

CEF.-

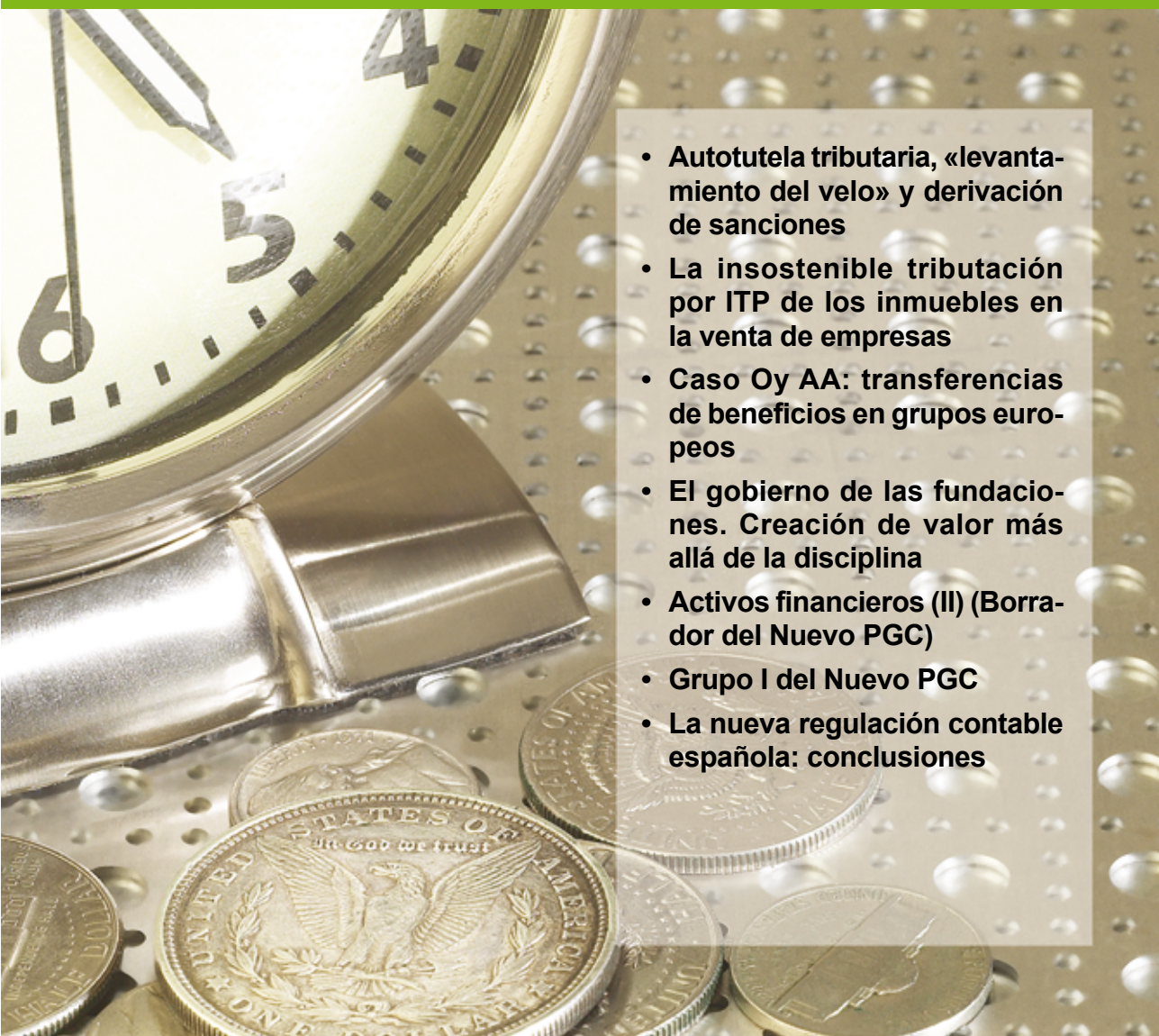
Contabilidad y Tributación

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9540

Revista mensual núm. 296

Noviembre 2007



- Autotutela tributaria, «levantamiento del velo» y derivación de sanciones
- La insostenible tributación por ITP de los inmuebles en la venta de empresas
- Caso Oy AA: transferencias de beneficios en grupos europeos
- El gobierno de las fundaciones. Creación de valor más allá de la disciplina
- Activos financieros (II) (Borrador del Nuevo PGC)
- Grupo I del Nuevo PGC
- La nueva regulación contable española: conclusiones

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

NOVIEMBRE 2007 – NÚMERO 296

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel

COORDINADORES

M.^a José Leza Angulo

Javier Romano Aparicio

CONSEJO ASESOR

- Valentín Azofra Palenzuela
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valladolid)
- Leandro Cañibano Calvo
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Autónoma de Madrid)
- Inocencio Carazo González
(Socio Director de INSESA & Abogados)
- José Luis Cea García
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Autónoma de Madrid)
- Abelardo Delgado Pacheco
(Socio de Garrigues. Inspector de Hacienda del Estado -excedente-)
- Zulima Fernández Rodríguez
(Catedrática de Organización de Empresas. Universidad Carlos III)
- Lorenzo de las Heras Miguel
(Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)
- Jesús Lizcano Álvarez
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Autónoma de Madrid)
- Ricardo Lozano Aragüés
(Director General de Seguros)
- Carlos Mallo Rodríguez
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Carlos III)
- Luis Alberto Malvárez Pascual
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva)
- Alberto Monreal Lasheras
(Socio PWC Landwell. Inspector de Hacienda del Estado -excedente-)
- Carlos Palao Taboada
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid)
- Álvaro Rodríguez Bereijo
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid)
- 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)
- Marta Villar Ezcurra
(Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad CEU San Pablo)
- Juan Zornoza Pérez
(Catedrático de Derecho Tributario. Universidad Carlos III)

SUMARIO

TRIBUTACIÓN

	Página
65/2007 Autotutela tributaria, «levantamiento del velo» y derivación de la responsabilidad a las sanciones (Miguel Ángel Martínez Lago y José Manuel Almudí Cid)	3
66/2007 La insostenible tributación por ITP de los inmuebles en la venta de empresas (Javier Martín Martín y Eduardo Sanfrutos Gambín)	59
67/2007 Libertad de establecimiento. La tributación de los grupos europeos en la jurisprudencia comunitaria (Juan Franch Fluxà)	91

CONTABILIDAD

68/2007 El gobierno de las fundaciones. La creación de valor más allá de la disciplina PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2007 (María Elena Romero Merino)	109
69/2007 Activos financieros (II) (Borrador Nuevo PGC) (Francisco Sebastián Castro)	145
70/2007 El grupo I (Financiación básica) (Borrador del Nuevo PGC: análisis comparativo en relación al PGC de 1990) (Francisco J. López Corrales y Mercedes Mareque Álvarez-Santullano)	187
71/2007 Conclusiones sobre «La nueva regulación contable española desde la perspectiva doctrinal» (Curso de verano 2007 de la Universidad Autónoma de Madrid) (José Luis Cea García y Herenia Gutiérrez Ponce)	227

CLAUSURA DEL CURSO ACADÉMICO 2006-2007 DEL CEF	231
EL PRESENTE Y EL FUTURO DE LAS PENSIIONES EN ESPAÑA	237

A partir de este número, como complemento a los artículos sobre el PGC –Borrador– publicados en función de las normas empezamos una nueva serie de artículos en función de los grupos del Plan. Con ello esperamos haber dado la mejor respuesta al lector.

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.: 914 444 920

- 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 (2007) 125,00 € (IVA no incluido)

Comprende dos volúmenes:

- 1.º Legislación, Consultas, Jurisprudencia.
- 2.º Comentarios y Casos prácticos.

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2007) 182,70 € (IVA no incluido)

(Comprende los dos volúmenes indicados anteriormente y al final de cada año se recopilan en Tomos independientes: Legislación, Jurisprudencia, Consultas tributarias y Normativa contable).

- NÚMEROS SUELTOS (Completo):

- Suscriptores 14,43 € (IVA no incluido)
- No suscriptores 19,24 € (IVA no incluido)

© 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.

AUTOTUTELA TRIBUTARIA, «LEVANTAMIENTO DEL VELO» Y DERIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LAS SANCIONES

**(Análisis de los nuevos supuestos de responsabilidad tributaria
incorporados a la Ley General Tributaria por la Ley 36/2006, de 29 de
noviembre, y del procedimiento de derivación de la responsabilidad a las
sanciones tributarias)**

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ LAGO
JOSÉ MANUEL ALMUDÍ CID
*Profesores Titulares de Derecho Financiero y
Tributario de la UCM. Abogados*

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

Extracto:

EL presente estudio se centra en la consideración de los nuevos supuestos de responsabilidad subsidiaria asociados a un hecho ilícito que se contemplan en el artículo 43.1 g) y h) de la LGT (según la redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal) y, por otro lado, en los procedimientos inadecuados, a juicio de los autores, a los que se reconducen esos supuestos así como los demás existentes en la propia LGT en los que la responsabilidad –solidaria o subsidiaria, según los casos–, se extiende la sanción a quienes causen o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria; quienes sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas cuando no se hubiera solicitado certificación administrativa detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de dicho ejercicio; a los sujetos que impidan o dificulten la ejecución recaudatoria; también a los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo estas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones; de personas o entidades que ejerzan el control de sociedades creadas o utilizadas para eludir los tributos (supuesto que centrará nuestra atención seguidamente), y de los sucesores de las sociedades y entidades disueltas hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda. En todos estos casos, los procedimientos seguidos postergan la conveniencia de seguir frente a todos estos sujetos un procedimiento de índole sancionadora. Una vez más, el sacrificio de la lógica en aras de maximizar intereses recaudatorios de nuestra Administración tributaria.

