaje de derechos de <i>cash flow</i> y el porcentaje de derechos de control en manos del último accionista de control	Faccio, Lang y Young (2001) Lins (2003) Laeven y Levine (2005) Yeh y Woitke (2005) Maury y Pajuste (2005) *
Hipótesis 2		
C1_{it}	Derechos de control en manos del último accionista	Claessens, Djankov, Fan y Lang (2002) Lins (2003) Doidge, Karolyi, Lins, Miller y Stulz (2005) Yeh y Woitke (2005) Caprio, Laeven y Levine (2007)
Hipótesis 3		
FAMILY_{it}	Variable <i>dummy</i> que toma valor uno si la naturaleza del último accionista es una familia y cero en caso contrario	Laeven y Levine (2005) Maury y Pajuste (2005) Barontini y Caprio (2006) Villalonga y Amit (2006) Caprio, Laeven y Levine (2007)
.../...		

.../...		
ADMON_{it}	Variable <i>dummy</i> que toma valor uno si la naturaleza del último accionista es una administración pública y cero en caso contrario	Micco, Panizza y Yañez (2004) Bonin, Hasan y Wachtel (2005) Berger, Clarke, Cull, Kappler y Udel (2005) Caprio, Laeven y Levine (2007)
Hipótesis 4		
CF1_{it}	Derechos de <i>cash flow</i> en manos del último accionista	Claessens, Djankov, Fan y Lang (2002) LLSV (2002) Maury y Pajuste (2005) Laeven y Levine (2005) Barontini y Caprio (2006) Caprio, Laeven y Levine (2007)
Hipótesis 5		
EX2ACTA_{it}	Variable <i>dummy</i> que toma valor 1 si solo existe un único accionista significativo (con más del 5% de los derechos de control) y 0 en caso contrario	Faccio, Lang y Young (2001) + Doidge, Karolyi, Lins, Miller y Stulz (2005) + Gutiérrez y Tribó (2004)+ Yeh y Woidtke (2005)
OCEAN_{it}	Índice de poder de voto Shapley-Milnor (1978) del conjunto de accionistas minoritarios para <i>juegos oceánicos</i> (<i>oceanic games</i>). Su valor está comprendido entre 0 y 1. A mayor valor mayor poder de voto de los accionistas minoritarios %.	Boubaker (2003) Laeven y Levine (2005)
Variables de Control		
PRESTAT_{it}	Cociente entre los préstamos concedidos y los activos totales de la entidad	Pi y Timme (1993) Berger y Mester (1997) Bonin, Hasan y Wachtel (2005)
PASFP_{it}	Cociente entre el pasivo total y los fondos propios del banco	Pastor (1996) Bonin, Hasan y Wachtel (2005) * Pi y Timme (1993) Das y Ghosh (2004)
LOGACT_{it}	Logaritmo neperiano de los activos totales del banco	Bonin, Hasan y Wachtel (2005) Doidge, Karolyi, Lins, Miller y Stultz (2005) Barontini y Caprio (2006)
*: El estudio utiliza la variable invertida. +: El estudio utiliza el porcentaje del 10% de derechos de control. %; Se considera accionista minoritario aquel que ostenta derechos de control inferiores al 5%.		

El cálculo de la variable dependiente (*PERFORM*) requiere, sin embargo, de una mayor atención ya que ha sido calculada de tres formas alternativas ⁹. En primer lugar, siguiendo el estudio de BERGER y MESTER (1997), hemos utilizado el cociente entre los costes totales y los activos totales de

⁹ La utilización de valores de mercado no fue posible dado que una gran parte de las entidades bancarias de la muestra no cotizaban en Bolsa.

la entidad (BERGER), tal que cuanto mayor es su valor, menor es la eficiencia del banco. En segundo lugar, hemos utilizado el cociente entre el beneficio neto y los activos totales de la entidad (*ROA*), conocido habitualmente como *Return On Assets* (PI y TIMME, 1993; DAS y GHOSH, 2004; BARONTINI y CAPRIO, 2006). En este caso, mayores valores de la variable *ROA* se corresponden con mayores rentabilidades.

Y, finalmente, hemos introducido una última variable de *performance* (*DEA*) que aproxima la eficiencia en costes del banco a través del cálculo de una determinada función de costes estimada mediante un método no paramétrico determinista denominado *DEA* (*Data Envelopment Analysis*) utilizado ampliamente en numerosos estudios sobre banca (FERRIER y LOVELL, 1990; MAUDOS *et al.*, 2000). El resultado es la construcción de una frontera eficiente conformada por los bancos más eficientes en costes que toman el valor 1. Estos bancos establecen la referencia para el resto de entidades, cuya eficiencia es comparada y medida en relación a la frontera creada. En este caso, mayores valores de la variable (comprendida entre 0 y 1) indican mayores niveles de eficiencia. Nuestro estudio sigue el trabajo de PASTOR (1996) para el cálculo de dicha frontera ¹⁰.

En cuanto a la metodología, nuestra base de datos combina observaciones de una misma empresa en distintos momentos, conformando un panel de datos y, por consiguiente, las estimaciones se han efectuado aplicando datos de panel con efectos dinámicos (ARELLANO y BOND, 1991). La estimación a través del Método Generalizado de Momentos (GMM) cuenta con dos ventajas fundamentales. En primer lugar, permite el adecuado tratamiento de la denominada heterogeneidad inobservable constante que hace referencia a aquellas particularidades específicas de cada empresa que se mantienen a lo largo del tiempo. Y, en segundo lugar, la metodología GMM permite resolver el problema de la endogeneidad, esto es, cuando algunas variables explicativas son a su vez explicadas por la variable dependiente. La estimación del modelo se ha llevado a cabo utilizando la metodología GMM en dos etapas con el paquete estadístico STATA 9.2.

5. RESULTADOS DEL ANÁLISIS DESCRIPTIVO

La **tabla 3** muestra los accionistas últimos de los bancos españoles aplicando la metodología de cadenas de control. Una primera aproximación a los datos expuestos permite apreciar que durante el período de tiempo objeto de estudio, por término medio, aproximadamente el 97% de los bancos españoles ha tenido un accionista de control último. Estos resultados apoyan nuestra proposición de partida tal que, en los bancos españoles, inmersos en una tradición legal civilista, el problema de gobierno latente entre, por un lado, el accionista de control y, por otro lado, los accionistas minoritarios y los depositantes, eclipsa al tradicional problema de gobierno entre accionistas y directivos.

¹⁰ Los *inputs* utilizados en nuestro estudio para calcular la eficiencia fueron el número de empleados (X1) y el activo inmovilizado (X2). El precio del *input* trabajo se obtuvo como la ratio entre los gastos de personal y el número de empleados, y el del factor capital, como el cociente entre los gastos generales y de amortizaciones divididos por el activo inmovilizado. Por su parte, los *outputs* considerados fueron el volumen de créditos concedidos por el banco (Y1), el total de depósitos recibidos (Y2), el número de oficinas (Y3) y el total de fondos invertidos en valores de renta fija, variable, en deuda del Estado así como en depósitos en bancos centrales (Y4).

TABLA 3. *Naturaleza del accionista último.*

	N. Obs	Porcentaje
Bancos sin accionista de control	19	3,26%
Bancos con accionista de control	564	96,74%
Total bancos	583	100,00%
Bancos con un segundo accionista de control	163	27,96%
Bancos cuyo accionista de control es un/una:		
Banco de propiedad dispersa	106	18,18%
Familia	150	25,73%
Caja de ahorros	66	11,32%
Administración pública	57	9,78%
Sindicatura de accionistas	65	11,15%
Cooperativa o mutualidad	60	10,29%
Empresa no financiera de propiedad dispersa	18	3,09%
Misceláneo	42	7,20%
Bancos totales	583	100%

El análisis en detalle de los accionistas identificados a través de la metodología de cadenas de control permite apreciar la existencia de naturalezas muy diversas, si bien las familias asumen el papel preponderante. Por término medio (datos agrupados), casi el 26% de los bancos españoles tienen a una familia como accionista de control. Destacan a continuación, en orden de importancia, las instituciones financieras, en concreto los bancos que tienen como accionista último a otro banco de propiedad dispersa (18%) y las cajas de ahorros (11%). Finalmente, con porcentajes ligeramente inferiores, se encuentran las sindicaturas de accionistas (11%), las cooperativas y mutualidades (10%), las administraciones públicas (10%) y, por último, las empresas no financieras de propiedad dispersa (3%).

Estos datos ponen de manifiesto la importancia en España de los bancos controlados por familias. Además, este resultado se sitúa en la misma línea que el obtenido por el estudio de CAPRIO *et al.* (2007) quienes, para su muestra de entidades bancarias españolas, encuentran que el 40% tiene como accionista de control a una familia. Asimismo, cabe destacar el papel significativo de las cajas de ahorros como accionistas de control de bancos. Ello viene a ratificar la importancia que estas instituciones tienen en el sector bancario español –en el que detentan en torno al 50% del mercado de préstamos y depósitos– operando no solo bajo su característica forma jurídica sino también como sociedades anónimas bancarias.

La **tabla 4** presenta los estadísticos descriptivos correspondientes a la acumulación de derechos de control y de *cash flow* del último accionista, a la ratio de separación entre ambos derechos así como al poder de voto de los accionistas minoritarios.

TABLA 4. *Estructura de propiedad y control.*

	C1	CF1	RSEPD1	OCEAN
Media	76,83%	45,39%	63,24%	0,11
Desviación típica	31,89%	39,77%	42,75%	0,23
Mínimo	5,14%	0,06%	0,14%	0,00
Máximo	100,00%	100,00%	152,90%	0,92

Si examinamos los datos expuestos en la tabla, podemos observar que existe un alto grado de concentración de la propiedad. Más del 45% de los derechos de *cash flow* de los bancos españoles se encuentra en manos de un accionista último de control. La concentración de los derechos de control es aún más elevada, aproximándose al 77%. Estos resultados a pesar de haber sido obtenidos utilizando un umbral de derechos de control del 5%, proporcionan valores significativamente superiores a los obtenidos por el estudio de CAPRIO *et al.* (2007)—un 17,9% para los derechos de *cash flow* y un 31,60% para los derechos de control—. Esta elevada concentración de derechos de control en manos del último accionista se relaciona directamente tanto con la inexistencia de un segundo accionista significativo en la mayor parte de los bancos (véase **tabla 3**), como con el reducido poder de voto correspondiente a los accionistas minoritarios (medido a través de la variable OCEAN en la **tabla 4**).

Asimismo, la **tabla 4** presenta los valores correspondientes al cociente entre los derechos de *cash flow* y los derechos de control del último accionista. Dicha ratio ha sido utilizada en numerosos estudios como una *proxy* del incentivo a expropiar. En este sentido, un mayor valor de la ratio se corresponde con un menor nivel de incentivo a expropiar. En otras palabras, un valor del 100% para esta ratio significaría que los derechos de control y de *cash flow* coinciden y, por tanto, no existiría incentivo a expropiar derivado de la separación de ambos derechos. Ello no implica, no obstante, la inexistencia de incentivo a expropiar por parte del accionista de control; tan solo que el incentivo es menor para este cuando sus derechos de control coinciden con sus derechos de *cash flow*.

El *gap* entre los derechos de control y de *cash flow* antes aludido tiene su reflejo en una relativamente baja ratio de separación de derechos, que se sitúa en el 63%. Este valor no difiere excesivamente del obtenido para la muestra de bancos españoles por CAPRIO *et al.* (2007) establecido en un 56,6%. Por tanto, en los bancos españoles el problema de gobierno entre el accionista último y los accionistas minoritarios y, por extensión, los depositantes, se agrava como consecuencia de la existencia de una importante divergencia entre sus derechos de *cash flow* y sus derechos de control. Esta divergencia, fruto de la utilización de estructuras piramidales, es consistente con la idea de que cuando la protección legal al inversor es escasa, como ocurre en España, el incentivo a desviar recursos por parte del accionista último es mayor (ALMEIDA y WOLFENZON, 2005). Todo ello nos permite aventurar la existencia de un alto riesgo de extracción de beneficios privados por parte del accionista último que tendrá su reflejo, entre otras variables financieras, en una menor rentabilidad y eficiencia de la entidad.

Como información adicional, la **tabla 2** del anexo muestra los estadísticos descriptivos de las variables dependientes que miden la rentabilidad y eficiencia bancarias así como de las variables de control incluidas en el modelo a contrastar.

6. RESULTADOS DEL ANÁLISIS EXPLICATIVO

Con el ánimo de controlar la existencia de posibles problemas de multicolinealidad presentamos en la **tabla 3** del anexo la matriz de correlaciones de las variables del modelo así como los resultados del test de multicolinealidad VIF (Variance Inflation Factor) correspondiente a las variables independientes. Este test indica el grado en que cada variable independiente es explicada por otras variables independientes y su interpretación es tal que valores cercanos a la unidad se asocian a un bajo índice de multicolinealidad (HAIR *et al.*, 2001). Como podemos apreciar, el valor medio del test para el modelo global se sitúa en un 4,67 señalando la existencia de un problema de multicolinealidad. Centrándonos en los valores individuales del test para cada variable, apreciamos que el problema (VIF mayor de dos) se establece entre las variables C1, RSEPD1, CF1, OCEAN y EX2ACTA. Estas tres últimas presentan unos coeficientes de correlación respecto a la variable C1 del 43%, -83% y -64%, respectivamente. Por su parte, la correlación entre la variable CF1 y RSEPD1 es también muy elevada al establecerse cerca del 73%. Esta es la razón por la que optamos por estimar dos modelos diferentes configurados a partir del modelo global presentado:

MODELO 1

$$\text{PERFORM}_{it} = \beta_0 + \beta_1 \text{RSEPD1}_{it} + \beta_2 \text{C1}_{it} + \beta_3 \text{FAMILY}_{it} + \beta_4 \text{ADMN}_{it} + \beta_5 \text{PRESTAT}_{it} + \beta_6 \text{PASFP}_{it} + \beta_7 \text{LOGACT}_{it} + \varepsilon_{it}$$

donde el subíndice i identifica a la empresa, el subíndice t indica el período y ε_{it} es la perturbación aleatoria.

MODELO 2

$$\text{PERFORM}_{it} = \beta_0 + \beta_1 \text{CF1}_{it} + \beta_2 \text{FAMILY}_{it} + \beta_3 \text{ADMN}_{it} + \beta_4 \text{EX2ACTA}_{it} + \beta_5 \text{OCEAN}_{it} + \beta_6 \text{PRESTAT}_{it} + \beta_7 \text{PASFP}_{it} + \beta_8 \text{LOGACT}_{it} + \varepsilon_{it}$$

donde el subíndice i identifica a la empresa, el subíndice t indica el período y ε_{it} es la perturbación aleatoria.

El factor medio de inflación de la varianza de cada modelo, que aparece expuesto igualmente en la **tabla 3** del anexo, se sitúa ahora en 1,21 y 1,29 respectivamente, no encontrándose ningún valor VIF individual mayor de 2.

Una vez especificados los modelos, presentamos en la **tabla 5** los resultados de las estimaciones llevadas a cabo para las tres medidas de *performance* anteriormente definidas. En referencia a la primera hipótesis, podemos apreciar cómo los coeficientes de la variable RSEPD1 son estadísticamente significativos con las tres medidas de resultados utilizadas, lo que confirma que una mayor separación entre los derechos de *cash flow* y de control del último accionista afecta negativamente a la *performance* de los bancos comerciales. En concreto, en la ecuación con la variable dependiente BERGER el coeficiente negativo de la variable se interpreta tal que, mayores valores de la misma

(es decir, menores diferencias entre ambos y, por ende, un menor incentivo a expropiar) se corresponden con menores valores de la ratio BERGER (es decir, una mayor eficiencia del banco). Estos resultados quedan igualmente corroborados en la estimación para las variables dependientes DEA y ROA, en donde el coeficiente positivo de la variable RSEPD1 se interpreta tal que mayores valores de la misma (como ya aclaramos, menor incentivo a expropiar) se corresponden con mayores valores de DEA y ROA (es decir, mayor eficiencia y rentabilidad del banco).

Las pirámides de propiedad y las participaciones cruzadas proporcionan al accionista último unos derechos de control superiores a los que le corresponderían por su participación en el capital de la entidad. Ello incrementa, por tanto, su incentivo a extraer beneficios privados de control en detrimento de los intereses del resto de aportantes de recursos financieros, lo que finalmente se refleja en unos menores resultados de la entidad. Así quedaría contrastada la primera de nuestras hipótesis.

La variable asociada a los derechos de voto en manos del accionista último también presenta coeficientes significativos para las medidas de resultados, tal que cuanto mayor es el porcentaje de derechos de voto en manos del accionista último (C1), menor es su eficiencia (mayor ratio BERGER y menores valores de DEA) y rentabilidad (menor ROA). De esta manera, también se contrasta la segunda de nuestras hipótesis planteadas, esto es, que mayores derechos de control en manos del accionista último también son un incentivo a extraer beneficios privados lo que minora los resultados del banco.

Por lo que respecta a las hipótesis relativas a la identidad del último accionista (H3a y H3b) los resultados no permiten aseverar que una familia o una administración pública como accionistas de control influyan sobre la rentabilidad y eficiencia del banco. En cuanto a la familia, si bien es cierto que los coeficientes de la variable FAMLY son estadísticamente significativos para los modelos estimados con las variables dependientes BERGER y ROA. Sin embargo, cuando empleamos la variable DEA esta significatividad no se mantiene. Análogamente, el coeficiente de la variable ADMON toma significatividad cuando se contrasta empleando las variables ROA Y DEA pero no cuando la variable a explicar es la ratio BERGER de eficiencia en costes.

En cuanto a los derechos de *cash flow* del accionista último podemos evidenciar que actúan como mecanismo de autocontrol al contrastarse un efecto positivo sobre los resultados del banco. A medida que el accionista de control aumenta sus derechos de propiedad, asume un mayor porcentaje del coste de las acciones que él mismo toma, lo que no solo atenúa su incentivo a expropiar, sino que incrementa su incentivo a gestionar eficientemente el banco. Podemos concluir, por tanto, que estos resultados contrastarían la cuarta hipótesis planteada.

TABLA 5. *Resultados de la estimación del modelo.*

Coefficientes y errores estándar (entre paréntesis) de la estimación de las hipótesis mediante el procedimiento GMM en dos etapas. BERGER es la ratio entre los costes totales y los activos totales del banco; DEA es la variable de eficiencia calculada a través de una frontera eficiente; ROA es la ratio entre el beneficio neto y los activos totales del banco; RSEPD1

es la ratio de derechos de *cash flow* entre derechos de control del último accionista; C1 es el porcentaje de derechos de control del último accionista; ADMON es una variable *dummy* que toma valor 1 si el accionista último es una administración pública y 0 en caso contrario; FAMLY es una variable *dummy* que toma valor 1 si el accionista último es una familia y 0 en caso contrario; CF1 es el porcentaje de derechos de *cash flow* del último accionista; EX2ACTA es una variable *dummy* que toma valor 1 si existe un segundo accionista con al menos un 5% de derechos de control y 0 en caso contrario; OCEAN es el índice de poder de voto Shapley-Minor (1978) del conjunto de accionistas minoritarios para *juegos oceánicos*; PRESTAT es la ratio de préstamos a clientes entre activos totales del banco; PASFP es la ratio del pasivo total entre los fondos propios del banco; LOGACT es el logaritmo neperiano de los activos totales. El test de Wald proporciona el contraste de la hipótesis de nulidad de todos los coeficientes salvo el término constante; AR1 es el test de autocorrelación de primer orden, H_0 : ausencia de autocorrelación de primer orden; AR2 es el test de autocorrelación de segundo orden, H_0 : ausencia de autocorrelación de segundo orden. El test de Hansen de sobreidentificación de instrumentos señala la validez de los mismos, H_0 : los instrumentos no están correlacionados con los residuos. *** Indica un nivel de confianza superior al 99%, ** al 95% y * al 90%.