Palabras clave: autotutela tributaria, levantamiento del velo, derivación de sanciones y responsabilidad subsidiaria.

Sumario

1. Responsabilidad tributaria y responsabilidad por infracciones.
2. Los nuevos supuestos de responsabilidad incorporados a la LGT. Regulación vigente.
3. Fundamento de los nuevos supuestos de responsabilidad subsidiaria.
 - A) Prevención del fraude en fase de recaudación.
 - B) Levantamiento del velo de la personalidad jurídica.
4. Estructura de los supuestos de responsabilidad.
 - A) Responsabilidad de quienes controlen efectivamente sociedades creadas o utilizadas para eludir tributos.
 - B) Responsabilidad de las sociedades controladas.
5. Levantamiento del velo, responsabilidad y sanciones.
6. Procedimientos para declarar y exigir la responsabilidad por las sanciones.
 - A) Naturaleza del procedimiento de derivación de responsabilidad por sanciones.
 - B) Derechos de los responsables.
 - C) Iniciación del procedimiento.
 - D) Instrucción del procedimiento.
 - E) Finalización del procedimiento.
 - F) Exigencia de la responsabilidad por sanciones tributarias.

1. RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA Y RESPONSABILIDAD POR INFRACCIONES

Los conceptos de deuda y sanción no son equiparables. Y, sin embargo, desde que se aprobó la Ley General Tributaria en 1963 hasta la reforma producida por la Ley 25/1995, de 20 de julio, las sanciones tributarias formaron parte del contenido accesorio de la deuda tributaria. Hoy, la nueva LGT (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), excluye de dicho concepto a las sanciones, pero continúa atribuyendo estas a terceros partícipes en la ejecución de infracciones y actos ilícitos, cuando dicho problema debería afrontarse exclusivamente desde la óptica de la determinación del sujeto activo de la infracción, aplicando para ello principios del Derecho Sancionador como el de personalidad de las sanciones y sin tender la mirada a instituciones típicas del Derecho Tributario. Entre estas, la «responsabilidad tributaria», que es una garantía personal que asegura la satisfacción del crédito tributario de la Administración y que no tiene justificación extender su aplicación a las sanciones. Estas, solo formalmente admiten ser calificadas como un crédito de la Administración frente al infractor, puesto que por su fundamento y razón de ser, son medidas radicalmente diferentes.

En efecto, el crédito tributario es un derecho subjetivo, un interés patrimonial jurídicamente protegido especialmente porque permite hacer efectivo el deber de solidaridad política, económica y social de sostenimiento de los gastos públicos por medio de un sistema tributario justo. En cambio, la sanción tributaria es una medida represiva, un castigo que se impone como elemento de prevención y retribución de actuaciones ilícitas y antijurídicas. Con ella no se protege ni tutela ese especial interés patrimonial de la Administración, sino que simplemente se causa un mal al sujeto que realizó una conducta infractora.

Las diferencias son esenciales y por ello resulta contradictorio tutelar el interés de cobro de la Administración mediante la extensión de la responsabilidad pecuniaria sobre el patrimonio de terceros. Si el responsable tributario comete un ilícito, lo que debe hacerse es imponerle una sanción autónoma cuyo pago no libere al infractor principal. Lo contrario es absurdo y probablemente contrario a la Constitución.

La doctrina que se ha ocupado del problema ha puesto de manifiesto que esta atribución o extensión de responsabilidad ha seguido una línea de expansión, buscándose en ella una técnica para sancionar comportamientos ilícitos, resultando reprobable y plena de objeciones desde los presupuestos constitucionales que inspiran el Derecho Sancionador ¹.

¹ Cfr. ESCRIBANO LÓPEZ, F.: «Notas sobre la regulación de la responsabilidad tributaria» en la obra colectiva *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 590-591.

Por otra parte, las anteriores versiones de la LGT abordaron la extensión de responsabilidad por infracciones en lugares incorrectos, mezclando problemas de responsabilidad en la deuda tributaria con otros de responsabilidad en las sanciones², lo cual no es, en último extremo, sino un signo de la escasa claridad de ideas respecto de la naturaleza jurídica de la cuestión, que no está relacionada con la responsabilidad en garantía de la deuda en el ámbito de la relación jurídico-tributaria, esto es, con la figura del responsable tributario en sentido estricto, sino con los problemas de coautoría y participación en la comisión de infracciones tributarias, o de la violación de determinados deberes de vigilancia con resultado de infracción.

Con la aprobación de la nueva LGT se volvió a perder otra oportunidad para configurar a los responsables de tales supuestos ilícitos como sujetos infractores para los que habría una específica sanción ponderando su participación o colaboración en la comisión de las infracciones ajenas³; opción esta que fue defendida ya, unos años después de aprobarse la originaria LGT, por el Maestro SAINZ DE BUJANDA⁴.

Pero la nueva LGT no ha propiciado esa transformación de supuestos de responsabilidad en comportamientos infractores autónomos y merecedores de una específica sanción⁵, limitándose a diferenciar –aunque con consecuencias más formales que de índole sustancial– la posición de los responsables y sucesores de las sanciones tributarias (art. 182) frente a la de los sucesores (arts. 39-40) y responsables tributarios (arts. 41-43). Estos últimos preceptos representan el lugar donde, en realidad, se ventilan las clases de responsabilidad y las consecuencias derivadas de las mismas⁶. Desde el punto de vista del procedimiento que ha de seguirse para hacer efectiva la respectiva prestación que a unos y a otros toca cumplir, todos los responsables, cualquiera que sea la naturaleza del acto del que derive su responsabilidad, quedan sujetos a un mismo tipo de procedimiento, regulado por el artículo 175 de la LGT si fue-se para exigir la responsabilidad solidaria y por el artículo 176 de la LGT, si se ha de ventilar un

² Vid., por ejemplo, PÉREZ ROYO, F.: *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, págs. 291-292; ZORNOZA PÉREZ, J. J.: *El sistema de infracciones y sanciones tributarias. (Los principios constitucionales del Derecho sancionador)*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 191; también HERRERA MOLINA, P. M.: «Coautoría y participación en las infracciones tributarias y responsabilidad tributaria por actos ilícitos», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 152, 1995, pág. 7.

³ Cfr. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: «El alcance de la responsabilidad tributaria en la nueva Ley General Tributaria: análisis jurídico y examen comparativo respecto de la Ley General Tributaria de 1963», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 263, 2005, pág. 50.

⁴ Cfr. SAINZ DE BUJANDA, F.: «La responsabilidad tributaria en régimen de solidaridad» –publicado inicialmente en la revista *Economía Financiera Española*, núm. 30, 1969– y recogido más tarde en *Hacienda y Derecho*, vol. VI, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, págs. 292-293.

⁵ Esa posibilidad se tuvo en cuenta por la COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PROPUESTA DE MEDIDAS PARA LA REFORMA DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA: *Informe para la reforma de la Ley General Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, págs. 178 y ss. También vid. COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL BORRADOR DEL ANTEPROYECTO DE LA NUEVA LEY GENERAL TRIBUTARIA: *Informe sobre el borrador del anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2003, págs. 71 y ss.

⁶ El Consejo de Estado, en su Dictamen 1403/2003, de 22 de mayo, sobre el anteproyecto de LGT, se mostró crítico con la regulación, advirtiendo que «los dos primeros apartados del artículo 182 no tienen una regulación sustantiva sino que se remiten a otros artículos de la ley tanto en lo relativo a la determinación de los sujetos responsables como del procedimiento. En el caso de las remisiones a los artículos 42.1 a) y c) y 43.1 a) podrían incorporarse su contenido al propio artículo 182». En términos parecidos a nosotros se pronuncian ANÍBARRO PÉREZ, S. y SESMA SÁNCHEZ, B.: *Infracciones y sanciones tributarias*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 81.

supuesto de responsabilidad subsidiaria. La ley no distingue, sin embargo, entre hechos lícitos o ilícitos, cuando, precisamente, de ello debería derivar, en buena lógica, el despliegue de un procedimiento bien distinto, encaminado a garantizar simplemente, y no es poco, el cobro tributario o a castigar la conducta de quienes participaron en la comisión de una infracción.

Ello es consecuencia de un defecto primigenio de la LGT y que pasa por la reconducción a los esquemas de la responsabilidad tributaria de los problemas de concurrencia subjetiva en las infracciones y sanciones tributarias. En el plano dogmático, la utilización de la responsabilidad tributaria, institución netamente garantista y no represiva, para pergeñar la responsabilidad de corte punitivo, al servicio del Derecho Sancionador Tributario, solo puede plantear problemas, dado que ambas instituciones se orientan a la protección de intereses y de finalidades perfectamente diferenciados ⁷.

El propósito de nuestro estudio se centra en la consideración de los nuevos supuestos de responsabilidad subsidiaria asociados a un hecho ilícito y que contempla el artículo 43.1 g) y h) de la LGT (según la redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal), y los procedimientos inadecuados a los que se reconducen, postergando la conveniencia de seguir frente a estos sujetos un procedimiento de índole sancionadora. Una vez más, el sacrificio de la lógica en aras a maximizar intereses recaudatorios de nuestra Administración tributaria ⁸.

Los supuestos legalmente previstos de extensión de la responsabilidad a las sanciones se refieren a las siguientes personas o entidades: 1.º Las que causen o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria; 2.º Quienes sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas cuando no se hubiera solicitado certificación administrativa detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de dicho ejercicio; 3.º Sujetos que impidan o dificulten la ejecución recaudatoria; 4.º Los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo estas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones; 5.º Personas o entidades que ejerzan el control de sociedades creadas o utilizadas para eludir los tributos (supuesto que centrará nuestra atención seguidamente), y 6.º Los sucesores de las sociedades y entidades disueltas hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda.

⁷ Cfr. DE LA HUCHA CELADOR, F.: «Reflexiones para una redefinición dogmática de la responsabilidad en Derecho Tributario (II)», *Revista Española de Derecho Financiero* (Civitas), núm. 95, 1997, pág. 340.

⁸ En opinión de CALVO ORTEGA, R.: *Las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria: En torno a un nuevo ordenamiento*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2006, pág. 170, hoy el fenómeno más preocupante de la fiscalidad de nuestros días (juntamente con el fraude organizado) es la extensión de la responsabilidad tributaria a sujetos distintos del contribuyente. Aunque se trate de un recurso insustituible si se quiere una gestión eficaz, considera que gran parte de las figuras de responsabilidad que conducen en ocasiones a situaciones injustas podrían ser sustituidas por una información adecuada y oportuna que permitiese a la Administración gestionar en el momento preciso. El mismo autor, en los comentarios que realiza sobre los obligados tributarios en la obra *La nueva Ley General Tributaria*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 166, reconoce como situación injusta la transmisión de las sanciones al responsable por infracciones del contribuyente: Con ello, no solo se transgrede el principio de personalidad de la pena, sino que si termina siendo definitivamente incido el responsable, el ilícito cometido por el deudor principal que realizó el hecho imponible queda sin sanción y, en cambio, si la acción de regreso prospera, el responsable se resarce totalmente y el ilícito que cometió queda sin sanción ya que esta era la exigencia de una deuda ajena que le ha sido reembolsada.

En los tres primeros casos, el procedimiento a seguir será el mismo que el empleado frente a otros responsables solidarios. Los siguientes supuestos seguirán el cauce frente a los responsables subsidiarios y, en fin, el enunciado en último término será el que se ventila frente a sucesores. Todos ellos tienen un objetivo común: tratar de asegurar el cobro para la Administración, frente a lo que hubiera sido el procedimiento lógico de imposición de sanciones, otorgando a todos esos sujetos las debidas garantías exigibles en dicho ámbito.

2. LOS NUEVOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD INCORPORADOS A LA LGT. REGULACIÓN VIGENTE

La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal ha ampliado los supuestos de responsabilidad tributaria a los que se extienden las sanciones, entre los que se encuentran dos nuevos tipos que serán aplicables cuando los presupuestos de hecho determinantes de la responsabilidad concurren a partir de la fecha de entrada en vigor de la ley –1 de diciembre de 2006– (disp. trans. 4.^a). Concretamente, estos dos nuevos supuestos aparecen en los nuevos párrafos g) y h) del apartado 1 del artículo 43 de la LGT, que tienen la siguiente redacción:

«Artículo 43. *Responsables subsidiarios.*

1. Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:
(...)

- g) Las personas o entidades que tengan el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto, de las personas jurídicas o en las que concurra una voluntad rectora común con estas, cuando resulte acreditado que las personas jurídicas han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública y exista unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial. La responsabilidad se extenderá a las obligaciones tributarias y a las sanciones de dichas personas jurídicas.
- h) Las personas o entidades de las que los obligados tributarios tengan el control efectivo, total o parcial, o en las que concurra una voluntad rectora común con dichos obligados tributarios, por las obligaciones tributarias de estos, cuando resulte acreditado que tales personas o entidades han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta como medio de elusión de la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, siempre que concurren, ya sea una unicidad de personas o esferas económicas, ya una confusión o desviación patrimonial.

En estos casos la responsabilidad se extenderá también a las sanciones».

Estos nuevos tipos de responsabilidad subsidiaria no encuentran antecedentes en la legislación estatal. Sin embargo, dada su común inspiración en la doctrina del levantamiento del velo societario y en la evitación del fraude fiscal en fase de recaudación, pueden citarse los siguientes preceptos de la normativa foral aprobada en los Territorios Históricos del País Vasco, a saber: artículo 42.3 de la

Norma Foral 6/2005, de 28 de febrero, General Tributaria del Territorio Histórico de Álava; artículo 42.3 de la Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Guipúzcoa, y artículo 41.3 de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Vizcaya. Los tres citados artículos regulan un supuesto de responsabilidad solidaria influido por la citada doctrina de creación judicial.

La común redacción del precepto en cuestión, sea cual sea la Norma Foral General Tributaria que consultemos, dice así: «Cuando los activos y organización empresarial necesarios para desarrollar una explotación o actividad económica estén formalmente distribuidos entre más de una persona física o jurídica, de forma que, siendo único el control efectivo, se oculte la realidad global de la empresa mediante la constitución de diversas entidades que posibiliten la elusión del pago de las deudas tributarias, responderán solidariamente con esos activos de la totalidad de la deuda tributaria y, en su caso, de las sanciones, derivadas de la explotación o actividad económica, las diferentes personas físicas o jurídicas entre las que se encuentren repartidos aquellos.

Se presumirá que hay control efectivo cuando exista una participación en el capital social o en el patrimonio igual o superior a un 25 por 100, de manera directa o indirecta».

3. FUNDAMENTO DE LOS NUEVOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

Nos encontramos con dos supuestos de responsabilidad subsidiaria que también se extienden a las sanciones tributarias, introducidos por la reciente reforma de la LGT llevada a cabo por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal, cuyo preámbulo proporciona la siguiente justificación sobre su inclusión: «En el ámbito de la reacción frente a las estrategias de fraude en fase recaudatoria, destaca esencialmente la tipificación legal, como supuesto de responsabilidad tributaria, de una medida antiabuso basada en la construcción jurisprudencial del levantamiento del velo. Esta medida se engarza directamente con los límites y requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha perfilado, con la única salvedad de su novedosa configuración al amparo de la autotutela administrativa, como propios de un supuesto de responsabilidad subsidiaria. La introducción de esta medida antiabuso permitirá a la Hacienda Pública reaccionar contra determinadas estrategias fraudulentas enquistadas en nuestro sistema y tendentes a conseguir, cuando no la exoneración *de facto* de las obligaciones contributivas, un retardo elevadísimo en su cumplimiento al tener que acudir a la tutela judicial en fase declarativa».

A) *Prevención del fraude en fase de recaudación.*

La propuesta de recoger el nuevo supuesto de responsabilidad proviene del «Plan de Prevención del Fraude Fiscal» que la Agencia Tributaria hizo público en el año 2005⁹. En ese documento se adver-

⁹ Causa sorpresa que, pese a que hasta ahora no se previeran supuestos legales de responsabilidad directamente relacionados con la técnica del levantamiento del velo, la Administración tributaria venga recurriendo a dicha doctrina antes de la

tía del desplazamiento que estaba experimentando el fraude tributario desde la fase de declaración a la de recaudación¹⁰ y entre otros aspectos que se analizaban y se formulaban medidas a adoptar, figuraba el hecho de que cada vez resulte más habitual la utilización de personas interpuestas o testaferros para ocultar la titularidad real de actividades económicas y patrimonios y dificultar la detección e investigación del fraude.

En ocasiones, se crean o adquieren sociedades con el único fin de eludir las actuaciones recaudatorias. Las operaciones de ocultación y vaciamiento patrimonial se realizan muchas veces mediante la utilización de sociedades de un grupo empresarial, que carecen de elementos patrimoniales propios, para acumular la deuda, mientras los bienes y derechos se mantienen en sociedades sin deuda. De esta manera resulta ineficaz el procedimiento de apremio seguido frente a la sociedad deudora al carecer de bienes embargables.