Variable	BERGER		DEA		ROA	
	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 1	Modelo 2
RSEPD1	-0,020 *** (0,003)	—	0,157 *** (0,017)	—	0,012 *** (0,001)	—
C1	0,019 *** (0,003)	—	-0,244 *** (0,042)	—	-0,007 *** (0,002)	—
ADMON	-0,000 (0,001)	-0,001 (0,001)	-0,029 *** (0,011)	-0,025 * (0,014)	-0,003 ** (0,001)	-0,003 *** (0,001)
FAMLY	-0,005 *** (0,002)	-0,006 *** (0,001)	-0,025 (0,022)	-0,049 (0,032)	0,002 *** (0,001)	0,000 (0,001)
CF1		-0,016 *** (0,002)		0,086 *** (0,022)	—	0,009 *** (0,001)
EX2ACTA		-0,009 *** (0,001)		0,033 * (0,020)	—	0,003 * (0,001)
OCEAN		-0,025 *** (0,005)		0,288 *** (0,082)	—	0,026 *** (0,002)
PRESTAT	-0,050 *** (0,005)	-0,042 *** (0,006)	0,022 (0,020)	0,193 *** (0,042)	0,025 *** (0,004)	0,035 *** (0,004)
PASFP	-0,001 *** (0,000)	-0,001 *** (0,000)	0,002 *** (0,000)	0,001 *** (0,000)	0,001 *** (0,000)	0,001 *** (0,000)
LOGACT	-0,002 *** (0,000)	-0,001 ** (0,001)	0,105 *** (0,007)	0,088 *** (0,006)	-0,003 *** (0,000)	-0,003 *** (0,000)
Cons	0,111 *** (0,009)	0,114 *** (0,009)	-0,945 *** (0,122)	-0,992 *** (0,095)	0,024 *** (0,007)	0,008 (0,006)
N. Obs. (N. grupos)	564 (79)	564 (79)	559 (78)	559 (78)	564 (79)	564 (79)
.../...						

.../...						
Test Wald (valor p)	624,91 (0,000)	247,96 (0,000)	327,52 (0,000)	67,32 (0,000)	132,71 (0,000)	91,50 (0,000)
AR1 (valor p)	-2,58 (0,010)	-2,53 (0,011)	-1,05 (0,293)	-1,36 (0,175)	-1,68 (0,092)	-1,90 (0,058)
AR2 (valor p)	-0,37 (0,708)	-0,61 (0,544)	0,24 (0,808)	0,00 (0,997)	1,10 (0,273)	1,08 (0,280)
Test Hansen (valor p)	66,37 (1,000)	64,43 (1,000)	64,72 (1,000)	64,06 (1,000)	59,65 (1,000)	56,14 (1,000)

Las estimaciones asociadas a las variables de contestación al accionista último también se presentan estadísticamente significativas. Así, el hecho de que el accionista último no sea el único accionista de control influye positivamente sobre la *performance* del banco. De esta manera, podemos confirmar que la presencia de un segundo accionista ejerce una labor disciplinaria sobre las decisiones del principal accionista, lo que finalmente repercute en una mayor eficiencia de la entidad.

En cuanto al grado de contestación al último accionista opuesto por los accionistas minoritarios (H5b), los resultados de nuestras estimaciones permiten corroborar una relación directa con la *performance* del banco, tal que cuanto mayor es su poder de voto, mayor es la rentabilidad y eficiencia de la entidad.

Solo queda referir los resultados obtenidos respecto a las variables de control. En cuanto a la variable PRESTAT, se contrasta que cuanto más orientado esté el negocio del banco hacia la concesión de préstamos y créditos, mayor es su rentabilidad y eficiencia. Por su parte, la variable PASFP muestra igualmente unos coeficientes estadísticamente significativos tal que, a menor cuantía de fondos propios, mayor apalancamiento del banco y, como consecuencia, mayores resultados. Finalmente, los resultados respecto al tamaño del banco no son concluyentes. Si bien cuando la variable a explicar es la eficiencia en costes (BERGER y DEA) contrastamos un efecto directo sobre la misma (a mayor tamaño, mayor eficiencia), cuando la variable dependiente es la rentabilidad económica del banco (ROA), el efecto evidenciado es, justamente, el contrario (a mayor tamaño, menor rentabilidad). Ello parece indicar que la consecución de un mayor tamaño va asociado a reducciones en los costes del banco en mayor medida que a incrementos en sus beneficios.

7. CONCLUSIONES

Nuestra primera conclusión gira en torno al problema de gobierno evidenciado en los bancos españoles. Un problema que, atendiendo a los resultados descritos, encuentra su *leitmotiv* en dos cuestiones relacionadas con la asignación de los derechos de propiedad: la elevada acumulación de derechos de control y la importante disparidad detectada entre los derechos de control y de *cash flow* del accionista último. Desde esta perspectiva, los resultados de nuestra investigación empírica, por una parte, delatan a la estructura de control como fuente de ineficiencia y ponen en tela de juicio la

efectividad de los actuales mecanismos de gobierno en los bancos españoles; y, por otra parte, parecen entrar en contradicción con las investigaciones que señalan a nuestro sistema bancario como uno de los más eficientes del mundo.

En cuanto al último aspecto reseñado, hemos de advertir que la contradicción apuntada es tan solo aparente. El hecho de que nuestro sistema bancario sea uno de los más eficientes del mundo no garantiza *per se* la inexistencia en el mismo de fuentes de ineficiencia. Y, atendiendo a los resultados contrastados, la estructura de control sería una de esas fuentes.

Identificado así el problema de gobierno de los bancos españoles en su doble vertiente de acumulación de derechos de control y disparidad de estos con los derechos de propiedad, la solución más inmediata al mismo pasaría por corregir dicha disparidad así como por dispersar el control del banco. Ambas medidas abogan de hecho por la alteración de la estructura de propiedad y control del banco y enlazan directamente con la evidencia encontrada en nuestro estudio acerca de la importancia de los derechos de *cash flow* del accionista último, la presencia de más de un accionista de control y la existencia de accionistas minoritarios. Mas precisamente, mientras el incremento de derechos de *cash flow* del accionista último afecta principalmente a la minimización de la disparidad entre derechos, la contestación al control por parte de un segundo accionista así como la acumulación de derechos de control por parte de accionistas minoritarios atañen a la dispersión del control del banco.

Frente al problema de la disparidad de derechos, la preservación de la regla «una acción, un voto» no es una propuesta novedosa, aunque sí controvertida. Para CUERVO (2002) la protección de los derechos de los accionistas debería centrarse en el cumplimiento de este principio como mejor garantía para la consecución de la eficiencia. Ello nos llevaría, en primera instancia, a recomendar al regulador la supresión en los bancos españoles de todos aquellos instrumentos que impliquen una separación de derechos, en especial las estructuras piramidales de control. Sin embargo, una medida de estas características carecería de efectividad en la práctica. Ante esta tesitura, nuestra recomendación en segunda instancia incide en la necesidad de exigir una mayor transparencia informativa en todo lo atinente a estas estructuras de control piramidales con el fin de facilitar la supervisión por parte no solo del regulador sino también de los restantes inversores privados.

En cuanto al segundo problema de ineficiencia detectado en los bancos españoles, esto es, la existencia de un accionista con elevados derechos de control, la dispersión del control parece la solución más directa, si bien su aplicación es compleja. No solo porque, como ya hemos reiterado a lo largo de esta investigación, la estructura de propiedad y control de los bancos españoles es una cuestión estructural que involucra factores como la tradición legal del país o el grado de protección y salvaguarda de los derechos de propiedad; sino porque su articulación solo podría llevarse a cabo a través de una regulación todavía más restrictiva e intervencionista que debilitaría, aun en mayor medida, la efectividad del mercado de control corporativo. Además, la apuesta por la dispersión del control supone asumir implícitamente que el problema de gobierno de dimensión vertical redundaría en menores costes de agencia, lo cual no deja de ser, a la luz del estado actual de la cuestión, una afirmación cuanto menos discutible.

La búsqueda de soluciones al problema de la concentración de derechos de control no es, pues, una cuestión sencilla y, a nuestro juicio, debería comenzar, no tanto por transformar la dimensión del

problema –de horizontal a vertical– como por minimizar sus efectos. Nuestra reflexión camina por derroteros que enlazan directamente con el incremento en el grado de supervisión de las actividades de estas entidades así como con la mejora en la efectividad de algunos mecanismos de gobierno como el mercado de control corporativo, para intentar paliar el problema latente de expropiación.

En este sentido compartimos la opinión de CAPRIO *et al.* (2007), expresada asimismo en los acuerdos de Basilea II, respecto a la necesidad de incentivar la supervisión privada de las entidades de crédito como primera medida para paliar los posibles comportamientos oportunistas. Sin embargo, el ejercicio efectivo de este tipo de supervisión requiere del cumplimiento de una condición imprescindible a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, transparencia informativa, y de una condición conveniente, un efectivo mercado de control corporativo. En cuanto a la transparencia informativa, si bien hemos avanzado en los últimos años con la obligatoriedad de publicar las memorias anuales, los estatutos o el informe de gobierno corporativo esta debería extenderse a la totalidad de entidades bancarias y no solo a las que emiten valores en el mercado. Asimismo, en el marco de esta mayor transparencia, el sector bancario debería contar con un código de buen gobierno adaptado a las especiales características de su negocio, esto es, con importantes externalidades económicas y con los depositantes como principales aportantes de fondos. Dicho código debería tener en cuenta que el principal problema de gobierno de los bancos españoles estriba en la existencia de un accionista que posee elevados derechos de control. En este contexto, el objetivo pasaría por buscar o incentivar un equilibrio entre la potestad del accionista mayoritario para ejercer el control y su responsabilidad para con los restantes partícipes de la entidad, en especial depositantes y accionistas minoritarios.

Y respecto al mercado de control corporativo, pese a ser el mejor instrumento para garantizar una supervisión efectiva, parece que la renuncia al intervencionismo y la supresión de las restricciones que ahogan su libre funcionamiento plantea problemas de muy distinta índole. Pero cualesquiera sean las reticencias ante el mercado de control corporativo, es innegable que su eficiencia es consustancial tanto a la cotización como a la liquidez de las acciones de la entidad, magnitudes ambas que dependen críticamente del ejercicio por parte del accionista último de sus derechos de control.

En definitiva, las soluciones expuestas no son sencillas ni únicas, pero ello no debe ser una excusa para eludir el problema de gobierno evidenciado en los bancos españoles, esto es, que la acumulación de derechos de control así como la quiebra de la regla «una acción, un voto» por parte del accionista último inciden negativamente sobre su eficiencia y rentabilidad económica. A nuestro entender, esta evidencia constituye la principal aportación de la presente investigación. Los resultados de nuestro estudio empírico descansan en la utilización de la metodología de cadenas de control para identificar al accionista último de los bancos españoles –esta sería nuestra segunda aportación al estado del arte– y arrojan luz sobre un aspecto del mismo que enlaza directamente con la recomendación del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea acerca de la necesidad de una mayor transparencia informativa en cuanto atañe a la estructura de propiedad de las entidades bancarias.

En el tintero quedan futuras investigaciones que esclarezcan los factores que configuraron las estructuras de propiedad concentrada, evidenciadas en nuestro estudio; el papel de las familias como propietarias de entidades financieras en España y, en términos comparados, el que juegan en otros entornos legales e institucionales; así como la influencia de la estructura de propiedad y control sobre la política de dividendos de los bancos.

Bibliografía

- ABUFALIA, D. [1997]: «The Impact of Italian Banking in the Late Middle Ages and the Renaissance, 1300-1500», *Banking, Trade and Industry. Europe, America and Asia from the Thirteenth to the Twentieth Century*, ed. TEICHOVA, A., HENTENRYK, G.K. y ZIEGLER, D., Cambridge University Press, United Kingdom.
- ADAMS, R. y MEHRAN, H. [2003]: «Is Corporate Governance Different for Bank Holding Companies?», *Economic Policy Review* 9 (1), págs. 123-142.
- [2005]: «Corporate Performance, Board Structure and its Determinants in the Banking Industry», *SSRN Working Paper* n.º 302593.
- AKELLA, S. R. y GREENBAUM, S. I. [1988]: «Savings and loan ownership structure and expense-preference», *Journal of Banking and Finance* 12, págs. 419-437.
- ALLEN, F. y CEBENOYAN, A. S. [1991]: «Bank acquisitions and ownership structure: theory and evidence», *Journal of Banking and Finance* 15, págs. 425-448.
- ALLEN, F. y GALE, D. [2001]: «Comparative Financial Systems: A Survey», *Wharton School Center for Financial Institutions Working Paper* n.º 01-15.
- ALMEIDA y WOLFENZON [2005]: «A Theory of Piramidal Ownership and Family Business Groups», *SSRN Working Paper* n.º 721801.
- ALTUNBAS, Y.; EVANS, L. y MOLYNEUX, P. [2001]: «Bank Ownership and Efficiency», *Journal of Money, Credit and Banking* 33(4), págs. 926-954.
- ANDERSON, R. y REEB, D. [2003]: «Founding Family Ownership and Firm Performance: Evidence from the S&P 500», *Journal of Finance* 58, págs. 1.301-1.329.
- ARELLANO, M. y BOND, S. [1991]: «Some tests of specification for panel data, Monte Carlo evidence and an application to employment equation», *Review of Economic Studies* 58, págs. 277-297.
- ARELLANO, M. [2003]: *Panel data econometrics*, Oxford University Press, Oxford.
- BARONTINI, R. y CAPRIO, L. [2006]: «The Effect of Ownership structure and Family Control on Firm Value and Performance. Evidence from Continental Europe», *European Financial Management* 12 (5), págs. 689-723.
- BASILEA, Comité de Supervisión Bancaria [2006]: Informe «La Mejora del Gobierno Corporativo en Organizaciones Bancarias».
- BEBCHUCK, L.; KRAAKMAN, R. y TRIANTIS, G. [2000]: «Stock Pyramids, Cross-Ownership, and Dual Class Equity: The Creation and Agency Costs of Separating Control from Cash flow Rights», *Concentrated Corporate Ownership*, ed. R. MORCK, págs. 445-460.
- BECK, T., DEMIRGÜÇ-KUNT, A. y R. LEVINE [2001]: «Law, Politics, and Finance», *World Bank Policy Research Working Paper* n.º 2585.
- [2003]: «Law, Endowments, and Finance», *Journal of Financial Economics* 70, págs. 137-181.
- BELKHIR, M. [2005]: «Board Structure, Ownership Structure and Firm Performance: Evidence from Banking», *SSRN Working Paper* n.º 604523.
- BERGER, A. N. y MESTER, L. J. [1997]: «Inside the black box: what explains differences in the efficiencies of financial institutions?», *Journal of Banking and Finance* 21, págs. 895-947.

- BERGER, A.N.; CLARKE, G.R.G.; CULL, R.; KLAPPER, L.F. y UDELL, G.F. [2005]: «Corporate Governance and Bank Performance: A Joint Analysis of the Static, Selection, and Dynamic Effects of Domestic, Foreign, and State Ownership», *World Bank Policy Research Working Paper* n.º 3632.
- BERLE, A. y MEANS, G. [1932]: *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan, New York.
- BLOCH, F. y HEGE, U. [2001]: «Multiple Shareholders and Control Contest», Groupement de Recherche en *Economie Quantitative d'Aix-Marseille*, Document de Travail n.º 01A16.
- BONIN, J. P.; HASAN, I. y WACHTEL, P. [2005]: «Bank Performance, Efficiency and Ownership in Transition Countries», *Journal of Banking and Finance* 29, págs. 31-53.
- BOOTH, J.R.; CORNETT, M.M. y TEHRANIAN, H. [2002]: «Boards of Directors, Ownership, and Regulation», *Journal of Banking and Finance* 26 (10), págs. 1.973-1.996.
- BOUBAKER, S. [2003]: «Ownership-Control Discrepancy and Firm Value: Evidence from France», *Institut de Recherche en Gestion*, Cahier de Recherche.
- CAPRIO, G. y LEVINE, R. [2002]: «Corporate Governance of Banks: Concepts and International Observations», documento presentado en *The Global Corporate Governance Forum Research Network Meeting*, april 5.
- CAPRIO, G.; LAEVEN, L. y LEVINE, R. [2007]: «Governance and Bank Valuation», *Journal of Financial Intermediation* 16, págs. 584-617.
- CLAESSENS, S.; DJANKOV, S. y LANG, L. [2000]: «The separation of Ownership and Control in East Asian Corporations», *Journal of Financial Economics* 58, págs. 81-112.
- CLAESSENS, S.; DJANKOV, S.; FAN, J. y LANG, L. [2002]: «Disentangling the Incentive and Entrenchment Effects of Large Shareholdings», *Journal of Finance* 57, págs. 2.741-2.771.
- COFFEE, J.C. [2001]: «The Rise of Dispersed Ownership: The Role of Law in the Separation of Ownership and Control», *Columbia Law Scholl Working Paper* n.º 182.
- COOK, D.; HOGAN, A. y KIESCHNICK, R. [2004]: «A Study of the Corporate Governance of Thrifts», *Journal of Banking and Finance* 28 (6), págs. 1.247-1.271.
- CUERVO, A. [2002]: «Corporate Governance Mechanisms: A plea for less Code of Good Governance and More Market Control», *Corporate Governance: An International Review* 10 (2), págs. 84-93.
- DAS, S. y GHOSH, A. [2004]: «Corporate Governance in Banking System», *Economic and Political Weekly* 20, págs. 1.263-1.266.
- De ROOVER, R. [1954]: «New Interpretations of the History of Banking», *Cahiers D'Histoire Mondiale* 2, págs. 38-76.
- DEVRIESE, J.; DEWATRIPONT, M.; HEREMANS, D. y NGUYEN, G. [2004]: «Corporate Governance, Regulation and Supervision of Banks», *Financial Stability Review* 2004, National Bank of Belgium.
- DOIDGE, C.; KAROLYI, A.; LINS, K. A.; MILLER, D. y STULZ, R. M. [2005]: «Private Benefits of Control, Ownership, and the Cross-Listing Decision», *National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper* n.º 11162.
- EDWARDS, J. y WEICHENRIEDER, A. [2004]: «Ownership Concentration and Share Valuation: Evidence from Germany», *German Economic Review* 5, págs. 143-171.
- FACCIO, L. y LANG, L. [2002]: «The Ultimate Ownership of Western European Corporations», *Journal of Financial Economics* 65, págs. 365-395.
- FACCIO, L.; LANG, L. y YOUNG, L. [2001]: «Dividends and Expropriation», *American Economic Review* 91, págs. 54-78.
- FERRIER, G. y LOVELL, C. A. K. [1990]: «Measuring cost efficiency in banking: Econometric and linear programming evidence», *Journal of Econometrics* 46, págs. 229-245.

- FREIXAS, X. y ROCHET, J. C. [1999]: *Economía Bancaria*, ed. BBV y Antoni Bosch.
- GADHOUM, Y.; LANG, L. y YOUNG, L. [2005]: «Who Controls US?», *European Financial Management* 11 (3), págs. 339-363.
- GEOFFREY, P. [1981]: «El surgimiento de las Finanzas Modernas en Europa (1500-1730)» en *Historia Económica de Europa (2) Siglos XVI y XVII*, ed. Carlo M. CIPOLLA, Ariel Historia.
- GLASSMAN, C.A. y RHOADES, S.A. [1980]: «Owner vs. Manager control effects on bank performance», *Review of Economics and Statistics* 62, págs. 263-270.
- GORTON, G. y ROSEN, R. [1995]: «Corporate control, portfolio choice, and the decline of banking», *The Journal of Finance* 5, págs. 1.377-1.420.
- GROSSMAN, S. y HART, O. [1988]: «One share-one vote and the market for corporate control», *Journal of Financial Economics* 20, págs. 175-202.
- GUTIÉRREZ, M. y TRIBÓ, J.A. [2004]: «Private benefits extraction in closely-held corporations: The case for multiple large shareholders», *European Corporate Governance Institute Finance Working Paper* n.º 53/2004
- HAIR, J.F. [2001]: *Análisis Multivariante*, Ed. Prentice-Hall.
- HANNAN, T.H. y MAVINGA, F. [1980]: «Expense Preference and Managerial Control: The Case of the Banking Firm», *Bell Journal of Economics* 11, págs. 671-682.
- KINDLEBERGER, C. [1993]: *A Financial History of Western Europe*, Oxford University Press, New York.
- KOHN, M. [1999]: «Early Deposit Banking», Department of Economics Dartmouth College Working Paper n.º 99-03.
- [2001]: «Payments and The Development of Finance in Pre-Industrial Europe», Department of Economics Dartmouth College Working Paper n.º 01-15.
- LAEVEN, L. y LEVINE, R. [2005]: «Beyond the biggest: Do other large shareholders influence corporate valuations», Working Paper University of Minnesota.
- LA PORTA, R.; LÓPEZ DE SILANES, F.; SHLEIFER, A. y VISHNY, R.W. [1998]: «Law and finance», *Journal of Political Economy* 106, págs. 1.113-1.155.
- [2000]: «Investor protection and corporate governance», *Journal of Financial Economics* 58 (1-2), págs. 3-27.
 - [2002]: «Investor protection and corporate valuation», *Journal of Finance* 52 [3], págs. 1.147-1.170.
- LA PORTA, R.; LÓPEZ DE SILANES, F. y SHLEIFER, A. [1999]: «Corporate Ownership around The World», *Journal of Finance* LIV-2, págs. 471-517.
- [2002]: «Government Ownership of Banks», *Journal of Finance* 57 (1), págs. 265-301.
- LA PORTA, R.; LÓPEZ DE SILANES, F.; SHLEIFER, A. [2006]: «What Works in Securities Laws?», *Journal of Finance* 61 (1), págs. 1-32.
- LEVINE, R. [1998]: «The Legal Environment, Banks, and Long-Run Economic Growth», *Journal of Money, Credit, and Banking* 30, págs. 596-620.
- [2004a]: «Finance and Growth: Theory and Evidence», *National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper* n.º 10766.
 - [2004b]: «The Corporate Governance of Banks: A concise Discussion of Concepts and Evidence», *World Bank Policy Research Working Paper* n.º 3404.
- LEVINE, R. [2005]: «Law, Endowments, and Property Rights», *National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper* n.º 11502.

- LINS, K. V. [2003]: «Equity Ownership and Firm Value in Emerging Markets», *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 38, págs. 159-184.
- MACEY, J. y O'HARA, M. [2003]: «The Corporate Governance of Banks», *FRBNY Economic Policy Review*, Abril.
- MAUDOS, J.; PASTOR, J.M. y SERRANO, L. [2000]: «Convergence in OECD countries: Technical change, efficiency and productivity», *Applied Economics* 32 (6), págs. 757-765.
- MAURY, B. y PAJUSTE, A. [2005]: «Multiple large shareholders and firm value». *Journal of Banking and Finance* 29, págs. 1.813-1.834.
- MERTON, R. C. y BODIE, Z. [1995]: «A Conceptual Framework for Analyzing the Financial Environment», *The Global Financial System. A Functional Perspective*, Ed. CRANE *et al.*, Harvard Business School Press, Boston.
- MICCO, A.; PANIZZA, U. y YÁÑEZ, M. [2004]: «Bank Ownership and Performance», *Inter-American Development Bank Working Paper* n.º 518.
- MORCK, R. y YEUNG, B. [2003]: «Special issues relating to corporate governance and family control», *Global Corporate Governance Forum Discussion Paper* n.º 1.
- MORCK, R.; WOLFENZON, D. y YEUNG, B. [2005]: «Corporate Governance, Economic Entrenchment, and Growth», *Journal of Economic Literature* 43 (3), págs. 655-720.
- PASTOR, J. M. [1996]: «Diferentes metodologías para el análisis de la eficiencia de los bancos y cajas de ahorros españolas», *Fundación FIES Working Paper* n.º 123.
- PI, L. y TIMME, S.G. [1993]: «Corporate control and bank efficiency», *Journal of Banking and Finance* 17, págs. 515-530.
- PROWSE, S. [1995]: «Alternative methods of corporate control in commercial banks», *Economic Review-Federal Reserve Bank of Dallas*, third quarter.
- [1997a]: «The corporate governance system in banking: what do we know?», *BNL Quarterly Review*, Special issue, págs. 10-40.
 - [1997b]: «Corporate control in commercial banks», *The Journal of Financial Research* 20 (4), págs. 509-527.
- RAJAN, R. G. [1998]: «The Past and Future of Commercial Banking Viewed Through an Incomplete Contract Lens», *Journal of Money, Credit, and Banking* 30 (3), págs. 524-550.
- ROE, M.J. [2003]: *Political determinants of Corporate Governance*, Oxford University Press Inc., New York.
- SALAS, V. [2003]: «El Gobierno de la Empresa Bancaria desde la Regulación», *Revista de Estabilidad Financiera* (5), págs. 197-228.
- SANTANA, D. y AGUIAR, I. [2006]: «El Último Propietario de las Empresas Cotizadas Españolas. 1996-2002», *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa* 26, págs. 47-72.
- TEICHOVA, A.; HENTENRYK, G.K. y ZIEGLER, D. [1997]: *Banking, Trade and Industry. Europe, America and Asia from the Thirteenth to the Twentieth Century*, Cambridge University Press, United Kingdom.
- TEJERINA, F. [2006]: «La influencia de las entidades bancarias en el gobierno de las empresas no financieras», Tesis Doctoral, Departamento de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad de Valladolid.
- VILLALONGA, B. y AMIT, R. [2006]: «How Do Family Ownership, Control and Management affect Firm Value?», *Journal of Financial Economics* 80, págs. 385-417.
- YEH, Y. y WOITKE, T. [2005]: «Commitment or Entrenchment?: Controlling Shareholders and Board Composition», *Journal of Banking and Finance* 29, págs. 1.857-1.885.

ANEXOS

TABLA 1. Naturaleza del último accionista de control en el año 2004.

	ENTIDAD	ÚLTIMO ACCIONISTA DE CONTROL	NATURALEZA
1	ALTAE BANCO, S.A.	CAJA MADRID	CAJA DE AHORROS
2	BANCA MARCH, S.A.	FAMILIA MARCH	FAMILIA
3	BANCA PUEYO, S.A.	FAMILIA PUEYO	FAMILIA
4	BANCO BANIF, S.A.	FAMILIA BOTÍN	FAMILIA
5	BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.	NO ACCIONISTA ÚLTIMO	
6	BANCO CETELEM, S.A.	MUTUALISTAS DE AXA	COOPERATIVAS Y MUTUALIDAD
7	BANCO CONDAL, S.A.	FUNDACIÓN FONDO PARA ATENCIONES SOCIALES	MISCELÁNEO
8	BANCO DE ANDALUCÍA, S.A.	SINDICATURA DE ACCIONISTAS DEL BPE	SINDICATURA DE ACCIONISTAS
9	BANCO DE CASTILLA, S.A.	SINDICATURA DE ACCIONISTAS DEL BPE	SINDICATURA DE ACCIONISTAS
10	BANCO DE CRÉDITO BALEAR, S.A.	SINDICATURA DE ACCIONISTAS DEL BPE	SINDICATURA DE ACCIONISTAS
11	BANCO DE CRÉDITO LOCAL DE ESPAÑA, S.A.	BBVA	BANCO DE PROPIEDAD DISPERSA
12	BANCO DE FINANZAS E INVERSIONES, S.A.	FAMILIAS DORIS Y BERLUSCONI	FAMILIA
13	BANCO DE GALICIA, S.A.	SINDICATURA DE ACCIONISTAS DEL BPE	SINDICATURA DE ACCIONISTAS
14	BANCO DE LA PYME, S.A.	AGRUPACIÓN MUTUA DE COMERCIO E INDUSTRIA	COOPERATIVAS Y MUTUALIDAD
15	BANCO DE MADRID, S.A.	CAJA DE A. DE GUIPÚZCOA Y SAN SEBASTIÁN	CAJA DE AHORROS
16	BANCO DE SABADELL, S.A.	NO ACCIONISTA ÚLTIMO	
17	BANCO DE VALENCIA, S.A.	BANCAJA	CAJA DE AHORROS
18	BANCO DE VASCONIA, S.A.	SINDICATURA DE ACCIONISTAS DEL BPE	SINDICATURA DE ACCIONISTAS
			.../...

•
•
•
•
•
•

43	CITIBANK ESPAÑA, S.A.	CITIGROUP	ENTIDAD NO FINANCIERA PROPIEDAD DISPERSA
44	DEUTSCHE BANK CREDIT, S.A.	EMPLEADOS DEL BANCO	MISCELÁNEO
45	DEUTSCHE BANK, S.A.E.	EMPLEADOS DEL BANCO	MISCELÁNEO
46	DEXIA SABADELL BANCO LOCAL, S.A.	COOPERATIVISTAS BELGAS	COOPERATIVAS Y MUTUALIDAD
47	FINANZIA BANCO DE CRÉDITO, S.A.	BBVA	BANCO DE PROPIEDAD DISPERSA
48	GENERAL ELECTRIC CAPITAL BANK, S.A.	GENERAL ELECTRIC CORPORATION	ENTIDAD NO FINANCIERA PROPIEDAD DISPERSA
49	J.P. MORGAN BANK, S.A.	JP MORGAN CHASE	BANCO DE PROPIEDAD DISPERSA
50	PATAGON BANK, S.A.	FAMILIA BOTIN	FAMILIA
51	PRIVAT BANK, S.A.	FAMILIAS SIAENS, PHILIPPSON Y SCHOCKERT	FAMILIA
52	SABADELL BANCA PRIVADA, S.A.	BANCO SABADELL	BANCO DE PROPIEDAD DISPERSA
53	SANTANDER CENTRAL HISPANO INVEST. SERVICES, S.A.	FAMILIA BOTÍN	FAMILIA
54	UBS ESPAÑA, S.A.	UBS AG	BANCO DE PROPIEDAD DISPERSA
55	UNOE BANK, S.A.	BBVA	BANCO DE PROPIEDAD DISPERSA

TABLA 2. Estadísticos descriptivos.

Variable	N. Obs	Media	Mediana	Desv. Est.	Mínimo	Máximo
BERGER	583	0,053	0,049	0,023	0,006	0,163
DEA	578	0,439	0,417	0,343	0,005	1,000
ROA	583	0,006	0,006	0,015	-0,093	0,053
RSEPD1	564	0,632	1,000	0,428	0,001	1,529
C1	564	0,768	0,985	0,319	0,051	1,000
CF1	564	0,454	0,292	0,398	0,001	1,000
OCEAN	564	0,112	0,000	0,258	0,000	0,924
PRESTAT	583	0,827	0,858	0,127	0,330	0,992
PASFP	583	14,907	13,098	10,781	1,030	102,618
LOGACT	583	14,120	14,053	1,841	9,161	19,248

TABLA 3. Tabla de correlaciones.

	BERGER	DEA	ROA	RESPD	C1	CF1	FAMILY	ADMON	EX2ACTA	OCEAN	PRESTAT	PASFP	LOGACT
BERGER	1,000												
DEA	-0,354	1,000											
ROA	-0,433	0,285	1,000										
RSEPD1	-0,050	-0,003	0,008	1,000									
C1	0,150	-0,226	-0,090	-0,231	1,000								
CF1	0,064	-0,152	-0,043	0,725	0,432	1,000							
FAMILY	0,018	-0,017	-0,042	-0,096	-0,142	-0,207	1,000						
ADMON	0,034	0,022	-0,067	-0,078	0,064	0,010	-0,200	1,000					
EX2ACTA	-0,195	0,083	0,068	0,208	-0,637	-0,258	-0,111	-0,022	1,000				
OCEAN	-0,086	0,286	0,070	0,232	-0,829	-0,340	0,291	-0,086	0,284	1,000			
PRESTAT	-0,241	0,035	0,301	-0,137	0,258	0,036	-0,342	0,085	-0,039	-0,315	1,000		
PASFP	-0,261	0,154	0,072	-0,035	0,146	0,055	-0,037	0,119	-0,034	-0,123	0,118	1,000	
LOGACT	-0,213	0,590	0,072	-0,127	-0,193	-0,220	0,047	0,075	0,029	0,305	-0,099	0,345	1,000

VIF (media = 4,67)	9,580	11,710	10,510	1,390	1,080	2,770	5,730	1,250	1,270	1,440
VIF (Modelo 1) (media = 1,21)	1,240	—	1,140	1,240	1,070	—	—	1,240	1,240	1,280
VIF (Modelo 2) (media = 1,29)	—	1,250	—	1,370	1,060	1,210	—	1,240	1,260	1,390

FORMA DE REALIZAR LOS ASIENTOS DERIVADOS DE LA TRANSICIÓN AL NUEVO PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD DE 2007 (CASO PRÁCTICO)

(Consulta 2, BOICAC n.º 72 de enero de 2008)

JOSÉ LUIS ÁLVAREZ CARRIAZO

Profesor del CEF

Extracto:

EN este trabajo, se realiza un pormenorizado estudio de los apartados de las disposiciones transitorias del Real Decreto 1514/2007, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. En particular, se aborda la problemática de las reglas generales para la aplicación de la nueva norma en los ejercicios que se inicien a partir del 1 de enero de 2008.

Se sustenta en un supuesto práctico en que se presentan unas cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2007 con el PGC de 1990 y que a 1 de enero de 2008 han de ser convertidas al nuevo PGC aplicando la normativa anteriormente referida, lo cual se traduce fundamentalmente en la reclasificación de las cuentas a las nuevas denominaciones, así como al alta y baja de los activos y pasivos que exige la aplicación de la nueva norma, así como el reconocimiento que tales efectos producen en el patrimonio neto.

Palabras clave: PGC 2007, transición y apertura 2008.

ENUNCIADO

La empresa «MADERAS, SA» realiza una actividad comercial de venta de diversos tipos de muebles.

Las cuentas y sus saldos, que han integrado el balance de final de ejercicio a 31 de diciembre de 2008, ajustado al Plan General de Contabilidad (PGC) de 1990, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, son los siguientes:

ACTIVO		
Número	Nombre	Importe
190	Accionistas por desembolsos no exigidos	20.000
200	Gastos de constitución	300
201	Gastos de primer establecimiento	700
202	Gastos de ampliación de capital	1.000
217	Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero	20.000
(2817)	Amortización acumulada de derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero	(4.000)
218	Otro inmovilizado inmaterial	500
220	Terrenos y bienes naturales	40.000
221	Construcciones	80.000
226	Mobiliario	15.000
227	Equipos para procesos de información	3.000
(282)	Amortización acumulada del inmovilizado material	(7.000)
(292)	Provisión por depreciación del inmovilizado material	(4.200)
253	Créditos a largo plazo por enajenación de inmovilizado	16.000
198	Acciones propias en situaciones especiales	9.000
270	Gastos de formalización de deudas	1.500
272	Gastos por intereses diferidos	1.100
558	Accionistas por desembolsos exigidos	5.000
300	Muebles	10.800
430	Clientes	2.600
431	Clientes, efectos comerciales a cobrar	5.200
435	Clientes de dudoso cobro	1.000
(490)	Provisión para insolvencias de tráfico	(1.000)
450	Clientes a largo plazo	1.560
540	Inversiones financieras temporales en capital	12.000
541	Valores de renta fija a corto plazo	700
543	Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado	8.700
544	Créditos a corto plazo al personal	2.200
570	Caja, euros	840
572	BBVA c/c vista, euros	2.500
	TOTAL DEL ACTIVO	245.000

PASIVO		
Número	Nombre	Importe
100	Capital social	100.000
112	Reserva legal	12.000
115	Reservas para acciones propias	9.000
117	Reservas voluntarias	14.000
129	Pérdidas y ganancias	40.000
130	Subvenciones oficiales de capital	6.000
135	Ingresos por intereses diferidos	160
136	Diferencias positivas en moneda distinta del euro	300
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	13.800
173	Proveedores de inmovilizado a largo plazo	3.000
178	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo	12.900
400	Proveedores	10.500
401	Proveedores, efectos comerciales a pagar	7.000
479	Impuesto sobre beneficios diferido	1.540
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	9.000
524	Efectos a pagar a corto plazo	1.600
528	Acreedores por arrendamiento a corto plazo	4.200
TOTAL DEL PASIVO		245.000

* Todos los importes de este caso práctico están expresados en unidades monetarias.

INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA AL BALANCE

1. Edificios (220, 221, 282 y 292).

La sociedad posee dos edificios, uno funcional, donde se localizan los diversos departamentos de la empresa, y otro que tiene alquilado a una empresa de servicios.

Sus datos y valores contables son los siguientes:

	Terreno edificio funcional	Construcción edificio funcional	Terreno edificio alquilado	Construcción edificio alquilado
Precio de adquisición	28.000	50.000	12.000	30.000
Amortización acumulada		(3.000)		(1.500)
Provisiones	(800)	(600)	(700)	(900)
VALOR CONTABLE	19.000	35.000	9.500	28.000

De acuerdo con estos datos, en el balance inicial figuran, en las cuentas expuestas a continuación, los importes anteriores con la siguiente distribución:

220. Terrenos y bienes naturales (28.000 + 12.000)	40.000
221. Construcciones (50.000 + 30.000)	80.000
(282). Amortización acumulada del inmovilizado material [(3.000) + (1.500)]	(4.500)
(292). Provisión por depreciación del inmovilizado material [(800) + (600) + + (700) + (900)]	(3.000)
	112.500

En las cuentas 282 y 292 existen, además, otros importes correspondientes a algunos de los restantes elementos del inmovilizado material.

2. Inversiones financieras (540).

Están reflejadas en la cuenta:

540. Inversiones financieras temporales en capital	12.000
--	--------

Todas las acciones fueron adquiridas en mayo de 2007, a los siguientes precios:

«ENAGAS, SA» (500 acciones a 20 c/u)	10.000
«IBERDROLA, SA» (200 acciones a 10 c/u)	2.000

De acuerdo con la norma de registro y valoración 9.^a *Instrumentos financieros* del PGC 2007, las inversiones en acciones de ambas empresas se deben clasificar como activos financieros mantenidos para negociar, pues se han adquirido con el propósito de venderlas en el corto plazo.

El valor razonable (cotización es este caso) de las acciones al final del ejercicio de 2007 es el siguiente:

«ENAGAS, SA»: 24 c/u.

«IBERDROLA, SA»: 8 c/u.

3. Inmovilizado inmaterial (218).

Dentro de la cuenta 218. *Otro inmovilizado inmaterial* (no prevista en el Plan de 1990) la sociedad ha activado, al final de 2007 por 500, diferentes gastos e inversiones que ha realizado en

un local utilizado por ella misma en régimen de alquiler, calificado como arrendamiento operativo, y que es propiedad de otra empresa.

Este tratamiento contable se efectuó al amparo de la Consulta número 3 del BOICAC número 44/diciembre 2000, por ajustarse la operación a lo establecido en la misma.

4. Clientes a largo plazo (450).

El saldo de la cuenta 450. *Clientes a largo plazo*, que no figura expresamente en el cuadro de cuentas del PGC de 1990, incluye 160 correspondientes a intereses no devengados compensados con la cuenta 135. *Ingresos por intereses diferidos*.

5. Valores de renta fija (541).

La cuenta 541. *Valores de renta fija a corto plazo* recoge inversiones financieras convertibles en efectivo, con un vencimiento de dos meses, que no tienen riesgos significativos de cambio de valor y que forman parte de la política de gestión normal de la empresa.

6. Subvención (130).

La subvención de capital, recogida en la cuenta 130. *Subvenciones oficiales de capital*, reúne todos los requisitos necesarios para su reconocimiento exigidos por la norma 18.ª *Subvenciones, donaciones y legados* del PGC 2007.

El importe de la subvención es el valor razonable del importe concedido e invertido en el inmovilizado, concretamente en mobiliario, menos las correspondientes transferencias a los resultados de cada ejercicio, en proporción a la depreciación experimentada durante el período por dicho activo. Se han cumplido, además, todas las condiciones necesarias para su concesión.