Frente a esta utilización de entramados de sociedades con fines defraudatorios, las propuestas que se hacían giraban en torno a dos tipos de medidas:

- 1.^a Establecimiento de criterios objetivos que determinen que un contribuyente inspeccionado vaya a ser objeto de seguimiento posterior, con indicación de sus implicaciones informáticas, las alertas que deben activarse y el protocolo de actuaciones que se realizarán en cada caso.
- 2.^a Intensificación y normalización de las actuaciones encaminadas a conseguir el levantamiento del velo, bien en vía administrativa o mediante la correspondiente actuación judicial, en base a la normativa y pronunciamientos jurisprudenciales, estudiando la posibilidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico un nuevo supuesto de responsabilidad «solidaria» que permita la aplicación de la denominada teoría del levantamiento del velo, a efectos de que quien maneja internamente y de modo unitario y total una organización económica no pueda invocar frente a sus acreedores que existen formalmente varias organizaciones independientes¹¹.

aprobación de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre; incluso antes de la aprobación de la LGT. Lo prueba el hecho de que hayamos tenido acceso a una Resolución de Archivo de Actuaciones de la Agencia Española de Protección de Datos (<http://www.agpd.es>), en expediente seguido en virtud de denuncia de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Ciudad Real, en la que ponía de manifiesto la recepción de un escrito de la Abogacía del Estado de Ciudad Real que ponía de manifiesto la posibilidad de que se pudiera estar utilizando indebidamente información reservada de naturaleza tributaria, y aportaba a tal fin un documento, presentado ante un Juzgado de Primera Instancia, con fecha 3 de diciembre de 2004, por la representación de una entidad, al que adjuntaba otro documento de «Declaración de responsabilidad de una persona jurídica por aplicación de la doctrina de "Levantamiento de Velo"» emitido por esa Delegación de la AEAT el 7 de octubre de 2003.

¹⁰ Vid. HERRERA MOLINA, P. M. y GALÁN RUIZ, J.: «La responsabilidad por transmisión de empresa en la nueva Ley General Tributaria», en la obra colectiva: *La aplicación de los tributos en la nueva Ley General Tributaria (XLIX Semana de Estudios de Derecho Financiero)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, pág. 252.

¹¹ En el Informe de la Asociación Española de Asesores Fiscales sobre el borrador del plan de prevención de lucha contra el fraude de la Secretaría de Estado de Hacienda, Madrid, enero de 2005, pág. 60, simplemente se planteaba la duda de que pueda desarrollarse el mecanismo de levantamiento del velo en el ámbito tributario con las debidas garantías, advirtiendo de la necesidad de tener cuidado de no dinamitar *de facto* la teoría de la persona jurídica y su efecto de separación de patrimonios que, con carácter general y mientras no concurren comportamientos elusorios acreditados, debe respetarse.

B) Levantamiento del velo de la personalidad jurídica.

El propósito de la Administración pasa por poder ella misma proceder a la aplicación de la técnica de construcción judicial del levantamiento del velo, solo que sin necesidad de contar con la intervención de los jueces y tribunales¹², algo que puede no casar bien con el carácter necesariamente extraordinario de su empleo, dado el conflicto que presenta entre la justicia y la seguridad jurídica¹³.

a) Significado general de esta doctrina judicial.

La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica¹⁴, de procedencia anglosajona¹⁵, constituye una muestra de la concepción *antiformalista* del Derecho¹⁶ que encuentra su fundamento en el uso de un criterio de equidad¹⁷ a través de cláusulas generales (como la buena fe¹⁸, el poder de los hechos o el «atenimiento al principio de realidad»¹⁹) con el fin de lograr la

¹² *Id.*, por ejemplo, MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «La responsabilidad por contratas y subcontratas, el Derecho Comunitario y el Anteproyecto de Ley de Prevención del Fraude: un apunte», *Jurisprudencia Tributaria* (Aranzadi), núm. 19, 2005, consultado en *Westlaw* (BIB 2005\2642).

¹³ Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La responsabilidad patrimonial de los socios y administradores sociales en el ámbito laboral», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2002, consultado en *Westlaw* (BIB 2002\1276).

¹⁴ Se suele hacer referencia a dicha doctrina con variadas denominaciones: *Lifting or piercing the corporate veil*, *lifting the veil*, *veil piercing*, *to disregard the corporate fiction*, *to pierce and look behind the veil*, aunque la expresión que se ha impuesto en los países de «Common Law» para referirse a la misma es la de *disregard of the legal entity*. *Id.* RODRÍGUEZ VINDÁS, R. L.: «Problemática punitiva del régimen de transparencia fiscal: su enfoque desde las teorías del levantamiento del velo y de la imputación objetiva», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 220, 2001, pág. 147.

¹⁵ El caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, juzgado por un tribunal londinense en el año 1897, supuso la primera ocasión en que un órgano judicial aplicó la doctrina del levantamiento del velo en el Reino Unido. En este supuesto, se declaró responsable a una persona física por las deudas en que había incurrido una sociedad en la que participaba mayoritariamente, si bien dicho fallo fue corregido, con posterioridad, por la Cámara de los Lores. *Id.* DE CASTRO Y BRAVO, F.: *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 35-36. Antes, en 1809, un tribunal estadounidense, con ocasión del caso *Bank of Unites States vs. Devaux*, sentó las bases de la doctrina de *disregard of the legal entity*. Cfr. BOLDÓ RODA, C.: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 136-138; ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Colex, Madrid, 1997, pág. 48; también CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La responsabilidad patrimonial de los socios y administradores sociales en el ámbito laboral», *op. cit.*, consultado en *Westlaw* (BIB 2002\1276). Sobre la aplicación de la doctrina en España, de entre los numerosos trabajos sobre el tema destacamos, por su visión general, sus referencias doctrinales y abundante jurisprudencia, aparte de los que se acaban de citar, el de DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 4.ª ed., 1997. En el ámbito tributario, *Id.* SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. y MERINO JARA, I.: «El "levantamiento del velo" en el marco de la defraudación tributaria», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núms. 231-232, 1994, págs. 667 y ss., así como FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: «Las sociedades como sujetos de derechos políticos en los EEUU», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996, págs. 1.721 y ss. También GIL DEL CAMPO, M., MELLADO BENAVENTE, F. M. y MOLINA ALGUEA, E.: *La nueva Ley de Prevención del Fraude Fiscal*, CISS, Valencia, 2007, págs. 139 y ss.

¹⁶ Cfr. MERINO JARA, I. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *El delito fiscal*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 72. *Id.* también GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2006, pág. 19.

¹⁷ Como viene a reconocer la STS de 19 de abril de 2003, FJ 4.º (RJ 2003\7083), la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo se fundamenta en la equidad y en el principio de buena fe (art. 7.1 CC), en la superación del *fraus legis* en perjuicio de intereses legítimos de terceros (art. 6.4 CC), en evitar el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y por último en la simulación de los actos y contratos.

¹⁸ *Id.* GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», *op. cit.*, pág. 19.

¹⁹ *Id.* STS de 3 de mayo de 1990 (RJ 1990\3946), concibiéndolo como «la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas... evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad».

justicia material²⁰, adentrándose en el *substratum* de la persona jurídica para examinar los intereses reales que se esconden tras esa cobertura. En cierta manera, su utilización puede causar solapamientos con los criterios de calificación, el recurso al fraude de ley o la simulación²¹, figuras todas estas previstas en el ámbito de la LGT, ante las que el levantamiento del velo se reduciría a una mera técnica o expediente de cohesión prestada por su referencia a situaciones donde la actuación mediante una persona jurídica resulta anómala en Derecho, imponiendo prescindir de su forma para hacer prevalecer la realidad. Cada caso específico llevaría a aplicar los institutos tradicionales, con resultados consiguientemente diversos, limitándose esta doctrina a reforzar la eficacia de dichos institutos frente al hermetismo formal de la persona jurídica derivado de una concepción dogmática de esta²².

Desde mediados del siglo pasado, la construcción de *disregard of the legal entity* («desconocimiento de la entidad legal») ha ido adquiriendo ciertos visos de categoría conceptual autónoma, mediante el fundamento dogmático que la doctrina europea continental ha tratado de prestarle²³. En nuestro país, la STS de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984/2800) constituye la manifestación expresa de la recepción de dicha doctrina en el ámbito civil²⁴.

Vid., también SSTs de 3 de marzo de 1987 (RJ 1987/1321), 8 de octubre de 1987 (RJ 1987/6973) y de 30 junio de 1993 (RJ 1993/4939). Con estos y otros pronunciamientos judiciales se trasciende, en determinados supuestos, las personalidades jurídicas diferenciadas de las empresas que conforman un grupo para considerar al mismo «empresario» a efectos laborales y concluir la responsabilidad solidaria de las empresas que lo integran. Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «El "desvelo" de los grupos de empresa», *Aranzadi Social*, Vol. V, 1998, págs. 447 y ss., consultado en línea, en *Westlaw* (BIB 1998/424).

²⁰ Cfr. ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A.: «Simulación y "levantamiento del velo" en el ámbito tributario», *Tribuna Fiscal*, núm. 85, 1997, pág. 74.

²¹ La STS de 3 de junio de 1991 (RJ 1991/4111) plantea que a través de la técnica del levantamiento del velo: «se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros». Asimismo, la STS de 4 de marzo de 1988 (RJ 1988/1950), indica que: «... en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.º 1 y 9.º 3) se ha decidido, prudencialmente y según los casos y circunstancias, por la vía de la equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.º 1 del CC), la práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades y sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esta ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.º 4 del CC) admitiéndose que los Jueces puedan penetrar ("levantar el velo") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.º 2 del CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás, que es fundamento del orden público y de la paz social de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución».

²² Cfr. ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A.: «Simulación y "levantamiento del velo" en el ámbito tributario», *op. cit.*, pág. 76.

²³ Cfr. FALCÓN Y TELLA, R.: *Análisis de la transparencia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, págs. 127-132; BOLDÓ RODA, C.: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, *op. cit.*, págs. 38 a 74 y ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, *op. cit.*, págs. 59 y 60.

²⁴ El Tribunal Supremo concentra el grueso de su argumentación en el considerando cuarto de la sentencia, al manifestar: «... ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. primero, 1, y noveno, 3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. séptimo, 1, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. sexto, 4, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. séptimo, 2, del Código Civil) en daño ajeno o de "los derechos de los demás" (art. 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un "ejercicio antisocial" de su derecho (art. séptimo, 2, del Código Civil), lo cual no significa –ya en el supuesto del recurso– que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente ges-

b) Aplicación excepcional e indicios para recorrer el velo.

Como ya hemos señalado, y recoge la STS de 31 de enero de 2000 (RJ 2000\65)²⁵, la técnica del levantamiento del velo ha de tener una aplicación limitada²⁶, pues lo normal es el obligado respeto a la forma legal²⁷; aunque, excepcionalmente, cuando se evidencia que ello esconde un abuso de las formas jurídicas, quepa penetrar en el sustrato personal de dichas entidades o sociedades, para evitar el perjuicio a terceros y su utilización como vehículo de fraude.

Levantar el velo societario deviene en una suerte de último recurso judicial para conseguir que se haga la justicia material, aunque con ello se pueda resentir la seguridad jurídica, para que no se produzca un objetivo no querido por el ordenamiento. Si esta técnica se utilizase sin limitaciones podría estar causándose un daño irreparable a algo que deviene en un instrumento esencial de la vida económica. Para levantar el velo se debe constatar que, en el caso concreto, a la vista de los hechos probados, haya existido un abuso en la utilización de la persona jurídica con ánimo defraudatorio, para lograr un efecto antijurídico que el ordenamiento rechaza y que no puede ampararse en la forma de personificación utilizada²⁸.

Esto último parece suceder con las denominadas «sociedades pantalla», respecto de las que, como ha señalado el Tribunal Supremo: «... la doctrina jurisprudencial del "levantamiento del velo" se aplica cuando consta probado que la sociedad en cuestión carece de funcionamiento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad, ni personalidad propia» [STS de 17 de octubre de 2000, FJ 3.º (RJ 2000\8046)].

tor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino solo constatar, a los efectos de tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cuál sea la auténtica y "constitutiva" personalidad social y económica de la misma, el sustrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad "ex contractu" o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, "quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes" y menos "cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad", según la doctrina patria» [STS de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984\2800)].

²⁵ El pronunciamiento señalado reitera el que se hace en las SSTs de 25 de octubre de 1997 (RJ 1997\7359) y de 30 de mayo de 1998 (RJ 1998\4075).

²⁶ La STS de 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8923) señalaba que la aplicación de semejante doctrina, «de la que ha de hacerse un uso restrictivo... solamente está justificada en aquellos supuestos en que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y de patrimonios entre una persona física y una persona jurídica».

²⁷ Como señala CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La responsabilidad patrimonial de los socios y administradores sociales en el ámbito laboral», *op. cit.*, consultado en *Westlaw* (BIB 2002\1276), debe tenerse en cuenta que la consideración de la sociedad como un centro de imputación jurídica distinto de los socios, la separación de patrimonios y la limitación de la responsabilidad de los socios, es una opción legalmente prevista y que obedece a razones de eficiencia económica, como forma de organizar una colaboración permanente entre distintos sujetos y de fomentar la aportación de capital para determinados proyectos, permitiendo una limitación del riesgo para quienes no asumen el control de la gestión de esos proyectos empresariales.

²⁸ Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La responsabilidad patrimonial de los socios y administradores sociales en el ámbito laboral», *op. cit.*, consultado en *Westlaw* (BIB 2002\1276), recordando que la «prudente» aplicación de la doctrina estudiada estaba presente ya en la STS de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984\2800) y, también aparece dicha preocupación en posteriores pronunciamientos: SSTs de 19 de septiembre de 1988 (RJ 1988\6920), 27 de marzo de 1989 (RJ 1989\2416), 24 de julio de 1989 (RJ 1989\5908) y 25 de septiembre de 1989 (RJ 1989\6488).

No obstante, de la extensa jurisprudencia existente sobre la doctrina que nos ocupa se extraen, no sin dificultad, una serie de criterios rectores –o indicios– que permiten su aplicación ²⁹:

- La sociedad debe estar dominada por otra persona, física o jurídica, que lleva a cabo una *dirección externa* de aquella ³⁰.
- Debe producirse una situación que cause un perjuicio a terceros, abuso societario, anomalía negocial o un fraude de ley.
- Confusión de esferas patrimoniales o de actuación entre la sociedad y los socios ³¹, desviación de patrimonio de una sociedad a otra constituida por los mismos socios ³².
- Personas jurídicas ficticias o aparentes, sin actividad empresarial, así como la constitución de sociedades sin inscripción registral y proliferación de ámbitos de autocontratación socio/sociedad.
- La convicción de que la sociedad representa un mero instrumento para la consecución de fines ajenos al interés societario manifestado ³³.
- Se ha de respetar en todo caso el llamado principio de subsidiariedad.

²⁹ Como manifiesta la profesora BOLDÓ RODA, C.: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, op. cit., pág. 306, las dificultades para hallar ese criterio rector se manifiestan como el punto más débil de esta construcción jurisprudencial.

³⁰ Según señalan GIL DEL CAMPO, M., MELLADO BENAVENTE, F. M. y MOLINA ALGUEA, E.: *La nueva Ley de Prevención del Fraude Fiscal*, op. cit., pág. 142, la dirección unitaria de una serie de sociedades es determinante de la existencia de un grupo empresarial, por lo que la jurisprudencia ha requerido un *plus* a esa dirección unitaria para proceder al levantamiento del velo y que se concretaría en la concurrencia de alguno de estos elementos: confusión de patrimonios o esferas, creación de empresas aparentes sin sustrato real, funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo y la prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo.

³¹ También la existencia de un capital social infradotado puede dar muestra del carácter ficticio del objeto social, como ponen de manifiesto MERINO JARA, I. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *El delito fiscal*, op. cit., pág. 76 y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La responsabilidad patrimonial de los socios y administradores sociales en el ámbito laboral», op. cit., consultado en *Westlaw* (BIB 2002\1276). También *Vid.* GIL DEL CAMPO, M., MELLADO BENAVENTE, F. M. y MOLINA ALGUEA, E.: *La nueva Ley de Prevención del Fraude Fiscal*, op. cit., págs. 141-142, quienes señalan que la confusión de patrimonios puede darse entre los patrimonios de la sociedad y del socio unipersonal o su grupo familiar, o también entre los patrimonios de dos sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas, considerando que la confusión de esferas puede apreciarse cuando concurren circunstancias como la utilización de idénticas instalaciones y de trabajadores comunes, contratación indistinta con clientes y proveedores por sociedades del mismo grupo y apariencia externa frente a terceros de unidad empresarial y de dirección.

³² La STSJ de Las Palmas, de 23 de septiembre de 1997 (AS 1997\3617), alude a la existencia de confusión, permeabilidad y total dependencia de la actividad, de la contabilidad, así como de la economía de las entidades implicadas como requisitos que han de darse para levantar el velo societario.

³³ *Vid.* MERINO JARA, I. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *El delito fiscal*, op. cit., pág. 76. En la jurisprudencia fiscal norteamericana se emplea el *test del propósito negocial* (*business purpose test*) que no es más que una interpretación finalista o teleológica de las normas tributarias. Más ampliamente, *Vid.* RUIZ ALMENDRAL, V.: *El fraude a la ley tributaria a examen*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 86 y ss.

c) *Levantamiento del velo y cláusulas antielusión en el ámbito tributario.*

En el ámbito tributario, la técnica de *disregard of the legal entity* convive con determinadas cláusulas generales anti-elusión contenidas en nuestro ordenamiento positivo³⁴. Esto se debe a que, a diferencia de otros Estados, en los que los tribunales han tenido que elaborar una doctrina que permitiese reaccionar contra el abuso de las formas jurídicas por parte de los contribuyentes, en el ordenamiento tributario español la respuesta a esta situación viene dada por el legislador.

Es por ello que de cara a verificar si los sujetos pasivos han incurrido en el presupuesto de hecho que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria, la Administración deberá acudir a los preceptos contenidos en la LGT que permiten reaccionar contra el abuso de las formas jurídicas, actuando la doctrina del levantamiento del velo, en estos supuestos, como un mero recordatorio de la posibilidad de ignorar, a efectos fiscales, la personalidad jurídico-tributaria independiente que nuestro ordenamiento reconoce a las entidades mercantiles.