7. Arrendamiento financiero (217, 272, 2817, 178, 528).

La cuenta 217. *Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero* recoge el valor al contado de un elemento de transporte, un camión para reparto de muebles, objeto del correspondiente contrato, que reúne todos los requisitos exigidos en la norma 8.ª *Arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar* del PGC 2007 para su activación.

La cuenta 272. *Gastos por intereses diferidos* refleja los intereses no devengados por las deudas del arrendamiento financiero.

Del importe de 1.100 de los intereses diferidos corresponden 900 a los incluidos en la cuenta 178. *Acreeedores por arrendamiento financiero a largo plazo*, y 200 a los incluidos en la cuenta 528. *Acreeedores por arrendamiento financiero a corto plazo*, de acuerdo con los correspondientes cálculos financieros efectuados (las cuentas 178 y 528 no figuraban expresamente en el Plan de 1990).

La cuenta 2817. *Amortización acumulada de derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero* recoge la amortización acumulada practicada en función de la vida útil del elemento de transporte.

Las diferencias entre la amortización contable y fiscal del inmovilizado inmaterial reflejado en la cuenta 217, correspondiente a los ejercicios transcurridos, están recogidas en la cuenta 479. *Impuesto sobre beneficios diferido*.

NOTAS:

- a) La empresa opta por valorar todos los elementos patrimoniales que deben incluirse en balance de apertura, conforme a los principios y normas vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/2007, salvo los instrumentos financieros que deben valorarse por su valor razonable (punto 2. de ese enunciado), de acuerdo con la disposición transitoria primera.1, del Real Decreto 1524/2007, que aprueba el nuevo PGC.
- b) Emplearemos, como contrapartida de los ajustes, una cuenta de reservas que crearemos especialmente para ello: 116. *Reserva por ajustes PGC 2007*, enviando posteriormente su saldo a reservas voluntarias (disp. trans. primera. 2 del citado Real Decreto).
- c) Supongamos que el tipo impositivo del Impuesto sobre Sociedades correspondiente a la empresa es el general del 30%.
- d) Los ejercicios contables de la sociedad coinciden con el año natural, por lo que el primer ejercicio que se inicia en 2008 lo hace con fecha 1 de enero.

SE PIDE:

- 1.º Asiento de apertura del ejercicio de 2008 de acuerdo con las cuentas del PGC de 1990.
- 2.º Reconocimiento de todos los activos y pasivos que exige el PGC de 2007.
- 3.º Baja de todos los activos y pasivos cuyo reconocimiento no está permitido por el nuevo PGC de 2007.
- 4.º Reclasificación de los elementos patrimoniales en sintonía con las definiciones y los criterios incluidos en el PGC de 2007.
- 5.º Balance de «MADERAS, SA» a 1 de enero de 2008 según el PGC de 2007.

SOLUCIÓN

1.º ASIENTO DE APERTURA DEL EJERCICIO DE 2008 DE ACUERDO CON LAS CUENTAS DEL PGC DE 1990 (según el balance a 31-12-2007).

01-01-20X8

20.000	<i>Accionistas por desembolsos no exigidos (190.90)</i>
300	<i>Gastos de constitución (200.90)</i>
700	<i>Gastos de primer establecimiento (201.90)</i>
1.000	<i>Gastos de ampliación de capital (202.90)</i>
20.000	<i>Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero (217.90)</i>
500	<i>Otro inmovilizado inmaterial (218.90)</i>
40.000	<i>Terrenos y bienes naturales (220.90)</i>
80.000	<i>Construcciones (221.90)</i>
15.000	<i>Mobiliario (226.90)</i>
3.000	<i>Equipos para procesos de información (227.90)</i>
16.000	<i>Créditos a largo plazo por enajenación de inmovilizado (253.90)</i>
9.000	<i>Acciones propias en situaciones especiales (198.90)</i>
1.500	<i>Gastos de formalización de deudas (270.90)</i>
1.100	<i>Gastos por intereses diferidos (272.90)</i>
5.000	<i>Accionistas por desembolsos exigidos (558.90)</i>
10.800	<i>Muebles (300.90)</i>
2.600	<i>Clientes (430.90)</i>

5.200	<i>Clientes, efectos comerciales a cobrar (431.90)</i>		
1.000	<i>Clientes de dudoso cobro (435.90)</i>		
1.560	<i>Clientes a largo plazo (450.90)</i>		
12.000	<i>Inversiones financieras temporales en capital (540.90)</i>		
700	<i>Valores de renta fija a corto plazo (541.90)</i>		
8.700	<i>Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado (543.90)</i>		
2.200	<i>Créditos a corto plazo al personal (544.90)</i>		
840	<i>Caja, euros (570.90)</i>		
2.500	<i>BBVA c/c vista, euros (572.90)</i>		
	<i>a Capital social (100.90)</i>	<i>100.000</i>	
	<i>a Reserva legal (112.90)</i>	<i>12.000</i>	
	<i>a Reservas para acciones propias (115.90)</i>	<i>9.000</i>	
	<i>a Reservas voluntarias (117.90)</i>	<i>14.000</i>	
	<i>a Pérdidas y ganancias (129.90)</i>	<i>40.000</i>	
	<i>a Subvenciones oficiales de capital (130.90)</i>	<i>6.000</i>	
	<i>a Ingresos por intereses diferidos (135.90)</i>	<i>160</i>	
	<i>a Diferencias positivas en moneda distinta del euro (136.90)</i>	<i>300</i>	
	<i>a Deudas a largo plazo con entidades de crédito (170.90)</i>	<i>13.800</i>	
	<i>a Proveedores de inmovilizado a largo plazo (173.90)</i>	<i>3.000</i>	
	<i>a Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo (178.90)</i>	<i>12.900</i>	
	<i>a Proveedores (400.90)</i>	<i>10.500</i>	
	<i>a Proveedores, efectos comerciales a pagar (401.90)</i>	<i>7.000</i>	
	<i>a Impuesto sobre beneficios diferido (479.90)</i>	<i>1.540</i>	

<i>a</i>	<i>Deudas a corto plazo con entidades de crédito (520.90)</i>	9.000
<i>a</i>	<i>Efectos a pagar a corto plazo (524.90)</i>	1.600
<i>a</i>	<i>Acreedores por arrendamiento a corto plazo (528.90)</i>	4.200
<i>a</i>	<i>Amortización acumulada de derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero (2817.90)</i>	4.000
<i>a</i>	<i>Amortización acumulada del inmovilizado material (282.90)</i>	7.000
<i>a</i>	<i>Provisión por depreciación del inmovilizado material (292.90)</i>	4.200
<i>a</i>	<i>Provisión para insolvencias de tráfico (490.90)</i>	1.000

 X

Con objeto de diferenciar las cuentas correspondientes al PGC de 1990 con las nuevas que han surgido del PGC de 2007, hemos añadido a las primeras los dos últimos dígitos del año: 90. Todas estas cuentas quedarán saldadas por los asientos que efectuaremos posteriormente; las afectadas por los asientos de bajas, altas o reclasificaciones en el momento de efectuar las mismas, y el resto de forma global más tarde.

Las cuentas del PGC de 2007 figurarán subrayadas y en negrita.

Todos los siguientes asientos de reconocimiento, baja y reclasificación, al igual que hicimos en el asiento de apertura, deben efectuarse con fecha de 1 de enero de 2008.

2.º RECONOCIMIENTO DE TODOS LOS ACTIVOS Y PASIVOS QUE EXIGE EL NUEVO PGC DE 2007.

1. Reclasificación y alta del efecto impositivo de la subvención (apartado 6 del enunciado).

6.000 *Subvenciones oficiales de capital (130.90)*

a **Subvenciones oficiales de capital (130)** **6.000**

 X

1.800 Subvenciones oficiales de capital (130)

a Pasivos por diferencias temporarias imponibles (479) 1.800

_____ x _____

El importe de las subvenciones pendientes de imputar a pérdidas y ganancias, recogido en la cuenta 130 por 6.000, por formar parte del patrimonio neto, debe figurar libre de impuestos, por lo que extraemos de ellas el efecto impositivo correspondiente a los años que quedan para imputar las mismas al resultado, recogiénolo en la cuenta 479. *Pasivos por diferencias temporarias disponibles* (norma 13.ª *Impuesto sobre beneficios*).

El efecto impositivo asciende a 1.800, que es el 30% de su importe de 6.000.

2. Reclasificación, ajuste a valor razonable y alta del efecto impositivo de la cartera de inversiones en activos financieros mantenidos para negociar (apartado 2 del enunciado).

- Por la reclasificación del importe inicial de la cuenta 540.

12.000 Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio (540)

a Inversiones financieras temporales en capital (540.90) 12.000

_____ x _____

- Por el ajuste a valor razonable y su efecto impositivo de las acciones de «ENAGAS, SA»:

Valor contable (500 acciones a 20 c/u)	10.000
Valor razonable (500 acciones a 24 c/u)	12.000
Incremento de valor	2.000
Efecto impositivo (30% 2.000).....	600

2.000 Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio (540)

a Pasivos por diferencias temporarias imponibles (479) 600

a Reserva por ajustes PGC 2007 (116) 1.400

_____ x _____

- Por el ajuste a valor razonable y su efecto impositivo de las acciones de «IBERDROLA SA»:

Valor contable (200 acciones a 10 c/u)	2.000
Valor razonable (200 acciones a 8 c/u)	1.600
Reducción de valor	400
Efecto impositivo (30% 400)	120

120 Activos por diferencias temporarias deducibles (4740)

280 Reserva por ajustes PGC 2007 (116)

a Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio (540) 400

_____ x _____

De acuerdo con la norma 9.^a *Instrumentos financieros*, apartado 2.3.2, la categoría de activos financieros mantenidos para negociar se valora posteriormente (al final de cada ejercicio) por su valor razonable, deducido el efecto impositivo.

El PGC en su quinta parte al definir el grupo 5, y también el grupo 2, dice:

«c) Se desarrollarán las cuentas de cuatro o más cifras que sean necesarias para diferenciar las categorías en las que se hayan incluido los activos financieros y pasivos financieros de acuerdo con lo establecido en las normas de registro valoración.»

Podríamos haber creado la cuenta de cuatro cifras:

5403. Inversiones en instrumentos de patrimonio mantenidos para negociar; pero no lo hemos hecho por simplicidad

Estas revalorizaciones que hemos efectuado de las acciones de la cartera de activos financieros mantenidos para negociar debería tener, en principio, como contrapartida, según la norma 9.^a *Instrumentos financieros*, 2.3.2., la cuenta de pérdidas y ganancias, con lo cual constituiría un ingreso contable y fiscal del ejercicio, y no se tendría que recoger aparte su efecto impositivo.

Sin embargo, hemos interpretado que esta última revalorización, en el caso presente, en el que se trata de ajustar el balance de 31 de diciembre de 2007, debe tener como contrapartida la general de reservas, que nosotros hemos recogido en la cuenta *116. Reserva por ajustes PGC*. Además, hemos reflejado el efecto impositivo en las cuentas: *479. Pasivos por diferencias temporarias impositivos*, en el caso de las acciones de «ENAGAS, SA» que incrementaban su valor, y *4740. Activos por diferencias temporarias deducibles* en las acciones de «IBERDROLA, SA» que reducían su valor, en espera de su imputación a la base imponible del impuesto sobre sociedades en el momento que fiscalmente corresponda.

3.º BAJA DE TODOS LOS ACTIVOS Y PASIVOS CUYO RECONOCIMIENTO NO ESTÁ PERMITIDO POR EL PGC DE 2007

3. Baja de los gastos de establecimiento y de los de formalización de deudas y su efecto impositivo.

1.050 Activos por diferencias temporarias deducibles (479)

2.450 Reserva por ajustes PGC 2007 (116)

a	Gastos de constitución (200.90)	300
a	Gastos de primer establecimiento (201.90)	700
a	Gastos de ampliación de capital (202.90)	1.000
a	Gastos de formalización de deudas (270.90)	1.500

x

Los gastos de establecimiento (cuentas 200, 201 y 202) y los de formalización de deudas (cuenta 270) se eliminan, puesto que el PGC 2007 no los reconoce como activos, teniendo como contrapartida la cuenta de reservas 116. *Reserva por ajustes PGC 2007*, que posteriormente se saldará con reservas voluntarias.

Los gastos de formalización de deudas corresponden a deudas recogidas en el balance que, según la norma de registro y valoración 9.ª *Instrumentos financieros*, apartado 3.1.1, del PGC 2007, deben valorarse inicialmente por el valor razonable de la contraprestación recibida, ajustado por los gastos de la transacción que le sean directamente atribuibles.

En principio, deberían haberse restado inicialmente los citados gastos de las deudas correspondientes, efectuándose posteriormente los oportunos ajustes en las mismas.

No obstante, hemos optado por llevarlos a la cuenta 116. *Reserva por ajustes PGC 2007*, ya que la empresa ha optado por mantener las valoraciones iniciales, motivo por el que no variamos el importe de las deudas, ni las ajustamos al tipo de interés efectivo, que hubiera sido otra alternativa.

Todos los gastos eliminados, pese a no imputarse a pérdidas y ganancias, son fiscalmente deducibles, de acuerdo con la nueva redacción, por la Ley 16/2007 (disp. adic. octava), del artículo 19 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Por el motivo señalado activamos la cuenta 479. *Activos por diferencias temporarias deducibles*, para su compensación al final del ejercicio al establecer los asientos correspondientes al Impuesto sobre Sociedades, por el 30% del importe de todos los gastos eliminados.

$$0,30 (300 + 700 + 1.000 + 1.500) = 1.050$$

4. Baja de las diferencias positivas en moneda distinta del euro y su efecto impositivo.

300	Diferencias positivas en moneda distinta del euro (136.90)		
		a <u>Pasivos por diferencias temporarias imponibles (479)</u>	90
		a <u>Reserva por ajustes PGC 2007 (116)</u>	210
		x	

La cuenta 136 no existe en el nuevo PGC porque las diferencias de cambio, tanto positivas como negativas, producidas en el ajuste al final del ejercicio en las partidas monetarias valoradas en moneda extranjera, se registran directamente en la cuenta de pérdidas y ganancias, según establece la norma 11.^a *Moneda extranjera*, en su apartado 1.2.1.

Eliminamos, por tanto, la cuenta 136 teniendo como contrapartida la 116. *Reserva por ajustes PGC 2007*, registrando el efecto impositivo que queda recogido en la cuenta 479, en espera de que se realice la diferencia positiva y surja su tributación.

5. Baja de las reservas para acciones propias.

9.000	Reservas para acciones propias (115.90)		
		a <u>Reserva por ajustes PGC 2007 (116)</u>	9.000
		x	

La reserva para acciones propias (cuenta 115) ya no es obligatoria, pues estas acciones no constituyen un activo, sino un patrimonio neto negativo, por lo que trasparamos el importe de la misma a la cuenta 116. *Reserva por ajustes PGC 2007*.

6. Reclasificación de los acreedores por arrendamiento financiero, baja y compensación de los gastos por intereses diferidos (apartado 7 del enunciado).

12.900	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo (178)		
4.200	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo (528)		
		a <u>Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo (174)</u>	12.900
		a <u>Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo (524)</u>	4.200
		x	

900	<u>Acreeedores por arrendamiento financiero a largo plazo (174)</u>		
200	<u>Acreeedores por arrendamiento financiero a corto plazo (524)</u>		
	a	Gastos por intereses diferidos (272.90)	1.100
	X		

Los gastos por intereses diferidos (cuenta 272), relativos al arrendamiento financiero, se compensan de las deudas recogidas en las cuentas de acreedores por arrendamiento financiero a corto y largo plazo (nuevas cuentas 524 y 174).

Ya no deben figurar en el activo los intereses no devengados, y las deudas deben quedar por su valor actual, coste amortizado, sin recoger, como antes, los intereses no devengados de acuerdo con la norma 8.^a 1.2.

7. Reclasificación, baja y compensación de los ingresos por intereses diferidos (apartado 4 del enunciado).

1.560	<u>Clientes a largo plazo (450)</u>		
	a	<u>Clientes a largo plazo (450.90)</u>	1.560
	X		
160	<u>Ingresos por intereses diferidos (135.90)</u>		
	a	<u>Clientes a largo plazo (450)</u>	160
	X		

Los ingresos por intereses diferidos (cuenta 135), relativos a los clientes a largo plazo, se compensan de los créditos recogidos en la cuenta 450. *Clientes a largo plazo*, pues esta debe figurar por el valor actual, coste amortizado, sin incluir los intereses no devengados, según la norma 9.^a 2.1.1.

4.º RECLASIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS PATRIMONIALES EN SINTONÍA CON LAS DEFINICIONES Y LOS CRITERIOS INCLUIDOS EN EL PGC.

8. Reclasificación de las inversiones en un local en arrendamiento operativo (apartado 3 del enunciado).

500	<u>Otro inmovilizado material (219)</u>		
	a	Otro inmovilizado inmaterial (218.90)	500
	X		

Los gastos realizados por la empresa en un local arrendado y utilizado por ella, registrados en la cuenta 218. *Otro inmovilizado inmaterial* deben recogerse como inversiones en inmovilizado material en el PGC 2007, según establece la norma de registro y valoración 3.^a *Normas particulares sobre inmovilizado material*, apartado h), por tratarse de un arrendamiento operativo y porque suponemos que se cumplen todos los requisitos establecidos para su activación.

9. Reclasificación de los derechos sobre bienes en arrendamiento financiero y de su amortización acumulada (apartado 7 del enunciado).

20.000 Elementos de transporte (218)

a *Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero* 20.000
(217.90)

_____ X _____

4.000 *Amortización acumulada de derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero*
(2817.90)

a *Amortización acumulada del inmovilizado material (281)* 4.000

_____ X _____

Los derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero, recogidos en la cuenta 217 de inmovilizado material, y su amortización acumulada reflejada en la cuenta 281, deben reclasificarse como inmovilizado material, de acuerdo con la norma 8.^a *Arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar*, pues suponemos que cumplen todos los requisitos y condiciones establecidos en la misma.

10. Reclasificación de los terrenos (apartado 1 del enunciado).

28.000 Terrenos y bienes naturales (210)

12.000 Inversiones en terrenos y bienes naturales (220)

a *Terrenos y bienes naturales* 40.000
(220.90)

_____ X _____

Los terrenos y construcciones recogidos en las cuentas 220, 221, y sus correcciones valorativas, cuentas 282 y 292, se reclasifican de acuerdo con las normas 2.^a y 4.^a, suponiendo que cumplen todos los requisitos establecidos en las mismas.

11. Reclasificación de las construcciones (apartado 1 del enunciado).

50.000	<u>Construcciones (211)</u>		
30.000	<u>Inversiones en construcciones (221)</u>		
		a Construcciones (221.90)	80.000
		X	

12. Reclasificación de las amortizaciones del inmovilizado material (apartado 1 del enunciado).

4.500	Amortización acumulada del inmovilizado material (282.90)		
		a <u>Amortización acumulada del inmovilizado material (281)</u>	3.000
		a <u>Amortización acumulada de las inversiones inmobiliarias (282)</u>	1.500
		X	

13. Reclasificación de las provisiones del inmovilizado material (apartado 1 del enunciado).

3.000	Provisión por depreciación del inmovilizado material (292.90)		
		DETERIORO DE VALOR DEL INMOVILIZADO MATERIAL	
		a <u>Deterioro de valor de los terrenos y bienes naturales (2910)</u>	800
		a <u>Deterioro de valor de construcciones (2911)</u>	600
		DETERIORO DE VALOR DE LAS INVERSIONES INMOBILIARIAS	
		a <u>Deterioro de valor de los terrenos y bienes naturales (2920)</u>	700
		a <u>Deterioro de valor de construcciones (2921)</u>	900
		X	

14. Reclasificación de los valores de renta fija de gran liquidez (apartado 5 del enunciado).

700	<u>Inversiones a corto plazo de gran liquidez (576)</u>		
		a Valores de renta fija a corto plazo (541.90)	700
		X	

15. Traspaso de la cuenta 116. Reserva por ajustes PGC 2007 a Reservas voluntarias.

7.880	<u>Reserva por ajustes PGC 2007</u>	
	<u>(116)</u> (1.400 – 280 – 2.450 + 210 +	
	+ 9.000)	
	a <u>Reservas voluntarias (113)</u>	7.880
	_____ x _____	

A continuación, vamos a saldar todas las cuentas del PGC 90 correspondientes al asiento inicial de apertura que efectuamos al comienzo de la solución del caso práctico, que aún nos quedan abiertas por no haber sido afectadas por los anteriores asientos de alta, baja y reclasificación realizados.