Así parece desprenderse del siguiente razonamiento de la Audiencia Nacional, que confunde la aplicación de ambos mecanismos anti-elusivos, al manifestar que: «... la Sala debe aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, porque concurre confusión de patrimonios entre la sociedad actora y su administrador, produciéndose una simulación en la sucesión contractual según el artículo 25 de la LGT...» (SAN de 22 de julio de 1999).

La misma conclusión se puede extraer de este otro pronunciamiento judicial, concretamente del TSJ de Murcia: «... en lo que hace a la aplicación que el Ayuntamiento demandado defiende de la doctrina del "levantamiento del velo", lo que viene a revelar es el propósito de que se declare que la constitución de la sociedad mercantil lo fue en fraude de ley; y sobre la base de entender que vino a encubrir una actuación comercial dirigida y dominada por la exclusiva voluntad del actor» [STSJ de Murcia de 3 de marzo de 1999 (JT 1999\701)]³⁵.

³⁴ GIL DEL CAMPO, M., MELLADO BENAVENTE, F. M. y MOLINA ALGUEA, E.: *La nueva Ley de Prevención del Fraude Fiscal*, op. cit., págs. 145-147, consideran tres grupos de supuestos relacionados con la recaudación de los tributos en los que la doctrina del levantamiento del velo ha sido utilizada: 1.º Tercerías de dominio interpuestas por sociedades beneficiarias de bienes embargados a deudores que ostentan el control efectivo de aquellas; 2.º Ejercicio por la Administración tributaria de acciones civiles para lograr que se declare la identidad de personalidad entre persona física y jurídica o entre dos personas jurídicas y que se declare la responsabilidad de la sociedad por las deudas de la persona física o jurídica; 3.º Derogación de la responsabilidad por sucesión en la actividad económica.

³⁵ En esa línea de razonamiento, en la STSJ de Baleares de 7 de septiembre de 2001 (JT 2001\1363), al valorar un supuesto de sucesión empresarial, se plantea que: «... empezando con el último de los elementos indiciarios (coincidencia de socios-administradores), ciertamente es uno de los datos más relevantes para apreciar la existencia de "sucesión" ya que si resulta que, con independencia de cual sea el nombre de la sociedad, la actividad y provecho económico radica en las mismas manos, en realidad se está utilizando las sociedades a modo de pantalla, por lo que es preciso aplicar la doctrina del "levantamiento de velo" y consecuentemente entender que la empresa (en su sentido económico) sigue siendo la misma, siendo una sociedad sucesora de la otra».

No obstante, la norma aplicable a este supuesto ha de ser la prevista expresamente por el legislador, esto es, en la actualidad el artículo 42.1 c) LGT (antes: art. 72 LGT), con independencia de que, a través de la doctrina del levantamiento del velo, se obtengan los mismos efectos que se derivan de la aplicación de aquella norma. Respecto a la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo en el terreno del delito fiscal, pueden verse las SSAP de Barcelona de 5 de abril de 1994 y del TS de 20 de mayo de 1996. En concreto, en la primera de ellas, la Audiencia señala que: «... de lo hasta ahora expuesto puede deducirse que es aplicable al caso de autos la llamada doctrina del "levantamiento del velo" ampliamente utilizada por la jurisprudencia en el ámbito civil y que tiene su apoyo en preceptos constitucionales, como

A nuestro modo de ver, esto da lugar, entre otras cosas, a la imposibilidad de que la Administración tributaria utilice, de manera directa, la doctrina del levantamiento del velo en supuestos de fraude a la ley fiscal ³⁶, en los que el contribuyente ha eludido la realización del hecho imponible, debiendo acudir a los preceptos específicamente fijados por el legislador, sin que se puedan desconocer, a estos efectos, las exigencias procesales a las que hace referencia el artículo 15.2 de la LGT ³⁷. Esta es la posición que parece acoger la STS de 19 de abril de 2003 ³⁸ (RJ 2003\7083) que, no obstante, admite la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en fase de recaudación sin aplicar el instituto de la responsabilidad tributaria y que ha influido notablemente en la regulación de los supuestos de responsabilidad que ahora comentamos ³⁹.

En el indicado pronunciamiento, se planteaba un supuesto de sucesión empresarial en el que una persona física, administrador y socio absolutamente mayoritario de una sociedad, constituyó otra nueva a la que aportó todos los activos de la entidad anterior. Las actas incoadas por la Inspección de los Tributos a la primera sociedad no fueron satisfechas en período voluntario y pasaron a ser exigidas en el procedimiento de apremio a la segunda sociedad continuadora de la explotación económica sin haber declarado previamente fallida a la anterior.

medio para evitar el abuso y el fraude en perjuicio de derechos ajenos, sean públicos o privados. De acuerdo con dicha teoría, se trata de acomodar los hechos a su verdadera realidad y evitar que una persona, por el hecho de esconderse tras una red de sociedades, eluda sus obligaciones, en este caso, fiscales». Sobre esta misma cuestión, en el ámbito de la doctrina científica, *Vid.* SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. y MERINO JARA, I.: «El "levantamiento del velo" en el marco de la defraudación tributaria», *op. cit.*, págs. 667 y ss., así como su monografía *El delito fiscal*, *op. cit.*, págs. 67 y ss. También ZORNOZA PÉREZ, J. J.: «El levantamiento del velo y determinación de la cuota en el delito de defraudación tributaria», *Derecho de los Negocios*, núm. 136, 2002, págs. 1 y ss.

³⁶ La coexistencia, en nuestro ordenamiento tributario, de la técnica antiformalista que venimos considerando junto a otros instrumentos antielusorios específicos impide acudir al levantamiento del velo en los supuestos que constituyan presupuesto de hecho de una cláusula antielusión. Cfr. GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», *op. cit.*, pág. 19.

³⁷ Pese a lo expuesto, el TEAC ha aplicado, de manera directa, la doctrina del levantamiento del velo a supuestos de cesión de derechos de imagen por parte de futbolistas. En concreto, en su Resolución de 22 de septiembre de 2000 (JT 2000\1861), haciendo referencia a una situación anterior a que entrase en vigor el vigente régimen de transparencia de artistas y deportistas que introdujo la Ley 13/1996, el TEAC manifestó que: «... el club hace descansar su argumentación en el hecho de que la Sociedad haya percibido el importe de los derechos de imagen del deportista, olvidando que lo importante es el concepto en que realmente actúa la Sociedad y en el que se le paga. La apariencia de cesión descansa, a su vez, al menos, en la mayoría de los casos, en otra apariencia: la de la personalidad jurídica de las sociedades interpuestas, si se tiene en cuenta que generalmente se trata de sociedades con un solo o principal accionista o partícipe, que es el deportista dueño de la imagen. Por ello, sería aplicable la teoría del levantamiento de velo, al coincidir dicha realidad fáctica, el abuso del derecho, y la finalidad de obtener unos resultados que, de otra manera, no se producirían».

³⁸ El planteamiento del Tribunal Supremo es reiterado por la STSJ de Baleares de 25 de junio de 2004 (JUR 2004\192272). Asimismo, se ha referido a aquel, en relación con el delito fiscal, la SAP de Madrid de 29 de enero de 2005 (JUR 2005\84208). Pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo donde se aplica la doctrina del levantamiento del velo, aunque relacionados todos con materia civil-mercantil, son los siguientes: SSTS de 19 de mayo de 2003 (RJ 2003\5213), 27 de octubre de 2004 (RJ 2004\7042), 28 de enero de 2005 (RJ 2005\1829), 11 de marzo de 2005 (RJ 2005\2228), 15 de abril de 2005 (RJ 2005\3242), 30 de mayo de 2005 (RJ 2005\4244) y 29 de julio de 2005 (RJ 2005\6561).

³⁹ Así se pronuncia, por ejemplo, MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «La responsabilidad por contratas y subcontratas, el Derecho Comunitario y el Anteproyecto de Ley de Prevención del Fraude: un apunte», *op. cit.*, consultado en *Westlaw* (BIB 2005\2642). En opinión de MEDINA CEPERO, J. R. y KOSSEVA ANGELOVA, A.: «Obligados tributarios. Responsabilidad por sucesión en la titularidad de explotaciones o actividades económicas. Aplicación de la teoría del "levantamiento del velo"», *Repertorio de Jurisprudencia* (Aranzadi), núm. 27, 2003, consultado en *Westlaw* (BIB 2003\1485), la STS de 19 de abril de 2003 resuelve de forma equilibrada y justa el supuesto de sucesión empresarial que se le plantea.

El Tribunal Supremo lo explica así: «... el caso de autos va mas allá de la aplicación del artículo 72 de la Ley General Tributaria, porque este precepto contempla la efectiva sucesión de una explotación económica de una persona física, sociedad o entidad jurídica a otra distinta, en tanto que, en el caso presente, es la misma persona física... el que se transmite a sí mismo la explotación económica, mediante la utilización de sociedades, a estos efectos ficticias, pues lo único que pretende es el típico fraude de acreedores, en este caso de la Hacienda Pública o sea el procomún, mediante la "falencia" tributaria de la sociedad... La excepcionalidad de este caso hace que la Sala considere que no es obligado aplicar el artículo 72 de la Ley General Tributaria y las disposiciones de desarrollo del mismo, sino lisa y llanamente la doctrina jurisprudencial del "levantamiento del velo" ...» [STS de 19 de abril de 2003, FJ 4.º (RJ 2003\7083)].