Algunas de las cuentas cambian de nombre, de número, o ambos a la vez, o simplemente eliminan sus dos últimos dígitos de 90 al ser traspasadas a las correspondientes cuentas del nuevo plan contable.

Salvo los ajustes realizados, suponemos que el contenido e importe de las diversas partidas recogidas en las cuentas del balance a 31 de diciembre de 2007, según el PGC 90, es acorde con el de las nuevas cuentas del PGC 2007.

Efectuaremos dos asientos: el primero para saldar las cuentas que presentan saldo deudor, y el segundo para saldar las de saldo acreedor.

16. Traspaso de las restantes cuentas de saldo deudor del PGC 1990 a las correspondientes del PGC 2007.

20.000	<u>Socios por desembolsos no exigidos (103)</u>
15.000	<u>Mobiliario (216)</u>
3.000	<u>Equipos para procesos de información (217)</u>
16.000	<u>Créditos a largo plazo por enajenación de inmovilizado (253)</u>
9.000	<u>Acciones propias en situaciones especiales (108)</u>
5.000	<u>Socios por desembolsos exigidos (558)</u>
10.800	<u>Muebles (300)</u>
2.600	<u>Clientes (430)</u>

**5.200 Cientes, efectos comerciales
a cobrar (431)**

1.000 Cientes de dudoso cobro (436)

**8.700 Créditos a corto plazo por ena-
jenación de inmovilizado (543)**

**2.200 Créditos a corto plazo al
personal (544)**

840 Caja, euros (570)

2.500 BBVA c/c vista, euros (572)

a	Accionistas por desembolsos no exigidos (190.90)	20.000
a	Mobiliario (226.90)	15.000
a	Equipos para procesos de información (227.90)	3.000
a	Créditos a largo plazo por enajenación de inmovilizado (253.90)	16.000
a	Acciones propias en situaciones especiales (198.90)	9.000
a	Accionistas por desembolsos exigidos (558.90)	5.000
a	Muebles (300.90)	10.800
a	Cientes (430.90)	2.600
a	Cientes, efectos comerciales a cobrar (431.90)	5.200
a	Cientes de dudoso cobro (435.90)	1.000
a	Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado (543.90)	8.700
a	Créditos a corto plazo al personal (544.90)	2.200
a	Caja, euros (570.90)	840
a	BBVA c/c vista, euros (572.90)	2.500

17. Traspaso de las restantes cuentas de saldo acreedor del PGC 1990 a las correspondientes del PGC 2007.

100.000	Capital social (100.90)
12.000	Reserva legal (112.90)
14.000	Reservas voluntarias (117.90)

40.000	<i>Pérdidas y ganancias (129.90)</i>		
13.800	<i>Deudas a largo plazo con entidades de crédito (170.90)</i>		
3.000	<i>Proveedores de inmovilizado a largo plazo (173.90)</i>		
10.500	<i>Proveedores (400.90)</i>		
7.000	<i>Proveedores, efectos comerciales a pagar (401.90)</i>		
1.540	<i>Impuesto sobre beneficios diferido (479.90)</i>		
9.000	<i>Deudas a corto plazo con entidades de crédito (520.90)</i>		
1.600	<i>Efectos a pagar a corto plazo (524.90)</i>		
1.000	<i>Provisión para insolvencias de tráfico (490.90)</i>		
	<i>a <u>Capital social (100)</u></i>	<i>100.000</i>	
	<i>a <u>Reserva legal (112)</u></i>	<i>12.000</i>	
	<i>a <u>Reservas voluntarias (113)</u></i>	<i>14.000</i>	
	<i>a <u>Resultado del ejercicio (129)</u></i>	<i>40.000</i>	
	<i>a <u>Deudas a largo plazo con entidades de crédito (170)</u></i>	<i>13.800</i>	
	<i>a <u>Proveedores de inmovilizado a largo plazo (173)</u></i>	<i>3.000</i>	
	<i>a <u>Proveedores (400)</u></i>	<i>10.500</i>	
	<i>a <u>Proveedores, efectos comerciales a pagar (401)</u></i>	<i>7.000</i>	
	<i>a <u>Pasivos por diferencias temporarias imponibles (479)</u></i>	<i>1.540</i>	
	<i>a <u>Deudas a corto plazo con entidades de crédito (520)</u></i>	<i>9.000</i>	
	<i>a <u>Efectos a pagar a corto plazo (525)</u></i>	<i>1.600</i>	
	<i>a <u>Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales (490)</u></i>	<i>1.000</i>	

X

Una vez efectuados todos los asientos anteriores, el balance de apertura que presenta «MADE-RAS, SA» al comienzo del ejercicio 2008, ajustado al PGC de 2007, sería el siguiente.

5.º BALANCE DE «MADERAS, SA» A 1 DE ENERO DE 2008 SEGÚN EL PGC DE 2007

ACTIVO	
A) ACTIVO NO CORRIENTE	160.470
II. Inmovilizado material	104.400
<u>210. Terrenos y bienes naturales</u>	28.000
<u>211. Construcciones</u>	50.000
<u>216. Mobiliario</u>	15.000
<u>217. Equipos para procesos de información</u>	3.000
<u>218. Elementos de transporte</u>	20.000
<u>219. Otro inmovilizado material</u>	500
<u>(281). Amortización acumulada del inmovilizado material</u>	(9.500)
<u>(291). Deterioro de valor del inmovilizado material</u>	(2.600)
III. Inversiones inmobiliarias	38.900
<u>220. Inversiones en terrenos y bienes naturales</u>	12.000
<u>221. Inversiones en construcciones</u>	30.000
<u>(282). Amortización acumulada de las inversiones inmobiliarias</u>	(1.500)
<u>(292). Deterioro de valor de las inversiones inmobiliarias</u>	(1.600)
V. Inversiones financieras a largo plazo	16.000
253. Créditos a largo plazo por enajenación de inmovilizado	16.000
VI. Activos por impuesto diferido	1.170
4740. <u>Activos por diferencias temporarias deducibles</u>	1.170
B) ACTIVO CORRIENTE	53.540
II. Existencias	10.800
300. Muebles	10.800
III. Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar	16.400
430. Clientes	2.600
431. Clientes, efectos comerciales a cobrar	5.200
450. Clientes a largo plazo	1.400
<u>436. Clientes de dudoso cobro</u>	1.000
(490). <u>Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales</u>	(1.000)
544. Créditos a corto plazo al personal	2.200
558. Accionistas por desembolsos exigidos	5.000
V. Inversiones financieras a corto plazo	22.300
540. <u>Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio</u>	13.600
543. Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado	8.700
VII. Efectivo y otros activos líquidos equivalentes	4.040
570. Caja, euros	840
572. BBVA c/c, euros	2.500
576. Inversiones a corto plazo de gran liquidez	700
TOTAL ACTIVO (A + B)	214.010

PATRIMONIO NETO Y PASIVO	
A) PATRIMONIO NETO	149.080
A-1) FONDOS PROPIOS	144.880
I. Capital	80.000
1) Capital escriturado	
100. Capital social	100.000
2) Capital no exigido	
<u>(103). Socios por desembolsos no exigidos</u>	(20.000)
III. Reservas	33.880
112. Reserva legal	12.000
<u>113. Reservas voluntarias (14.000 + 7.880)</u>	21.880
IV. (Acciones o participaciones en patrimonio propias)	(9.000)
<u>(108). Acciones o participaciones propias en situaciones especiales</u>	(9.000)
VII. Resultado del ejercicio	40.000
<u>129. Resultado del ejercicio</u> (beneficio)	40.000
A-3) SUBVENCIONES, DONACIONES Y LEGADOS RECIBIDOS	4.200
130. Subvenciones oficiales de capital	4.200
B) PASIVO NO CORRIENTE	32.830
II. Deudas a largo plazo	28.800
170. Deudas a largo plazo con entidades de crédito	13.800
173. Proveedores de inmovilizado a largo plazo	3.000
<u>174. Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo</u>	12.000
IV. Pasivos por impuesto diferido	4.030
479. <u>Pasivos por diferencias temporarias imponibles</u>	4.030
C) PASIVO CORRIENTE	32.100
III. Deudas a corto plazo	14.600
520. Deudas a corto plazo con entidades a crédito	9.000
<u>524. Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo</u>	4.000
<u>525. Efectos a pagar a corto plazo</u>	1.600
V. Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar	17.500
400. Proveedores	10.500
401. Proveedores, efectos comerciales a pagar	7.000
TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A + B + C)	214.010

En el modelo de balance no deben figurar ni los números ni los nombres de las cuentas, solamente los epígrafes (letras: A, B y C y números romanos: I a VII), por un importe neto de las amortizaciones, del deterioro de valor y de los desembolsos pendientes. En la memoria se informará de estas partidas de compensación.

Se ha mantenido la numeración de los epígrafes que establece el modelo de balance, aunque no sea correlativa, para un mejor seguimiento de los diversos apartados.

Los epígrafes en números romanos no se han desglosado en números árabes por simplificación didáctica.

En el balance figuran en letra negrita los números y/o el nombre de las cuentas que han variado respecto a los anteriores del PGC de 1990.

Finalmente, recordemos que, según la disposición transitoria cuarta del Real Decreto que aprueba el nuevo PGC: *Información a incluir en las cuentas anuales del primer ejercicio que se inicie a partir de 1 de enero de 2008*, en las cuentas anuales del ejercicio 2008 que se elaboren en los primeros meses de 2009:

- No es obligatorio reflejar cifras comparativas del ejercicio anterior de 2007.
- Se reflejarán el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias incluidos en las cuentas anuales del ejercicio anterior.
- En la memoria se creará un apartado con la denominación: *Aspectos derivados de la transición a las nuevas normas contables*.

En el citado apartado se incluirá una explicación de las principales diferencias entre los criterios contables aplicados en el ejercicio anterior y los actuales, así como la cuantificación del impacto que produce esta variación de criterios contables en el patrimonio neto de la empresa. En particular, se incluirá una conciliación referida a la fecha del balance de apertura.

SUPUESTO PROPUESTO EN LA OPOSICIÓN PARA TÉCNICO DE AUDITORÍA DE LA CÁMARA DE COMPTOS DE NAVARRA

FERNANDO VALLEJO TORRECILLA

Economista

Profesor Asociado. Universidad de Navarra

[Supuesto propuesto en la Oposición para Técnicos de Auditoría de la Cámara de Comptos de Navarra (Convocatoria de 7 de abril de 2008)]

Sumario

Caso. Contabilidad financiera:

- Balance de saldos. Operaciones pendientes de contabilización.
- Regularización y cierre del ejercicio.
- Presentación del Estado de Cambios en el Patrimonio Neto.

CASO PRÁCTICO

SUPUESTO DE CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

El balance provisional de saldos de la sociedad «ENERGÍAS RENOVABLES, SA» a 31 de diciembre de 2008 es el siguiente:

N.º	Cuenta	Saldo
100	Capital social	425.000
112	Reserva legal	8.000
113	Reserva voluntaria	5.000
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	65
142	Provisión para otras responsabilidades	5.000
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	15.000
173	Proveedores de inmovilizado a largo plazo	7.000
174	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo	14.301
177	Obligaciones y bonos	17.000
203	Propiedad industrial	25.000
206	Aplicaciones informáticas	5.000
210	Terrenos y bienes naturales	129.000
211	Construcciones	60.000
212	Instalaciones técnicas	35.000
213	Maquinaria	90.000
214	Uillaje	6.000
216	Mobiliario	12.000
217	Equipos para procesos de información	20.000
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	10.000
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	5.000
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible	2.000
281	Amortización acumulada de inmovilizado material	15.000
300	Mercaderías	75.000
400	Proveedores	40.000
401	Proveedores, efectos comerciales a pagar	15.000
430	Clientes	85.000
436	Clientes de dudoso cobro	5.000
465	Remuneraciones pendientes de pago	2.000
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta	4.000
4750	Hacienda Pública, acreedora por IVA	6.000
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas	3.239
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores	6.000
		.../...

...	...	
479	Diferencias temporarias imponible	3.535
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales	4.000
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	15.000
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	12.000
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	?
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	2.000
540	Inversiones financieras temporales en instrumentos de patrimonio	15.000
570	Caja, euros	31.300
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	50.000
600	Compras de mercaderías	100.000
609	<i>Rappels</i> por compras	5.000
622	Reparaciones y conservación	7.700
624	Transportes	4.000
625	Primas de seguros	2.000
626	Servicios bancarios y similares	3.000
627	Publicidad, propaganda y relaciones públicas	10.000
628	Suministros	11.000
6301	Impuesto diferido	500
640	Sueldos y salarios	30.000
642	Seguridad Social a cargo de la empresa	9.000
6620	Intereses de deudas a largo plazo de arrendamiento financiero	1.941
665	Intereses por descuento de efectos	500
678	Gastos excepcionales	2.000
690	Pérdidas por deterioro de inmovilizado intangible	1.000
694	Pérdidas por deterioro de créditos comerciales	2.000
700	Ventas de mercaderías	212.000
709	<i>Rappels</i> sobre ventas	10.000
754	Ingresos por comisiones	1.000
759	Ingresos por servicios diversos	3.000
761	Ingresos de valores representativos de deuda	300
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material	1.000
778	Ingresos excepcionales	4.000
83014	Impuestos diferidos por subvenciones oficiales de capital	3.500
835	Ingresos fiscales por deducciones y bonificaciones	500
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	10.000

ESTÁN PENDIENTES DE CONTABILIZAR LAS SIGUIENTES OPERACIONES A 31 DE DICIEMBRE DE 2008:

1. El 2 de enero de 2008, la empresa formalizó un contrato de arrendamiento financiero (Anexo I) sobre una máquina cuyo precio al contado era de 20.000 u.m., comprometiéndose al

pago de 36 cuotas mensuales de 649 u.m. al final de cada mes, y una cuota más en el momento de la opción de compra. Está pendiente de calcular el saldo de la cuenta 524. *Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo* que figura en el balance anterior y los asientos que procedan al 31 de diciembre.

2. La amortización de los elementos del activo fijo se realiza linealmente. Todos los inmovilizados han permanecido durante todo el ejercicio en la empresa y su valor residual es cero.

Cuentas	Vida útil (años)
Propiedad industrial	10
Aplicaciones informáticas	10
Terrenos y bienes naturales	No se amortizan
Construcciones	50
Instalaciones técnicas	5
Maquinaria	9
Ustillaje	6
Mobiliario	10
Equipos para procesos de información	4

3. El 2 de enero de 2008 la empresa recibió y contabilizó una subvención oficial de capital no reintegrable del Gobierno de Navarra para una construcción que figura en el balance. La construcción entró en funcionamiento el mismo día 2 de enero de 2008.

4. Se ha considerado como firme la insolvencia de clientes, por importe de 1.000 u.m., que habían sido clasificados como «*Clientes de dudoso cobro*» y cuyo importe había sido objeto de corrección valorativa por deterioro.

5. Las existencias finales de mercaderías en almacén, a 31 de diciembre de 2008, ascienden a 100.000 u.m.

6. Se ha detectado que mercaderías cuyo precio de adquisición había sido de 10.000 tienen un valor neto realizable de 9.000 u.m.

7. Sobre las siguientes cuentas de activos financieros se sabe:

- a) (250) *Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio*: 100 acciones de la sociedad «Tierras del Bierzo», que cotiza en Bolsa, adquiridas en 2007 a 99 cada acción y que fueron clasificadas por la empresa como disponibles para la venta. A 31 de diciembre de 2007 las acciones cotizaban a 100 y a 31 de diciembre 2008 a 103.
- b) (251) *Valores representativos de deuda a largo plazo*: se trata de una letra del Tesoro, adquirida el 1 de julio de 2008 y cuyo vencimiento es el 30 de junio de 2011. El nominal de la

letra es de 3.000 y la empresa abonó en el momento de la adquisición 2.600. La empresa piensa mantener este instrumento financiero hasta su vencimiento.

- c) (251) *Valores representativos de deuda a largo plazo*: 100 obligaciones de la sociedad «El Resplandor» de 20 u.m. de valor nominal, que cotizan en Bolsa, adquiridas al 120% el 2 de enero de 2008, que devengan un interés anual del 10% pagadero el 31 de diciembre de cada año y cuyo vencimiento es el 31 de diciembre de 2014. En el momento de la adquisición fueron clasificadas por la empresa como mantenidas hasta su vencimiento. Las citadas obligaciones cotizan a 31 de diciembre de 2008 al 115%.
- d) (540) *Inversiones financieras temporales en instrumentos de patrimonio*: 750 acciones de la sociedad «Texte», de 10 u.m. de valor nominal, que han sido adquiridas en noviembre de 2008 al cambio del 200%. A 31 de diciembre la cotización era del 195%. La sociedad clasificó este activo financiero como mantenido para negociar.

8. La empresa emitió un empréstito el 1 de julio de 2008. Las características de la emisión eran las siguientes: 1.000 obligaciones de 20 u.m. de valor nominal, con prima de emisión del 10% y prima de reembolso del 10%. El tipo de interés anual es del 4% sobre el valor nominal, pagadero de forma pospagable, el 30 de junio de cada año. La fecha de amortización es el 30 de junio de 2014. Los gastos de emisión ascendieron a 1.000 u.m.

9. La sociedad deberá satisfacer como consecuencia de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades 8.000 u.m. Durante el presente ejercicio no se ha producido ninguna diferencia temporaria deducible o imponible. Sin embargo, deducciones fiscales en el impuesto sobre sociedades, por importe de 300 u.m., no han podido ser aplicadas en el presente ejercicio, pero se prevé su compensación en ejercicios próximos, al permitirlo la normativa fiscal.

El tipo impositivo del Impuesto sobre Sociedades es del 35% y no se espera que sufra variaciones en los próximos años.

SE PIDE:

Utilizando el nuevo Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007):

- Contabilización de las operaciones pendientes.
- Elaborar el Estado de Ingresos y Gastos reconocidos que constituye la parte A) del Estado de Cambios en el Patrimonio Neto (se adjunta en Anexo II el modelo oficial).