El Alto Tribunal reconoce que no ha habido una aplicación general de la doctrina del levantamiento del velo societario por la existencia de normas legales concretas sobre la materia –la superación de la personificación jurídica solo podría producirse, precisamente, en esos casos especialmente admitidos por ley– y vuelve a insistir en la excepcionalidad del caso de autos que justifica la aplicación de aquella doctrina en materia de recaudación tributaria, lo que representa superar la distinción que el ordenamiento tributario realiza entre deudores principales y responsables tributarios: «... sin que sea necesario un acto formal de derivación de responsabilidad, puesto que sustancialmente solo existiría un sujeto pasivo... actuando bajo el ropaje jurídico de dos Sociedades, cuya personalidad jurídica se supera a los efectos del cumplimiento de las deudas tributarias referidas, pero que obviamente también están obligadas solidariamente a pagar con sus respectivos patrimonios, al descorrerse o disgregarse la personalidad jurídica de ambas a efectos tributarios» [STS de 19 de abril de 2003, FJ 4.º (RJ 2003\7083)].

Frente al planteamiento de que con la aplicación de la técnica del levantamiento del velo societario se estaría empleando una institución más propia de la fase de liquidación de los tributos que de la propiamente recaudatoria ⁴⁰, el Tribunal Supremo justifica su proceder, confrontando aquella técnica con la del fraude de ley tributaria, precisamente en el hecho de que no se afecta a la fase declarativa o de liquidación, sino a la de recaudación, ámbito en el que no podría utilizarse el fraude de ley o, según se prefiera, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria que regula el artículo 15 de la LGT ⁴¹.

4. ESTRUCTURA DE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

Los supuestos de responsabilidad introducidos por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal establecen la posibilidad de derivar deudas y sanciones tributarias a las personas físicas

⁴⁰ Cfr., en ese sentido, ALONSO ARCE, I.: «El "levantamiento del velo" en la fase de recaudación», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 13, 2005, consultada en *Westlaw* (BIB 2005\2166).

⁴¹ Como señalan MERINO JARA, I. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *El delito fiscal*, op. cit., pág. 75, no debe recurrirse a levantar el velo cuando cabe resolver el caso de la mano de otras instituciones jurídicas, como la simulación. En opinión de HERRERA MOLINA, P.: *La responsabilidad por transmisión de empresa*, e-print de la UCM, 2004, accesible en línea (<http://www.ucm.es/eprints/1457/>), la forma de proceder de la STS de 19 de abril de 2003 desnaturaliza los mecanismos antiabuso establecidos en la LGT, pues el artículo 42.1 c) es una cláusula especial antiabuso que opera como *save harbour*.

o jurídicas que estén detrás de sociedades interpuestas. La norma permite que sea la propia Administración la que, sin tener que acudir a los tribunales ordinarios, levante el velo de estos entramados societarios, declarando y exigiendo esta responsabilidad ⁴². Nos encontramos, en definitiva, con un atajo que puede emplear la Administración para descorrer el velo de la sociedad sin esperar a que dicho resultado sea declarado judicialmente ⁴³; actuando así, en los casos de insolvencia o insuficiencia del patrimonio social, contra los socios o contra quienes «controlen» la sociedad ⁴⁴.

El riesgo de que se pueda producir una aplicación poco meditada de la técnica del levantamiento del velo por la Administración tributaria, tras una laxa valoración probatoria –más flexible que la que pueda llevarse a cabo en sede judicial–, tendría clara influencia sobre la calificación jurídica que se hiciera, ya que entonces, esta podría resultar predeterminada o decidida en cierta medida por la genérica e imprecisa fundamentación jurídica de la decisión alcanzada ⁴⁵.

En la jurisprudencia no han faltado las imprecisiones, con alusiones al fraude de ley, al abuso de derecho, al abuso de la personalidad jurídica ⁴⁶, sucediéndose en un *totum revolutum* que no ha mermado, antes al contrario, la expansión de la citada técnica.

A) Responsabilidad de quienes controlen efectivamente sociedades creadas o utilizadas para eludir tributos.

El primer supuesto de responsabilidad introducido por la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, alcanza a las deudas y sanciones tributarias impuestas a personas jurídicas que fueron creadas o utilizadas de forma abusiva y fraudulenta por personas o entidades que

⁴² DE LA TORRE DÍAZ, F.: «El proyecto de ley de prevención del fraude fiscal: una aproximación crítica», en *El Fisco* (www.elfisco.com), 2006.

⁴³ Como se deduce del razonamiento de GIL DEL CAMPO, M., MELLADO BENAVENTE, F. M. y MOLINA ALGUEA, E.: *La nueva Ley de Prevención del Fraude Fiscal*, op. cit., pág. 149, con los nuevos supuestos de responsabilidad tributaria, la Administración no va a necesitar interponer una acción ante los Tribunales ordinarios declarativa de la responsabilidad de una persona física o jurídica por las deudas de otra personificación diferente con fundamento en la doctrina del levantamiento del velo, sino que en el ejercicio de su propia autotutela va a poder aplicarla con los requisitos y procedimientos de declaración de la responsabilidad subsidiaria.

⁴⁴ Cfr. GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», op. cit., pág. 19, quien considera que con el levantamiento del velo se va a poder determinar una responsabilidad de segundo grado, más propia de las sociedades personalistas, desconociendo así el significado del patrimonio de la persona jurídica, siendo ello un auténtico dislate. En otro trabajo, este mismo autor considera la introducción de los tipos de responsabilidad que tratamos como un verdadero misil dirigido a la línea de flotación del ejercicio de las actividades profesionales a través de sociedades. Cfr. GARCÍA NOVOA, C.: «La ofensiva contra las sociedades de profesionales», *Jurisprudencia Tributaria* (Aranzadi), núm. 12, 2006, consultado en *Westlaw* (BIB 2006\1264).

⁴⁵ Compartimos el criterio expresado por ALONSO ARCE, I.: «El "levantamiento del velo" en la fase de recaudación», op. cit., consultado en *Westlaw* (BIB 2005\2166), cuando señala que hay que tener mucho tino –reclamando medida, prudencia y proporcionalidad– en la aplicación de esta doctrina jurisprudencial y sostiene que, para no desnaturalizarla, no debe utilizarse como elemento de cierre para justificar la actuación de la Administración tributaria cuando no se ha ajustado al procedimiento establecido. La técnica del levantamiento del velo no puede dar razón a cualquier práctica administrativa más o menos laxa, debiendo entenderse como un mecanismo concreto para luchar contra la elusión realizada por los contribuyentes forzando las instituciones jurídicas y abusando de las formas.

⁴⁶ Sobre el rigor exigido en el manejo de las citadas categorías, *Vid.* BOLDÓ RODA, C.: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, op. cit., págs. 199 y ss.

ejerzan sobre las mismas un *control efectivo*. La normativa introducida en la LGT pretende evitar que se frustre la acción recaudatoria seguida en relación a la sociedad controlada insolvente, declarando responsables subsidiarios a quienes ejerzan dicho control.

Ese riesgo puede darse si previamente a que actúe la Administración, se ha troceado el patrimonio de una actividad o explotación económica que se desarrolla bajo control unitario, entre varias entidades y resulta imposible ejecutar las deudas de una de ellas porque en su patrimonio no existen bienes para responder ⁴⁷.

Los requisitos para apreciar la existencia de este supuesto de responsabilidad se encuentran definidos en unos términos que pueden parecer redundantes e imprecisos ⁴⁸:

1.º El control efectivo de la sociedad deudora debe estar en manos de la persona o entidad sobre quien recaerá la responsabilidad en caso de falta de pago. No se especifica, sin embargo, el criterio seguido para determinar la existencia de dicho control ⁴⁹ (mayoría del capital, fondos propios...) y, tampoco se evita la incertidumbre con el señalamiento de que ese control pueda ejercerse de manera total o *parcial*, de forma directa o indirecta.

La indeterminación del precepto puede ser expresión del deseo de la norma de cubrir todos los supuestos en que pueda imaginarse el ejercicio de un control efectivo sobre una sociedad, pero ello no se compadece bien con la seguridad jurídica y exigencias de *lex certa*, dado que la responsabilidad se extiende a las sanciones.

La norma no precisa ningún porcentaje de control, lo que nos parece correcto, pues parece que así se atiende al criterio de que lo determinante es que los socios, personas físicas o jurídicas, ejercen el control efectivo de la sociedad en términos políticos o *de facto*, esto es, ostentando directa o indirectamente la mayoría de derechos de voto, por su influencia decisiva en el nombramiento o destitución del órgano de administración de la entidad, por controlar *de hecho* la gestión y administración sin designación formal, etc.