ANEXO I

Arrendamiento Financiero

Coste Amortizado

Mensualidad	Intereses	Cuota	Amortización	Acumulado	Total año
1	200	649	-449	19.551	5.699
2	195	649	-454	19.097	
3	191	649	-458	18.638	
4	186	649	-463	18.175	
5	181	649	-468	17.708	
6	177	649	-472	17.236	
7	172	649	-477	16.759	
8	167	649	-482	16.277	
9	162	649	-487	15.790	
10	158	649	-491	15.299	
11	153	649	-496	14.803	
12	148	649	-501	14.301	
13	143	649	-506	13.795	6.420
14	138	649	-511	13.284	
15	133	649	-516	12.767	
16	127	649	-522	12.246	
17	122	649	-527	11.719	
18	117	649	-532	11.187	
19	112	649	-537	10.650	
20	106	649	-543	10.107	
21	101	649	-548	9.559	
22	95	649	-554	9.005	
23	90	649	-559	8.446	
24	84	649	-565	7.881	7.231
25	79	649	-570	7.311	
26	73	649	-576	6.735	
27	67	649	-582	6.153	
28	61	649	-588	5.565	
29	56	649	-593	4.972	
30	50	649	-599	4.373	
31	44	649	-605	3.768	
32	38	649	-611	3.157	
33	32	649	-617	2.540	
34	25	649	-624	1.916	
35	19	649	-630	1.286	
36	13	649	-636	650	

ANEXO II

Estado de Cambios en el Patrimonio Neto

A) Estado de ingresos y gastos reconocidos (ejercicio 2008)

A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias	
B) Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto	
I. Por valoración de activos y pasivos	
1. Ingresos/gastos de activos financieros disponibles para la venta	
2. Ingresos/gastos por pasivos a v. razonable con cambios en el patrimonio neto	
3. Otros ingresos/gastos	
II. Por coberturas	
1. Ingresos/gastos por coberturas de flujos de efectivo	
2. Ingresos/gastos por cobertura de inversión neta en el extranjero	
III. Diferencias de conversión	
IV. Subvenciones, donaciones y legados	
V. Efecto impositivo	
Total ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto (I + II + III + IV + V)	
C) Transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias	
VI. Por valoración de activos y pasivos	
1. Ingresos/gastos de activos financieros disponibles para la venta	
2. Ingresos/gastos por pasivos a v. razonable con cambios en el patrimonio neto	
3. Otros ingresos/gastos	
VII. Por coberturas	
1. Ingresos/gastos por coberturas de flujos de efectivo	
2. Ingresos/gastos por cobertura de inversión neta en el extranjero	
VIII. Diferencias de conversión	
IX. Subvenciones, donaciones y legados	
X. Efecto impositivo	
Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias (VI + VII + VIII + IX + X)	
D) TOTAL DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS (A + B + C)	

SOLUCIÓN

1. CONTABILIZACIÓN DE LAS OPERACIONES PENDIENTES

En primer lugar, completaremos el balance de saldos que proporciona el enunciado, calculando el saldo de la cuenta 524. *Acreeedores por arrendamiento financiero a corto plazo* por diferencia para cuadrar el balance.

N.º	Cuentas	Saldos deudores	Saldos acreedores
100	Capital social		425.000
112	Reserva legal		8.000
113	Reserva voluntaria		5.000
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles en venta		65
142	Provisión para otras responsabilidades		5.000
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		15.000
173	Proveedores de inmovilizado a largo plazo		7.000
174	Acreeedores por arrendamiento financiero a largo plazo		14.301
177	Obligaciones y bonos		17.000
203	Propiedad industrial	25.000	
206	Aplicaciones informáticas	5.000	
210	Terrenos y bienes naturales	129.000	
211	Construcciones	60.000	
212	Instalaciones técnicas	35.000	
213	Maquinaria	90.000	
214	Utillaje	6.000	
216	Mobiliario	12.000	
217	Equipos para procesos de información	20.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	10.000	
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	5.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible		2.000
281	Amortización acumulada de inmovilizado material		15.000
300	Mercaderías	75.000	
400	Proveedores		40.000
401	Proveedores, efectos comerciales a pagar		15.000
430	Clientes	85.000	
436	Clientes de dudoso cobro	5.000	
465	Remuneraciones pendientes de pago		2.000
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta	4.000	
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores		6.000
			.../...

.../...			
4750	Hacienda Pública, acreedora por IVA		6.000
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas		3.239
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores		6.000
479	Diferencias temporarias imponibles		3.535
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales		5.000
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		15.000
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		12.000
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		?
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito		2.000
540	Inversiones financieras temporales en instrumentos de patrimonio	15.000	
570	Caja, euros	31.300	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	50.000	
600	Compras de mercaderías	100.000	
609	<i>Rappels</i> por compras		5.000
622	Reparaciones y conservación	7.700	
624	Transportes	4.000	
625	Primas de seguros	2.000	
626	Servicios bancarios y similares	3.000	
627	Publicidad, propaganda y relaciones públicas	10.000	
628	Suministros	11.000	
6301	Impuesto diferido	500	
640	Sueldos y salarios	30.000	
642	Seguridad Social a cargo de la empresa	9.000	
6620	Intereses de deudas a largo plazo de arrendamiento financiero	1.941	
665	Intereses por descuento de efectos	500	
678	Gastos excepcionales	2.000	
690	Pérdidas por deterioro de inmovilizado intangible	1.000	
694	Pérdidas por deterioro de créditos comerciales	2.000	
700	Ventas de mercaderías		212.000
709	<i>Rappels</i> sobre ventas	10.000	
754	Ingresos por comisiones		1.000
759	Ingresos por servicios diversos		3.000
761	Ingresos de valores representativos de deuda		300
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material		1.000
778	Ingresos excepcionales		4.000
83014	Impuestos diferidos por subvenciones oficiales de capital	3.500	
835	Ingresos fiscales por deducciones y bonificaciones		500
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		10.000
	Suma de saldos conocidos	860.441	859.940
	Diferencia = saldo cuenta 524		501
	Totales	860.441	860.441

En el balance anterior hay tres cuentas que pueden ofrecer alguna duda respecto de la naturaleza de su saldo, ya que pueden tenerlo tanto deudor como acreedor. Son la cuenta 6301. *Impuesto diferido*, la cuenta 83014. *Impuestos diferidos por subvenciones oficiales de capital* y la cuenta 133. *Ajustes por valoración en instrumentos financieros*.

No obstante, si se considera la naturaleza de sus saldos tal y como se han consignado en el balance anterior, el importe de la cuenta 524 coincide con la cifra que arroja el Anexo I para la cuota de diciembre. Además, de los datos del enunciado se deduce, para la cuenta 83014, su saldo deudor, al estar asociada a la subvención de capital recibida a principios de año, para la 6301 también saldo deudor, generado como contrapartida de la cuenta 835 ¹ y, por último, para la 133, saldo acreedor [según la información facilitada en el apartado 7 a) del enunciado].

1.1. Arrendamiento financiero.

Por el pago de la cuota de diciembre:

Código	Cuenta	Debe	Haber
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	501	
6620	Intereses de deudas a largo plazo de arrendamiento financiero	148	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		649

Y por el traspaso a corto plazo de las 12 próximas cuotas, según los datos del cuadro del Anexo I:

Código	Cuenta	Debe	Haber
174	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo	6.420	
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		6.420

1.2. Amortizaciones.

Por las cuotas de amortización del año:

Cuentas	Vida útil (años)	Base amortizable	Cuota
Propiedad industrial	10	25.000	2.500
Aplicaciones informáticas	10	5.000	500
Terrenos y bienes naturales	No se amortizan	—	—
.../...			

¹ No obstante, no es frecuente que la cuenta 6301 surja a lo largo del año, siendo lo lógico que aparezca en el cálculo y contabilización del impuesto al final de año, en el proceso de regularización.

...			
Construcciones	50	60.000	1.200
Instalaciones técnicas	5	35.000	7.000
Maquinaria	9	90.000	10.000
Uillaje	6	6.000	1.000
Mobiliario	10	12.000	1.200
Equipos para procesos de información	4	20.000	5.000

Por el inmovilizado intangible:

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible	3.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible		3.000

Y por el inmovilizado material:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	25.400	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		25.400

1.3. Subvención oficial de capital.

Por el traspaso de la parte proporcional de la subvención, de acuerdo con la amortización del bien subvencionado (NRV 18.^a - apartado 1.3.c), tendremos: $10.000 / 50 = 200$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	200	
746	Subvenciones de capital transferidas al resultado del ejercicio		200

Y por la reducción en el pasivo por impuesto diferido previamente reconocido, ya que se verá compensado en la liquidación del impuesto corriente, al 35% de tipo impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Diferencias temporarias imponibles	70	
83014	Impuestos diferidos por subvenciones oficiales de capital		70

1.4. Regularización de saldos de clientes insolventes.

Por la insolvencia definitiva de clientes de dudoso cobro:

Código	Cuenta	Debe	Haber
650	Pérdidas de créditos comerciales incobrables	1.000	
436	Cientes de dudoso cobro		1.000

Y como estos clientes fueron objeto de ajuste por deterioro por el sistema de seguimiento individualizado, procede el siguiente asiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales	1.000	
794	Reversión del deterioro de créditos por operaciones comerciales		1.000

(Si se utilizara el sistema global, no se contabilizaría este asiento hasta final de ejercicio, por la dotación anual estimada).

1.5. Ajuste por el inventario final.

Para cargar al coste de ventas la existencia inicial en el almacén:

Código	Cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías	75.000	
300	Mercaderías		75.000

Y para dar entrada a la existencia final:

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías	100.000	
610	Variación de existencias de mercaderías		100.000

1.6. Deterioro de valor en las existencias finales.

Por el deterioro de valor de las existencias finales, al ser su valor neto realizable inferior al coste (NRV 10.^a - apartado 2):

Código	Cuenta	Debe	Haber
6931	Pérdidas por deterioro de mercaderías	1.000	
390	Deterioro de valor de las mercaderías		1.000

1.7. Activos financieros.

Analizaremos cada categoría por separado, tal y como establece el enunciado.

a) Cartera de acciones disponibles para la venta.

Tal y como establece la NRV 9.^a - apartado 2.6.2, los cambios en el valor razonable en esta categoría de activos deberán ser consignados en el Patrimonio Neto (en el subgrupo 13, como resultado no realizado).

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	300	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		300

Valor razonable (cotización al cierre de 2008): 100 acciones $\times$ 103 = 10.300.

Valor en libros: 10.000.

Plusvalía generada y no realizada: 300.

Conviene observar que las acciones clasificadas en esta categoría no figuran en el balance por su coste de adquisición, sino por su valor razonable.

Y por el efecto impositivo diferido asociado a la revalorización reconocida en el asiento anterior:

Código	Cuenta	Debe	Haber
83013	Impuestos diferidos por ajustes en valoración en AFDV (*)	105	
479	Diferencias temporarias imponibles		105

(*) AFDV = activos financieros disponibles para la venta.

No se hace necesaria ninguna corrección valorativa por deterioro.

b) Letra del Tesoro mantenida hasta el vencimiento.

Tal y como establece la NRV 9.^a - apartado 2.2.2, esta inversión debe valorarse, tras el alta inicial, por su coste amortizado, calculado con el tipo de interés efectivo.

El tipo de interés efectivo se obtiene planteando la ecuación de equivalencia financiera en el origen de la operación (o en cualquier otro momento del tiempo si se considera más sencillo, ya que al ser la capitalización compuesta un proceso estacionario se obtendrá el mismo resultado):

$$2.600 (1 + i_e)^3 = 3.000 \text{ y de aquí } i_e = 4,8856\%.$$

El coste amortizado de la inversión al cierre del ejercicio será:

$$2.600 (1,048856)^{1/2} = 2.663, \text{ y el cambio en el coste amortizado es: } 2.663 - 2.600 = 63.$$

Código	Cuenta	Debe	Haber
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	63	
761	Ingresos de valores representativos de deuda (*)		63

(*) Se podría utilizar una subcuenta diferente para facilitar la elaboración del Estado de Flujos de Efectivo, ya que estos ingresos no suponen cobro.

Sobre la posibilidad de realizar un ajuste por deterioro al cierre, pueden verse los comentarios expuestos en el apartado siguiente, pues son igualmente aplicables en este caso.

c) Cartera de obligaciones mantenidas hasta el vencimiento.

Tal y como establece la NRV 9.^a - apartado 2.2.2, estas inversiones deben valorarse, igual que en el caso anterior, por su coste amortizado.

Plantearemos la ecuación de equivalencia financiera para obtener el tipo de interés efectivo.

$$2.400 = 200 a_{8|i_e} + 2.000 (1 + i_e)^{-8} \text{ y de aquí } i_e = 6,69\%.$$

Se puede observar cómo el interés efectivo es inferior al nominal, lo cual es lógico, al ser el valor de reembolso (se ha supuesto a la par, que es lo habitual, ya que no se indica otra cosa en el enunciado) inferior al precio de adquisición (120%).

Por el cobro de los intereses a 31 de diciembre (100 obligaciones $\times$ 20 nominales $\times$ 10%):

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	200	
761	Ingresos de valores representativos de deuda		200

Y por el cambio en el coste amortizado, según los siguientes cálculos:

- Coste amortizado al comienzo de año: $100 \times 20 \times 120\% = 2.400$.
- Coste amortizado al final de año: $2.400 \times 1,0669 - 200 = 2.361$.
- Cambio en el coste amortizado durante al año: $2.361 - 2.400 = -39$.
- Interés explícito: 200.
- Interés implícito: -39 (disminución de valor de la inversión).
- Ingreso total devengado: $200 - 39 = 161$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
761	Ingresos de valores representativos de deuda (*)	39	
251	Valores representativos de deuda a largo plazo		39

(*) Tal y como se comentó antes, se podría utilizar aquí también una subcuenta diferente para facilitar la elaboración del Estado de Flujos de Efectivo, al no suponer estos ingresos entrada de efectivo.

La disminución de valor en el coste amortizado de la inversión para reducir este hasta el valor de reembolso al vencimiento, se considera un menor ingreso financiero, no un gasto financiero.

Respecto de un posible ajuste por deterioro al cierre cabe señalar que la NRV 9.^a, en su apartado 2.2.3, establece que para su cálculo se utilizará el valor actual de los flujos de efectivo futuros estimados y también es admisible y se *puede* emplear como criterio sustitutivo el valor de mercado del instrumento, siempre y cuando este sea fiable. En este caso se dispone del valor de cotización, pero el cálculo de los flujos futuros es fácil de realizar y no hay que olvidar que es el que propone la normativa en primer lugar, siendo la cotización de carácter sustitutivo o subsidiario.

El valor actual de los flujos futuros será: $200 \cdot 7 |_{6,69\%} + 2.000 (1,0669)^{-7} = 2.361$.

Y el valor en libros es el coste amortizado al final del ejercicio, calculado anteriormente: 2.361.

Como era de esperar, ambas cifras coinciden (al no haber cambios en ninguno de los parámetros que intervienen en la ecuación de equivalencia financiera con relación a la que se utilizó en el origen de la operación). Por lo tanto, no es necesario realizar ningún ajuste.

Es interesante observar que si se hubiera utilizado la cotización de los títulos al cierre que proporciona el enunciado (115%), se hubiera obtenido una valoración de $100 \times 20 \times 115\% = 2.300 < 2.361$, por lo cual hubiera sido necesario realizar un ajuste por deterioro por un importe de 61.

No obstante, y puesto que la intención de la empresa es mantener la inversión hasta el vencimiento, los cambios en la cotización de los títulos no son relevantes (*ceteris paribus*), sin perjuicio

de que, por razones de tipo práctico, pueda admitirse su utilización como referencia para un ajuste por deterioro.

d) Cartera de acciones a corto plazo mantenidas para negociar.

Tal y como establece la NRV 9.^a - apartado 2.3.2, los cambios en el valor razonable en esta categoría de activos deberán ser consignados directamente en el resultado del ejercicio:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6630	Pérdidas de cartera de negociación	375	
540	Inversiones financieras temporales en instrumentos de patrimonio		375

No cabe hablar para este tipo de inversiones de posibles ajustes por deterioro, pues ya figuran valoradas directamente por su valor razonable en todo momento.

1.8. Emisión de empréstito.

De acuerdo con la NRV 9.^a - apartado 3.1.2, este pasivo financiero debe valorarse de acuerdo con su coste amortizado, por lo que calcularemos el tipo de interés efectivo mediante una hoja de cálculo Excel:

30 de junio de	Flujos
2008	17.000
2009	– 800
2010	– 800
2011	– 800
2012	– 800
2013	– 800
2014	– 22.800
Interés efectivo	8,65%

El interés efectivo es mayor que el nominal (4%), ya que el descuento de emisión, los gastos iniciales y la prima de reembolso encarecen considerablemente la operación.

El coste amortizado al cierre de ejercicio será: $17.000 (1,0865)^{1/2} = 17.720$.

El cambio en el coste amortizado en el período es: $17.720 - 17.000 = 720$.

De este cambio, lo correspondiente al cupón anual (interés explícito), se consigna en cuenta diferente de la que recoge la deuda, como suele ser lo habitual. El importe asciende a: $20.000 \times 4\% \times \frac{1}{2} = 400$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
66130	Intereses de obligaciones a largo plazo	400	
506	Intereses a corto plazo de empréstitos		400

Y por el cambio en el valor de la inversión por la carga financiera implícita devengada y no pagada (contabilizada en cuenta distinta de la anterior, pues facilita la elaboración del estado de flujos de efectivo, posibilidad que también se comentó para el caso de los ingresos, cuenta 761):

Código	Cuenta	Debe	Haber
66131	Intereses implícitos de obligaciones a largo plazo	320	
177	Obligaciones y bonos		320

Conviene tener presente que el cambio en el coste amortizado *no es el resultado de añadir el coste implícito al valor de la inversión*, ya que si se hiciera de esta forma, en el siguiente semestre se obtendrían cifras incorrectas (sobre todo en los casos en que, como este, no coinciden los períodos de devengo con el ejercicio contable). En el cálculo del coste amortizado *no se debe distinguir* entre coste explícito e implícito (únicamente en la contabilización), ya que el coste amortizado es un concepto *único* calculado con *un tipo de interés único* (el tipo de interés efectivo), con independencia de que se contabilicen los intereses en una cuenta u otra.

La valoración por coste amortizado es un concepto financiero, no contable

En el siguiente semestre (hasta julio de 2009), el cálculo correcto sería:

$$[17.000 \times (1,0865)^{\frac{1}{2}}] [(1,0865)^{\frac{1}{2}} - 1] = 750$$

Y no sería correcto:

$$(17.000 + 320) [(1,0865)^{\frac{1}{2}} - 1] = 734$$

o lo que es lo mismo:

$$[17.000 \times (1,0865)^{\frac{1}{2}} - 400] [(1,0865)^{\frac{1}{2}} - 1] = 734, \text{ que tampoco sería correcto.}$$

En los dos últimos casos se ha separado la carga explícita, lo cual es un error, pues no está pagada. Lo único que modifica la base de cálculo para el coste amortizado es lo realmente pagado, no lo devengado, ya sea explícito, implícito, devolución del principal o gastos relacionados.

Son los flujos de efectivo lo que hay que tener presente, no lo devengado contablemente

Otro error muy frecuente es suponer que, puesto que el tipo de interés efectivo es del 8,65% y el tipo nominal (o explícito) es del 4%, entonces el implícito debe ascender a la diferencia, esto es, $8,65\% - 4\% = 4,65\%$, y utilizar este último para imputar la carga financiera implícita.

Hay que volver a recordar que el tipo de interés efectivo es *único* y aplicable durante *toda la operación* (salvo en los casos de tipo de interés revisable periódicamente). No cabe hablar de un interés implícito y otro explícito. Con este planteamiento erróneo, el cálculo del interés implícito sería: $17.000 [(1,0465)^{\frac{1}{2}} - 1] = 391$, cifra que no coincide con la anterior (320).

1.9. Impuesto sobre el beneficio.

Por la liquidación del impuesto corriente y cálculo del pasivo por impuesto corriente correspondiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	8.000	4.000
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		4.000
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		

Y por el alta de las deducciones pendientes de compensar (suponemos que se trata de deducciones en la cuota), ya que tienen su origen en este ejercicio (siempre que el futuro ahorro en el pago de impuestos que suponen esté razonablemente asegurado, según se establece en la NRV 13.^a - apartado 2.3):

Código	Cuenta	Debe	Haber
4742	Derechos por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar	300	
6301	Impuesto diferido		300

Aunque en el supuesto que nos ocupa no sea necesario hacerlo, es conveniente recordar que la forma de cálculo correcta, al menos desde un punto de vista teórico o conceptual, del impuesto diferido (cuenta 6301) correspondiente al ejercicio, debe efectuarse *por diferencia entre los saldos iniciales y finales de las cuentas 474 y 479* en las que se recogen las diferencias temporarias con repercusión en la carga fiscal futura.

1.10. Cierre de cuentas.

Al utilizar la empresa cuentas de los nuevos grupos 8 y 9, es aconsejable realizar el cierre de estas de forma separada del de las cuentas de los grupos 6 y 7.

a) *Por el cierre de las cuentas de gestión acreedoras:*

Código	Cuenta	Debe	Haber
609	<i>Rappels</i> por compras	5.000	
610	Variación de existencias de mercaderías	25.000	
.../...			

.../...			
700	Ventas	212.000	
746	Subvenciones de capital transferidas al resultado del ejercicio	200	
754	Ingresos por comisiones	1.000	
759	Ingresos por servicios diversos	3.000	
761	Ingresos de valores representativos de deuda	524	
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material	1.000	
778	Ingresos excepcionales	4.000	
794	Reversión del deterioro de créditos por operaciones comerciales	1.000	
129	Resultado del ejercicio		252.724

b) Por el cierre de las cuentas de gestión deudoras:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	233.984	
600	Compras de mercaderías		100.000
622	Reparaciones y conservación		7.700
624	Transportes		4.000
625	Primas de seguros		2.000
626	Servicios bancarios y similares		3.000
627	Publicidad, propaganda y relaciones públicas		10.000
628	Suministros		11.000
6300	Impuesto corriente		8.000
6301	Impuesto diferido		200
640	Sueldos y salarios		30.000
642	Seguridad Social a cargo de la empresa		9.000
650	Pérdidas de créditos comerciales incobrables		1.000
66130	Intereses de obligaciones a largo plazo		400
66131	Intereses implícitos de obligaciones a largo plazo		320
6620	Intereses de deudas a largo plazo de arrendamiento financiero		2.089
6630	Pérdidas de cartera de negociación		375
665	Intereses por descuento de efectos		500
678	Gastos excepcionales		2.000
680	Amortización del inmovilizado intangible		3.000
681	Amortización del inmovilizado material		25.400
690	Pérdidas por deterioro de inmovilizado intangible		1.000
6931	Pérdidas por deterioro de mercaderías		1.000
694	Pérdidas por deterioro de créditos comerciales		2.000
709	Rappels sobre ventas		10.000

Una vez determinado el resultado del ejercicio (saldo de la cuenta 129: $252.724 - 233.984 = 18.740$) mediante los dos asientos anteriores (aunque se podría haber hecho uno solo), se cerrarán a continuación las cuentas de los grupos 8 y 9 mediante dos asientos. El motivo de hacerlo así se debe a que, a diferencia de las cuentas de los grupos 6 y 7 en que todas se cierran contra una única cuenta, la 129, las cuentas de los grupos 8 y 9 se cierran no contra una única cuenta, sino contra *varias* del subgrupo 13, según los casos.

c) Por el cierre de las cuentas de los grupos 8 y 9 asociadas a las subvenciones oficiales de capital (este asiento se podría haber realizado en dos, uno para saldar las cuentas deudoras y otro las acreedoras):

Código	Cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	10.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		200
83014	Impuestos diferidos por subvenciones oficiales de capital		3.430
130	Subvenciones oficiales de capital		6.370

d) Por el cierre de las cuentas de los grupos 8 y 9 asociadas al ajuste en el valor razonable de los AFDV (este asiento también se podría haber realizado en dos, uno para saldar las cuentas deudoras y otro las acreedoras):

Código	Cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	300	
83013	Impuestos diferidos por ajustes en valoración en AFDV		105
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles venta		195

e) Por el diferimiento en la imputación contable de las deducciones y bonificaciones consideradas por la empresa ² como periodificables:

Código	Cuenta	Debe	Haber
835	Ingresos fiscales por deducciones y bonificaciones	500	
137	Ingresos fiscales a distribuir en varios ejercicios		500

Asiento de cierre

Código	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	425.000	
112	Reserva legal	8.000	
113	Reserva voluntaria	5.000	
.../...			

² Es importante observar que la periodificación de este tipo de beneficios fiscales es consecuencia de la aplicación de criterios contables (correlación de ingresos y gastos, de igual forma que las subvenciones), al margen totalmente de consideraciones de tipo fiscal. Es la empresa la que decide periodificar, repartir o distribuir un ahorro fiscal entre varios ejercicios, no Hacienda.

.../...			
129	Resultado del ejercicio	18.740	
130	Subvenciones oficiales de capital	6.370	
133	Ajustes por valoración en instrumentos financieros	260	
137	Ingresos fiscales a distribuir en varios ejercicios	500	
142	Provisión para otras responsabilidades	5.000	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	15.000	
173	Proveedores de inmovilizado a largo plazo	7.000	
174	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo	7.881	
177	Obligaciones y bonos	17.320	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible	5.000	
281	Amortización acumulada de inmovilizado material	40.400	
390	Deterioro de valor de las mercaderías	1.000	
400	Proveedores	40.000	
401	Proveedores, efectos comerciales a pagar	15.000	
465	Remuneraciones pendientes de pago	2.000	
4750	Hacienda Pública, acreedora por IVA	6.000	
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas	3.239	
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades	4.000	
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores	6.000	
479	Diferencias temporarias imponibles	3.570	
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales	4.000	
506	Intereses a corto plazo de empréstitos	400	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	15.000	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	12.000	
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	6.420	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	2.000	
203	Propiedad industrial		25.000
206	Aplicaciones informáticas		5.000
210	Terrenos y bienes naturales		129.000
211	Construcciones		60.000
212	Instalaciones técnicas		35.000
213	Maquinaria		90.000
214	Utillaje		6.000
216	Mobiliario		12.000
217	Equipos para procesos de información		20.000
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		10.300
251	Valores representativos de deuda a largo plazo		5.024
300	Mercaderías		100.000
430	Clientes		85.000
436	Clientes de dudoso cobro		4.000
4742	Derechos por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar		300
540	Inversiones financieras temporales en instrumentos de patrimonio		14.625
570	Caja, euros		31.300
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		49.551

2. ESTADO DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS DEL ESTADO DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO CORRESPONDIENTE AL EJERCICIO TERMINADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 2008

A efectos ilustrativos, podemos ver cuál ha sido el cambio en el patrimonio neto en el ejercicio a partir de los correspondientes epígrafes en los balances de situación de principio y fin de ejercicio:

Balance de situación	1-1-2008	Balance de situación	31-12-2008
A) Patrimonio neto	438.065	A) Patrimonio neto	463.870
A.1) Fondos propios	438.000	A.1) Fondos propios	456.740
I. Capital		I. Capital	
1. Capital escriturado	425.000	1. Capital escriturado	425.000
III. Reservas		III. Reservas	
1. Legal y estatutarias	8.000	1. Legal y estatutarias	8.000
2. Otras reservas	5.000	2. Otras reservas	5.000
VII. Resultado del ejercicio	–	VII. Resultado del ejercicio	18.740
A.2) Ajustes por cambio de valor	65	A.2) Ajustes por cambio de valor	760
I. Activos financieros disponibles para la venta	65	I. Activos financieros disponibles para la venta	260
		III. Otros	500
A-3) Subvenciones recibidas	–	A-3) Subvenciones recibidas	6.370

Cambio en el patrimonio neto en el ejercicio:
 $463.870 - 438.065 = 25.805$

ESTADO DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS	2008
A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias	18.740
B) Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto	
I. Por valoración de activos y pasivos	
1. Ingresos de activos financieros disponibles para la venta	300
IV. Subvenciones	10.000
V. Efecto impositivo	(3.105)
Total ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto (I + IV + V)	7.195
C) Transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias	
IX. Subvenciones	(200)
X. Efecto impositivo	70
Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias (IX + X)	(130)
D) TOTAL DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS (A + B + C)	25.805

Recensiones Bibliográficas

Elusiones fiscales atípicas

Abraham CASTRO MORENO
Atelier, Barcelona, 2008, 191 págs.

Este nuevo libro de quien es profesor titular –y habilitado para el acceso al cuerpo de catedráticos– de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid, se ha estructurado en cuatro capítulos a los que sigue una abundante referencia bibliográfica. En aquellos se sigue una metodología común que pasa por la exposición preliminar de las posibles elusiones fiscales atípicas por ausencia de tipo objetivo del delito de defraudación tributaria (art. 305 del CP), que son tratadas a la luz de las diferentes posiciones doctrinales y de la jurisprudencia recaída y, posteriormente, se produce la toma de postura y argumentación del autor sobre la omisión de presentación de la declaración tributaria, el fraude a la ley, las ganancias patrimoniales injustificadas e ilícitas y la prescripción tributaria. La inclusión de esta causa de atipicidad sobrevenida se justifica por la amplia polémica generada en torno al diferente plazo existente en el ámbito tributario y en el penal.

Con relación a la falta de presentación de declaraciones, el trabajo arranca advirtiendo de las discusiones producidas desde hace décadas sobre la admisibilidad o no de la comisión por omisión del delito fiscal; cuestión que aparece expresamente contemplada ahora por el precepto penal, que comienza con la indicación de «el que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública...» y que lleva al autor a plantearse el alcance del verbo «defraudar», condicionante inexorable de la solución que se postula después en relación con la dinámica comitiva de dicho delito.

En su recorrido, el profesor CASTRO MORENO alude al simple impago del tributo, factor que no produce, por sí solo, la existencia del delito –tampoco habría infracción administrativa sancionable, desde luego, si la presentación veraz de una declaración no va seguida del pertinente ingreso de la deuda tributaria–, como han venido a plantear casi todos los estudiosos. Lo contrario entrañaría, pura y simplemente, admitir la prisión por deudas, requiriendo el tipo penal un plus de desvalor en la conducta que se pondría de manifiesto con la maquinación o engaño culpable.

Después de la sistematización de las diferentes posiciones de los autores y señalar el respaldo que a las mismas se pueden encontrar en sentencias del propio Tribunal Supremo –así, por ejemplo, las SS de 12 de enero y 12 de mayo de 1986 suscriben la interpretación que la doctrina mayoritaria ha realizado sobre el elemento defraudatorio, mientras que la STS de 28 de noviembre de 2003 va más en la línea minoritaria que postula la interpretación más neutra y objetiva de dicho requisito–, se examinan con detenimiento las variantes doctrinales, desde la negación de la posibilidad de perpetrar omisivamente la defraudación tributaria, hasta la contraria que postularía la existencia del delito siempre que se dé la ausencia de declaración, y se realizan las oportunas matizaciones para esclarecer la particular perspectiva de quienes se han asomado a esta cuestión.

Cuando se trata de determinar el alcance concreto y requisitos bajo los que debe reconocerse relevancia penal a la omisión de declaración fiscal, el autor deja expuesta su discrepancia con determinadas tesis extraordinariamente amplias para con los comportamientos omisivos y razona los motivos por los que se debe entender que la defraudación «es algo más que el simple incumplimiento de deberes formales tributarios de información y colaboración con la Administración tributaria». De esta manera, el profesor CASTRO MORENO considera admisible la interpretación que concede a la omisión de las declaraciones un ámbito mínimo de aplicación, sin que constituya, en ningún caso, defraudación tributaria por no darse el engaño requerido en la modalidad activa del delito y aunque puedan reprocharse a esa opinión argumentos de justicia o equidad y de la entidad de lesión de bien jurídico. La específica mención que se hace de la omisión en el precepto punitivo se referiría a datos y operaciones relevantes en las declaraciones tributarias, en la línea de las falsedades contables señaladas en el artículo 310.1 c) del Código Penal.

El capítulo segundo comienza exponiendo las discrepancias que la doctrina y la jurisprudencia han mantenido sobre la viabilidad para que se entienda cometido el delito fiscal en operaciones realizadas en fraude de ley tributaria. El autor parte de un concepto muy extendido de la figura y repasa diversos supuestos a los que han prestado atención tribunales ordinarios y económico-administrativos, así como los autores tributaristas y penalistas, señalando como característica común la utilización de negocios jurídicos anómalos por el sujeto, que incurriría así en una distorsión o abuso de las formas jurídicas, al emplearlas con fines diferentes a los que son típicos.

En la obra que comentamos se distinguen situaciones de fraude de ley tributaria con otras características de lícitas economías de opción y, también, se confrontan a supuestos de simulación negocial. A juicio del autor, el contraste con estos últimos suscita mayores dificultades, advirtiendo del riesgo —que sería habitual en los informes que la Inspección de los tributos remite a las fiscalías— de identificar el negocio jurídico simulado con el supuesto de hecho regulado por la norma defraudada.

Como es sabido, una cercana sentencia del Tribunal Constitucional ha declarado que la utilización del fraude de ley tributaria, para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne por sí mismo los requisitos típicos indispensables para ello, constituye analogía *in malam partem* prohibida por el artículo 25.1 de la Constitución (STC 120/2005, de 10 de mayo, f.º 4.º, manejando argumentos de la STC 75/1984, de 27 de junio, f.º 5.º y 6.º). El Tribunal razona que el delito fiscal requiere que se produzca, además del resultado perjudicial para la recaudación, el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello; elementos ambos que, si bien encajan perfectamente con la presencia de un negocio simulado dirigido a ocultar el hecho imponible, no se acompañan sin embargo con la figura del fraude de ley tributaria como medio comisivo del referido delito (STC 120/2005, de 10 de mayo, f.º 5.º, pudiendo verse también, complementando la doctrina de la anterior, la STC 47/2006, de 13 de febrero, especialmente f.º 3.º y 4.º, en un supuesto enjuiciado por delito de defraudación tributaria por negocios simulados y no por fraude de ley).

El profesor CASTRO MORENO destaca la incidencia de la interpretación constitucional realizada sobre la jurisprudencia penal que venía admitiendo la idoneidad típica de los supuestos de fraude de ley tributaria y aclara su posición personal favorable a la atipicidad con argumentos de Derecho Penal y otros asociados a la ausencia de sanción en el ámbito administrativo, por lo que «recorrir a

la tutela *per saltum* aplicando el delito fiscal a conductas que ni tan siquiera alcanzan la gravedad necesaria para revestir la categoría de ilícitos administrativos, sería contrario a los principios de unidad y coherencia del ordenamiento, así como a los de subsidiariedad, *ultima ratio* e intervención mínima que rigen la intervención del Derecho Penal».

El siguiente capítulo se refiere por separado, y con mayor brevedad que los anteriores apartados, a los incrementos no justificados de patrimonio y a la obtención ilícita de rentas, advirtiendo, no obstante, de la frecuente relación que presentan ambas situaciones, aunque ello no pueda invertir, como regla, la presunción de inocencia que ha de observarse en el campo procesal penal. En las páginas del libro se destaca la relevancia fiscal que tiene la utilización del método de estimación indirecta, como cauce para aflorar bases ocultas, y también la que puede desempeñar en el campo estrictamente criminal como fórmula de prueba de indicios que goza de respaldo jurisprudencial.

Por último, se suscita la cuestión de la prescripción tributaria como posible causa de atipicidad sobrevenida, remontándose a la reducción del plazo que introdujo la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes y dando cuenta de la viva polémica planteada sobre los efectos que aquella deba o no tener en el delito fiscal.

El autor se muestra contrario a las tesis que abogan por la atipicidad de la conducta tras la prescripción tributaria: «cuando se condena al sujeto por la defraudación fiscal cometida, se hace por lo que se hizo en su momento, sin que resulte por ello relevante el que, años después de realizada la conducta, ya no se esté lesionando el bien jurídico protegido». Esta lesión, según señala el profesor CASTRO MORENO, «no se tiene por qué estar produciendo también el día del juicio, ni años después de realizarse la conducta típica, ni en este, ni en ningún otro delito. La prescripción de la infracción, no anula la lesión del bien jurídico que en su momento sí existió, igual que la prescripción de un homicidio no elimina la lesión producida sobre el bien jurídico vida, aunque impide su persecución por razones de seguridad jurídica».

Así las cosas, la obligación de declarar de oficio la prescripción, que pesa sobre la Administración, únicamente supone que esta no puede investigar los hechos, pero no incluyen la imposibilidad de denunciarlos ante el Ministerio Fiscal o a la Autoridad Judicial. Al final se sugiere como solución la vía de la regularización que ofrece el artículo 305.4 del Código, no para aplicarla automáticamente en los casos de prescripción —como algunos autores proponen sin tener en cuenta que la prescripción no representa un supuesto de regularización—, sino para que el sujeto declare y deshaga el fraude en que incurrió, bastando incluso una *regularización informal*, pero que contenga la información necesaria para el afloramiento de los verdaderos datos que se ocultaron o falsearon, y sin que ello deba suponer forzosamente la exigencia del pago total de la deuda inicialmente no ingresada.

Miguel Ángel Martínez Lago

Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria

Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA

Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 245 págs.

El tema elegido por el autor, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, hace referencia al creciente fenómeno de financiación público-privada para la construcción de infraestructuras ante las limitaciones impuestas a nivel europeo y en España por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y nuestra legislación sobre estabilidad presupuestaria. En la obra se analiza el impacto que ello tiene sobre los modos de contratación de las obras públicas a través de tres figuras básicas: la concesión de obra pública, la constitución de entidades instrumentales y el arrendamiento operativo, constituyendo este último un instrumento atípico y que surge, precisamente, como consecuencia del problema del cómputo contable de las operaciones de construcción de infraestructuras, exteriorizando perfectamente el recurso a la ingeniería jurídica en este ámbito.

El profesor GONZÁLEZ GARCÍA pone de relieve el indudable impacto que tiene la estabilidad presupuestaria sobre la contratación administrativa y considera que las exigencias que provienen de aquella están conduciendo a las Administraciones Públicas a una carrera en aras de la «desconsolidación», para lo cual recurren a una contabilidad de diseño, que guarda mucha proximidad con métodos que se utilizan habitualmente por las empresas privadas. En efecto, como señala el autor, «el corsé de la estabilidad presupuestaria ha hecho que los entes públicos tengan que recurrir a figuras jurídicas complejas, que en ocasiones resultan la consecuencia de cócteles de otras relaciones jurídicas típicas, con actores diversos –públicos y privados– para lograr el efecto querido de que no se consolide en el déficit público, en la medida en que es el mecanismo que permitirá mantener un alto nivel de construcción de infraestructuras».

El libro consta de cinco capítulos. En el primero se plantea el problema de cómo el principio de estabilidad presupuestaria incide sobre el funcionamiento de los entes públicos en el caso paradigmático de la construcción de infraestructuras. Luego sigue, en el capítulo segundo, con el estudio de los criterios contables para la incorporación a las cuentas de la Administración Pública del coste de construcción de una infraestructura para, más adelante, analizar los efectos contables de las tres formas de construcción de infraestructuras como son la concesión de obra pública (capítulo tercero), el arrendamiento operativo (capítulo cuarto) y las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas (capítulo quinto).

Al principio del trabajo, el autor reconoce la importancia de las infraestructuras como factor esencial para el crecimiento económico y para la mejora de la competitividad de la economía europea. De hecho, en las conclusiones del Consejo Europeo desarrollado en Bruselas, en marzo de 2005, se señaló en este sentido que «de forma general, las inversiones en infraestructuras favorecerán el crecimiento e implicarán una mayor convergencia en los planos económico, social y medioambiental. En el marco de la iniciativa de crecimiento y los programas de puesta en práctica inmediata, el Consejo Europeo destaca la importancia de la realización de los proyectos prioritarios en materia de redes de transporte y de energía e invita a la Unión y a los Estados miembros a que prosigan sus esfuerzos de inversión y fomenten asociaciones entre los sectores público y privado». También se reflexiona sobre el hecho de que la estabilidad presupuestaria, a pesar de encontrarse

fuera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, determina la actividad administrativa en esta materia, condicionando las cláusulas que se incluyen en los contratos, e incluso abriendo la puerta a nuevas modalidades contractuales que no están recogidas en la legislación, impulsando y retrayendo también la utilización de una figura en un momento dado.

A lo largo del primer capítulo, descriptivo del marco de la estabilidad comunitaria, se observa cómo Eurostat (oficina estadística de la Comisión Europea) ha ido delimitando los supuestos en que una determinada operación computa o no a efectos del déficit público, por aplicación de los criterios de contabilidad pública recogidos en el Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad Europea [Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, conocido como SEC-95] y cómo los entes públicos están afinando los procedimientos, e incluso configurando otros nuevos, para construir infraestructuras sin que tengan efectos negativos en el déficit público, esto es, no consolidando su coste a efectos del mismo.

El autor considera que al problema tradicional de la escasez de recursos se ha añadido ahora el de la estabilidad presupuestaria, que es, sin lugar a dudas, el factor que más está transformando los sistemas tradicionales de construcción de obras públicas, en ocasiones sin una valoración suficiente de la ponderación entre los efectos del déficit y los costes añadidos que pueden existir por recurrir a mecanismos de colaboración privada para eludir los límites comunitarios. En la actualidad diversos son los procedimientos y las formas para afrontar la construcción de infraestructuras, pero muchas de ellas parten de dicha participación de los particulares. Eurostat ha fomentado el uso de figuras complejas y la utilización de instrumentos que se separen de la fisonomía tradicional de los contratos de obra. Bien se podría decir, incluso, que el organismo estadístico europeo premia una buena utilización de la ingeniería financiera, de los trucos contables, de los recovecos que se abren en el SEC-95, mediante la desconsolidación de dichas operaciones en las cuentas de dicho Estado, permitiendo mantener un alto nivel de inversión y una mejor prestación de los servicios públicos.

En el segundo capítulo se estudia la doctrina de Eurostat sobre la consolidación en las cuentas de las Administraciones Públicas. El análisis se centra en los principios contables sobre la contabilización de las operaciones de construcción de infraestructuras, elemento básico para el entendimiento de su efecto sobre la estabilidad presupuestaria. Dos son las principales razones por las que el autor expone en este capítulo los principios básicos que Eurostat ha ido afirmando en aplicación del SEC-95: por un lado, el procedimiento de déficit excesivo que prevé el artículo 104 del Tratado de Maastricht, que compone un contenido obligatorio desde el punto de vista económico y presupuestario, sobre todo desde el momento en que el diseño y la ejecución de la política monetaria corresponden al Banco Central Europeo y, por otro lado, el propio ordenamiento jurídico español, que ha hecho un llamamiento expreso a los criterios que se aprueben para disponer de un sistema de cuentas armonizado en el ámbito comunitario.

En la actualidad, como sostiene GONZÁLEZ GARCÍA, «para intentar eludir estos topes de déficit y dar respuesta a las necesidades de infraestructuras, se utilizan personas interpuestas, dependientes de la propia administración, o se recurre a las fórmulas de cooperación público-privada con lo que aparece la cuestión clave: determinar en qué contabilidad han de reflejarse estas operaciones, más allá de cuál sea la forma jurídica empleada y teniendo siempre presente que cabe

la opción de que se apunte en el balance del ente público o que, por el contrario, se produzca la denominada desconsolidación, esto es, se registra en el balance del productor de mercado con el que ha actuado la Administración y, en consecuencia, no entra en el balance de dicho ente público, con lo cual no contribuye a la formación de déficit, que es lo que, en ciertos umbrales, está prohibido en el ámbito comunitario».

Ya en el capítulo tercero, se considera la utilización de la concesión de obra pública, figura que, aparentemente, menos dificultades podría plantear a una Administración Pública en relación con la consolidación del coste de la operación en su contabilidad. A lo largo de dicho capítulo, el autor analiza diversos aspectos como el de la asunción de riesgos por parte del concesionario; la participación pública en la financiación de la construcción de la obra, mediante aportaciones dinerarias y no dinerarias, subvenciones, créditos participativos y avales; la retribución por el concesionario por la utilización de la obra (peajes duros, en la sombra, blandos, pagos por disponibilidad de parte de la Administración); la importancia del equilibrio económico del contrato en las cuentas públicas y el problema de la situación contable del activo de la obra durante la vida de la concesión y a la finalización de la misma.

En el siguiente capítulo, el profesor GONZÁLEZ GARCÍA estudia la nueva modalidad contractual del arrendamiento operativo –que no computa a nivel de déficit público, siempre que los elementos centrales relativos a la construcción del inmueble recaigan en manos del particular y siempre que no haya ningún factor que distorsione de forma directa o indirecta el hecho de que es el particular el que asume todos los riesgos– y que responde a las siguientes características: «es un contrato mixto, que se configura sobre la concurrencia de los siguientes tres elementos: i) en primer lugar, se encomienda la construcción de la infraestructura por parte de la Administración Pública a la entidad arrendataria del inmueble, ii) en segundo término, el destino del inmueble es su utilización por parte de la administración para lo cual, una vez finalizada la realización de las obras, se procede a su arrendamiento a la Administración Pública que ha encomendado la ejecución de la obra y iii) por último, como instrumento que sirve esencialmente para la retención de riesgos por el particular, durante toda la vida del contrato de arrendamiento, el particular arrendatario será el titular del derecho de propiedad sobre el edificio construido».

El último capítulo se dedica a las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas y cómo computan sus actividades, tanto en la fórmula de entidad de derecho público –RENFE, Autoridades Portuarias, Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)– como en la de sociedad mercantil –supuesto previsto para la Administración estatal de la construcción y/o explotación de carreteras públicas y obras hidráulicas– o, en los últimos tiempos, buscando la participación privada en el capital (como ocurre con los ejemplos de «Madrid Calle 30, S.A.» y MINTRA en relación con el Metrosur).

Miguel Ángel Martínez Lago

Valeria Marrocco

Régimen jurídico de la Inspección Tributaria Local

Andrés GARCÍA MARTÍNEZ y Francisco VELASCO CABALLERO

Aranzadi, Navarra, 2008, 150 págs.

Esta nueva monografía de la colección técnica de bolsillo sobre Derecho fiscal de la Editorial Aranzadi es el resultado del dictamen suscitado por la Asociación Nacional de Inspectores de la Hacienda Pública Local al Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid. En este último desempeñan funciones directivas los autores, que son profesores titulares de la citada universidad (GARCÍA MARTÍNEZ lo es de Derecho Financiero y Tributario, mientras que VELASCO CABALLERO es de Derecho Administrativo).

El informe, estructurado en cinco capítulos, se centra en la contestación dada a tres cuestiones fundamentales: 1.^a El procedimiento *tipo* de inspección tributaria aplicable en la Administración local; 2.^a La organización, estructura y régimen funcional y de empleo de la inspección tributaria local, y 3.^a La participación de empresas privadas en la inspección de los tributos locales.

Con carácter previo al desarrollo de esos temas, los autores resaltan la importancia de la inspección tributaria desde la perspectiva de los principios de suficiencia financiera –al encaminarse a la recuperación de recaudación derivada de los tributos locales y conformar una cierta cultura tributaria alejada de la impunidad– y efectividad de la autonomía tributaria local consagrada en el artículo 133.2 de la Constitución.

El tratamiento del primero de los asuntos advertidos, el procedimiento tipo de inspección, arranca con el reconocimiento de las normas aplicables y proponiendo una interpretación armónica de lo preceptuado en el artículo 12.2 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales y en la disposición adicional 4.^a 3 de la Ley General Tributaria (LGT), para esclarecer el margen de capacidad innovadora ofrecido a las ordenanzas fiscales de carácter local y analizar después el orden de prelación de fuentes (art. 7 de la LGT) a partir del prisma del principio de especialidad, con base en cual, tendrán preferencia las normas dedicadas a la inspección tributaria que contengan los textos legales reguladores del Catastro Inmobiliario y de la Hacienda Local (DLeg. 1 y 2/2004, de 5 de marzo) frente a lo dispuesto en la LGT; derivando, además, la aplicación directa de las leyes y reglamentos estatales en materia de aplicación de los tributos en el marco de la Hacienda Local.

Al acudir a la determinación sustantiva del procedimiento de inspección regulado en la LGT y en el reglamento general de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RD 1065/2007, de 27 de julio) a los servicios de inspección tributaria local, se reitera el límite de la adaptación de la normativa estatal que pueden llevar a cabo las ordenanzas fiscales (derechos, garantías, deberes, obligaciones, potestades y facultades que tienen reconocidos tanto los obligados tributarios como la Administración) y se recorren en el informe las potestades de la inspección tributaria local, las funciones administrativas que la misma tiene atribuidas, la competencia para dictar los actos resolutorios del procedimiento y, en especial, las liquidaciones que, como no corresponden a los propios órganos de inspección municipal, sino al alcalde o al órgano representa-

tivo en que delegue, despliega importantes consecuencias en aspectos como la tramitación de las actas con acuerdo y de conformidad, cómputo del plazo máximo de duración del procedimiento y de interrupción injustificada del mismo. Los autores proponen que la competencia para dictar los actos de liquidación reside –como ocurre para la inspección estatal– en los propios órganos de inspección: en el inspector-jefe o en el jefe de los servicios de inspección. Obviamente, ello llevaría a una reestructuración de estos servicios. También se estudian las normas generales aplicables a la documentación de las actuaciones inspectoras, adopción de medidas cautelares, el objeto y las distintas fases del procedimiento.

Ya en el capítulo tercero se aborda el examen de la organización y empleo público local de la inspección. Aun reconociendo lo fragmentario de la información disponible, se lleva a cabo una breve sistematización en cuanto a los rasgos generales que presentan las distintas inspecciones en los ayuntamientos españoles y enunciando después la ubicación organizativa de las funciones inspectoras resolutorias. También se plantea el desarrollo de funciones de inspección por personal clasificado en grupos de cualificación académica media o no universitaria, sin singularización informativa específica.

Los autores toman como referencia la organización administrativa de la inspección tributaria estatal, enmarcada en el seno de la Agencia Tributaria, y la estructura del empleo público y distribución de funciones entre tipos de puestos de trabajo, realizando diversas propuestas para la inspección local que están presididas por la idea de ordenarla en tres niveles –resolutorio, dirección de la inspección y firma de actas– y teniendo en cuenta las dimensiones de cada municipio. También se plantea la posible creación de una subescala específica de inspección tributaria en el seno de la escala de administración especial, escogiendo para ello la vía de modificar el texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (RDLeg. 781/1986, de 18 de abril) o la de adición de la misma en la legislación de Haciendas locales. Otra posible reforma pasaría por la creación de una «clase» específica de funcionarios dentro de la subescala de servicios especiales.

Cualquiera de estas alternativas llevaría a una modificación de la relación de puestos de trabajo de cada ayuntamiento; reorganización que, siguiendo el planteamiento que se hace en el libro que comentamos, debería comprender: 1.º La singularización de un puesto de jefe de la inspección, con función directiva específica sobre las distintas unidades de inspección de cada municipio; 2.º La revalorización y reclasificación de los demás puestos de trabajo de inspección tributaria; 3.º La consiguiente reforma del sistema de retribuciones complementarias para los funcionarios de inspección de Hacienda Pública local, y 4.º La integración de funcionarios en las nuevas estructuras.

En el capítulo cuarto se observan las posibilidades de descentralización funcional de la inspección tributaria. Tras el examen de la normativa rectora de la competencia autoorganizativa local para el ejercicio de facultades de aplicación de los tributos, se considera si la aprobación de los actos de liquidación pueden ser o no objeto de descentralización, atribuyéndose bien a los propios servicios administrativos encargados del desarrollo de esas tareas aplicativas, bien, en su caso, a un organismo autónomo local creado para el ejercicio de dicha aplicación. En el informe se hace una particular alusión a los municipios de gran población sometidos a un régimen especial de organización que introdujo la Ley 57/2004, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del

Gobierno Local, así como a los respectivos regímenes aplicables en Madrid (Ley 22/2006, de 4 de julio) y Barcelona (1/2006, de 13 de marzo).

Por último, en el capítulo quinto se trata del riesgo de desfuncionarización de las tareas de inspección a través de la contratación de empresas privadas para la realización de funciones de inspección material. Esta externalización por medio de contratos de asistencia y colaboración suscritos con la empresa adjudicataria por la respectiva corporación local puede conllevar, según afirman los autores, diversos elementos distorsionadores del perfil constitucional de la eficacia administrativa, habida cuenta de que con tal contratación se quiere atender a un puro interés recaudatorio y de obtención de beneficio empresarial que deja en entredicho el servicio con objetividad al interés general.

En el trabajo se apuesta por la consecución de la eficacia con medidas que impliquen un reforzamiento de los propios servicios administrativos de inspección tributaria, con una mejor dotación de medios humanos y materiales y una más sólida formación del personal adscrito a los puestos de inspección, potenciando su colaboración y coordinación con otros servicios de la Administración municipal y, fuera de este ámbito, con la Agencia Tributaria, el Catastro, la Dirección General de Tráfico, los notarios y registradores de la propiedad.

Miguel Ángel Martínez Lago

El responsable tributario y la empresa

Sonia MAURICIO SUBIRANA

Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 245 págs.

No cabe duda del interés que ha avivado la nueva Ley General Tributaria (LGT), así como sus posteriores modificaciones fruto de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, en la figura del responsable tributario. Lo novedoso de la monografía de Sonia MAURICIO, profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, si se compara con otros estudios llevados a cabo sobre el responsable es que se procura dar satisfacción a «la necesaria conexión de la regulación general de este obligado tributario con la abundante casuística que se encuentra en la parte especial del Derecho Tributario». De esta manera, los siete capítulos de que consta la obra se estructuran en dos partes diferenciadas. Mientras que la primera arranca con el tratamiento de las notas que se dan cita en la propia LGT (concepto, naturaleza, clases), la segunda sirve para describir las distintas fases de la actividad empresarial, ajustadas a la vida social de la misma, tomando como eje la sociedad anónima como tipo social predominante desde el punto de vista económico y distinguiendo los actos iniciales, los de desarrollo de sus actividad y los actos finales de la empresa.

El primer capítulo parte de la consideración de los caracteres básicos del responsable derivados del artículo 41.1 de la LGT, a saber: 1.º Su carácter reservado a la ley; 2.º Situado «junto a los deudores principales», su obligación nace de un presupuesto distinto del hecho imponible, pero conexo y dependiente del mismo; 3.º Está obligado a las prestaciones materiales, pero no a todas las formales (solo de aquellos deberes que le incumben dentro del procedimiento de derivación de responsabilidad), y 4.º Puede responder solidaria o subsidiariamente.

Refiriéndose a la naturaleza de la figura se alude, por este orden, a la tesis clásica, inspirada en el derecho romano y en el antiguo derecho germánico, que configura la responsabilidad separada de la deuda; luego a la construcción que niega la condición de sujeto pasivo al responsable y, seguidamente, a la tesis que le considera sujeto pasivo. Finalmente, y señalándose partidaria de la misma, se expone la tesis que entiende que la finalidad última de la responsabilidad se traduce en garantizar el cobro del tributo, dotarlo de una mayor seguridad. Es esta función de garante que desempeña el responsable la que resulta desvirtuada cuando se contemplan excepciones que favorecen la atribución al mismo de las sanciones tributarias, razonando la autora que «la realización de un ilícito genera una sanción tributaria por el mismo hecho realizado no por el presupuesto de hecho anterior que genera la responsabilidad. El responsable lo es de la deuda tributaria que conlleva el presupuesto de hecho realizado por el contribuyente, pero no por la infracción que ha realizado otro».

En el siguiente capítulo, el estudio de los distintos supuestos de responsabilidad previstos en la LGT se efectúa en virtud de la realización del presupuesto de hecho que origina aquella y que puede tratarse de un acto lícito o ilícito. El análisis del régimen jurídico de la responsabilidad subsidiaria y solidaria se realiza distinguiendo los aspectos materiales y procedimentales de la regulación legal y siguiendo, por otra parte, aquella diferenciación proveniente de la licitud del acto. Tiene razón la profesora MAURICIO cuando concluye que «la última modificación de la LGT ha perdido la oportunidad de regular coherentemente en el capítulo dedicado a los sujetos infractores

el concepto de colaboración o grado de autoría en las infracciones. Ello hubiese contribuido a que la responsabilidad tributaria solidaria que se establece en el artículo 42.1 a) quedara expresamente deslindada de la participación en la comisión de infracciones, como dos instituciones separadas e independientes».

Con carácter general aborda el tercer capítulo de la obra —«la empresa y sus fases en el ámbito jurídico-tributario»— cuestiones que merecen un tratamiento posterior más desarrollado, comenzando con la construcción jurídica del concepto de empresa y su papel de categoría dogmática fundamental para el Derecho Tributario, pese a que en él se asista a la misma paradójica imprecisión que se da en otras ramas jurídicas. A partir de la jurisprudencia y doctrina consultada, la autora resume que «la empresa supone una actuación material y económica, resultado de un conjunto organizado de elementos productivos y humanos, unificados por su ordenación a la producción o distribución de bienes o servicios con fin de lucro, y no la mera actividad o actuación jurídica de ser titular de uno o varios elementos productivos. La sociedad es fruto o resultado de la actividad creadora y organizativa del empresario y, a la vez, el instrumento por medio del cual este realiza una determinada actividad de relación económica con el mercado mediante la organizada utilización del trabajo ajeno».

Sigue el estudio con la observación de la incidencia —desde una perspectiva dinámica y teniendo, según se señala, una visión de conjunto de su actividad— del Derecho Financiero en la empresa a lo largo de su vida social y examinando así la tributación del inicio de la actividad empresarial, de su desarrollo a fin de obtener determinados rendimientos y de su extinción y liquidación.

En el cuarto capítulo se hace particular apreciación de la responsabilidad tributaria en las operaciones societarias de constitución de la empresa, con clara relevancia en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD) (constitución, fusión y escisión), cuya ley reguladora declara responsables subsidiarios a los promotores y administradores de sociedades que hayan intervenido en el acto jurídico sujeto al impuesto y siempre que se hubieran hecho cargo del capital aportado o hubiesen entregado los bienes (art. 24 de la LITP y AJD aprobada por RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre).

El capítulo quinto se titula «La responsabilidad tributaria en distintos supuestos de desarrollo de la actividad empresarial» y bajo esta rúbrica se considera la que tienen los copartícipes o cotitulares de las comunidades de bienes y otras entidades que carecen de personalidad jurídica (art. 35.4 de la LGT) que realicen actividades empresariales; la responsabilidad de los administradores de sociedades en el desempeño de su cargo; la responsabilidad en los supuestos de contratación o subcontratación de la ejecución de obras y prestación de servicios y la responsabilidad de los agentes y comisionistas de aduanas cuando actúen en nombre y por cuenta de sus comitentes, supuestos todos estos recogidos en los artículos 42.1 b) y 43.1 a), e) y f) de la LGT.

También se examinan, ya en la normativa de la «parte especial», diversos casos de responsabilidad en las entregas de bienes y prestaciones de servicios que suelen configurarse sobre presupuestos ilícitos y que afectan al destinatario de los bienes y servicios en los Impuestos sobre el Valor Añadido, Especiales y en el Impuesto General Indirecto Canario. Asimismo se tratan los supuestos de responsabilidad en operaciones de importación.

Ya en el capítulo sexto se estudia el desenvolvimiento de la responsabilidad tributaria en operaciones que han adquirido una importancia determinante en el ámbito empresarial nacional y globalizado. Primero se refiere a la responsabilidad por adquisición de explotaciones económicas [art. 42.1 c) de la LGT] y luego a la responsabilidad en las operaciones societarias de modificación y fusión. Aquí se consideran diversos supuestos de aumento de capital –por incorporación de nuevos medios patrimoniales aportados por accionistas y terceros, por transformación de reservas, plusvalías o beneficios en el contravalor del nuevo capital y por conversión de obligaciones en acciones o entrega de acciones en pago a los acreedores–, reducciones del mismo (con devolución de aportaciones o condonación de dividendos pasivos y por constitución o incremento de la reserva legal o las reservas voluntarias), aportaciones de los socios para reponer pérdidas y operaciones de fusión de sociedades.

El libro termina con un capítulo en el que después de unas consideraciones previas que denotan la importancia que representa la determinación del momento en que, desde el punto de vista tributario, se produce la desaparición de la empresa y de contrastar la responsabilidad tributaria con los supuestos de sucesión *inter vivos* que establece el artículo 40 de la LGT, la autora considera, por este orden, la responsabilidad de los administradores en casos de cese por las deudas tributarias pendientes de las personas jurídicas; la responsabilidad de los gestores de patrimonios en liquidación y en las operaciones societarias de disolución y extinción de sociedades [arts. 43.1 b) y c) de la LGT y 24 de la LITP y AJD].

Miguel Ángel Martínez Lago