Sin embargo, la mención a un posible «control parcial» –que se nos antoja contradictorio con la exigencia de que resulte efectivo– parece reintroducir, aunque sin cuantificarlo, el criterio que atien-

⁴⁷ PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 16.ª ed., Civitas, Madrid, 2006, pág. 172, explica el objetivo del nuevo supuesto de responsabilidad previsto en el artículo 43.1 g) de la LGT con el siguiente ejemplo: pongamos el caso de una sociedad (A SL), dedicada a la fabricación, que desarrolla su actividad mediante el uso en régimen de arrendamiento de inmuebles y maquinaria suministrados por otra sociedad (B SL), perteneciente a los mismos socios. Al ir a ejecutar el patrimonio de A SL, para cobrar deudas tributarias impagadas, resulta que dicha sociedad carece de activos sobre los que dirigir los embargos, pues los que utiliza son propiedad de B SL.

⁴⁸ Seguimos a PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 16.ª ed., *op. cit.*, págs. 172-173. De redacción bastante farragosa lo tacha MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «La responsabilidad por contratas y subcontratas...», *op. cit.*, consultado en *Westlaw* (BIB 2005\2642). Para este autor, el nuevo tipo de responsabilidad puede solaparse con otras normas de la LGT (v. gr.: concepto de administrador de hecho, simulación, etc.) y haría innecesario lo dispuesto por el artículo 43.1 f) de la LGT.

⁴⁹ *Vid.* GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», *op. cit.*, pág. 19. También GIL DEL CAMPO, M., MELLADO BENAVENTE, F. M. y MOLINA ALGUEA, E.: *La nueva Ley de Prevención del Fraude Fiscal*, *op. cit.*, pág. 150.

de a un determinado peso en el capital o patrimonio de la sociedad, lo que parece recordar –solo que en el precepto estatal sin mención explícita a un porcentaje igual o superior del 25% del capital social– a los preceptos que configuran en las Normas Forales Generales Tributarias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, una responsabilidad *solidaria* también inspirada en la doctrina del levantamiento del velo.

Cuando el control de la sociedad deudora se ejerza por una pluralidad de sociedades o personas físicas, todas quedarán solidariamente obligadas frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, dado que la inclusión de estos nuevos tipos de responsabilidad subsidiaria no han dispuesto nada frente a lo señalado por el artículo 35.6 de la LGT ⁵⁰.

2.º La Administración tributaria debe probar la existencia de un plan o propósito de abuso y elusión fraudulenta en la creación o utilización de la sociedad ⁵¹.

Que la Administración cuente ahora con los nuevos tipos de responsabilidad subsidiaria inspirados en la técnica del levantamiento del velo, que le van a permitir recorrerlo sin intermediación judicial no debe pasar por alto la necesidad que se presenta a aquella de probar suficientemente y en cada caso concreto la existencia de un abuso de la personalidad jurídica. La carga de la prueba recae sobre la Administración, debiendo demostrar que la entidad fue creada o utilizada de forma abusiva o fraudulenta, para eludir o pagar menos impuestos o beneficiarse de algún incentivo fiscal. Si de la prueba practicada se desprenden motivos económicos válidos, finalidades reales y efectivas que amparan la creación y empleo de la sociedad, aunque puedan concurrir con otras motivaciones de ventaja tributaria, la doctrina comentada no debería tener aplicación ⁵².

Dado que, como advierte la norma que comentamos, la responsabilidad se extenderá a los socios que cuenten con el control efectivo de las sociedades creadas con propósitos fraudulentos, cabría considerar que los adquirentes de un grupo de sociedades, entre los que se encuentre una entidad de estas

⁵⁰ Critica la falta de claridad en este punto GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», *op. cit.*, pág. 19. Sin embargo, la confusión de patrimonios, esto es, la existencia de un alto grado de comunicación patrimonial entre distintas sociedades ha sido una de las notas distintivas, en la jurisprudencia social, del tipo «grupo laboral de empresas», como señala PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «El "desvelo" de los grupos de empresa», *op. cit.*, consultado en *Westlaw* (BIB 1998\424). Por confusión de patrimonios, la STSJ de Cataluña de 1 junio de 1994 (AS 1994\2534) considera que: «La existencia de un patrimonio social confundido entre las sociedades demandadas que se manifiesta en el pago de deudas, cesión de titularidad de edificios y utilización de marcas comerciales, evidencia una situación de unidad empresarial».

Los tribunales laborales suelen referirse como indicio de la confusión de patrimonios a situaciones de trasiego patrimonial entre las empresas de un grupo –así, por ejemplo: SSTSJ de Cataluña de 1 y 19 de junio de 1994 (AS 1994\2534 y 2552), STSJ del País Vasco de 7 de noviembre de 1994 (AS 1994\4291), STSJ de Castilla y León de 19 de abril de 1994 (AS 1994\1737), STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 1994 (AS 1994\4840), STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1995 (AS 1995\674) y STSJ del País Vasco de 22 de marzo de 1996 (AS 1996\1156)–, pero tampoco faltan las sentencias que consideran confusión patrimonial la derivada de la existencia de importantes lazos accionariales o participaciones entre las distintas sociedades del grupo, esto es, del dato de la mera dominación mercantil –por ejemplo: STSJ de Madrid de 28 de octubre de 1991 (AS 1991\5961), STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1993 (AS 1993\1501) y STSJ de Canarias de 25 de octubre de 1994 (AS 1994\3955)–.

⁵¹ En relación a este elemento, GIL DEL CAMPO, M., MELLADO BENAVENTE, F. M. y MOLINA ALGUEA, E.: *La nueva Ley de Prevención del Fraude Fiscal*, *op. cit.*, pág. 151, se refieren a los casos más reiterados en la jurisprudencia de concurrencia de abuso desde la creación misma de la sociedad o a partir de un momento determinado de su funcionamiento.

⁵² *Vid.* CHECA GONZÁLEZ, C.: *Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 47.

características –que, lógicamente, puede que no hayan participado en la creación de dicha entidad–, también responderán subsidiariamente de la cuota tributaria y, en su caso, de las sanciones por el mero hecho de haber adquirido la titularidad indirecta de la citada entidad. Ahora bien, una interpretación de esta naturaleza, además de poder entrañar riesgos relacionados con la seguridad del tráfico mercantil⁵³, constituiría una flagrante violación del principio de personalidad de la pena.

3.º Tiene que darse una «unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial»⁵⁴; consideración esta tan genérica⁵⁵ como las referidas a que las *sociedades controladas* «hayan sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda pública» o el requisito de que «concurra una voluntad rectora común»⁵⁶ de las personas físicas con las mismas. Este último aspecto queda perfectamente expuesto por el Tribunal Supremo, al señalar: «... quien maneja internamente y de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes, menos cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de una sociedad» [SSTS de 28 de mayo de 1984 y 19 de abril de 2003 (RJ 2003\6083)].

B) Responsabilidad de las sociedades controladas.

De manera complementaria al anterior supuesto y para aquellos casos en que la interposición de sociedades o entidades obedece al propósito de eludir la responsabilidad patrimonial universal, no de la entidad creada, sino del creador de la misma, sea este una persona física u otra entidad, el artículo 43.1 h) de la LGT contempla ahora la responsabilidad de las personas o entidades creadas o utilizadas de forma abusiva y fraudulenta por los obligados tributarios que tengan su control efectivo, por las deudas de estos⁵⁷.

La redacción del precepto se torna más oscura, pese a que la intención es clara y sitúa ante el espejo el otro supuesto de responsabilidad subsidiaria. Si antes respondían los socios que controlan

⁵³ A diferencia de otros supuestos de responsabilidad en los que media una adquisición de bienes o derechos [arts. 42.1.c) y 43.1 f) de la LGT], el supuesto de responsabilidad subsidiaria que nos ocupa, impide solicitar a la Administración un certificado que permita conocer al adquirente de un grupo empresarial si concurre el supuesto de responsabilidad y su cuantía.

⁵⁴ En relación a este requisito, PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 16.ª ed., *op. cit.*, pág. 173, considera que responde al criterio de completar u «objetivar» la prueba del propósito de abuso o elusión. Así, teniendo en cuenta el ejemplo puesto por el autor y que traíamos a una nota anterior a esta, quedaría acreditada esa intención si se aprecia que existe una única actividad económica desarrollada entre las dos entidades, aun cuando formalmente sus patrimonios aparezcan separados.

⁵⁵ *Id.* GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», *op. cit.*, pág. 19.

⁵⁶ Ello podría hacerse sinónimo de «dirección unitaria», lo que implica la actuación de las sociedades controladas bajo unos mismos criterios o coordenadas, un mismo poder de dirección, que las personas físicas o jurídicas que ejerzan el control sobre aquellas. En la jurisprudencia social se refieren a ese aspecto, entre otras: STS de 31 de enero de 1991 (RJ 1991\200), STS de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991\1889), STSJ de Castilla y León de 26 de marzo de 1991 (AS 1991\2166), SAN de 15 de julio de 1993 (AS 1993\5611), STSJ de Extremadura de 30 de julio de 1993 (AS 1993\3248), STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de diciembre de 1993 (AS 1993\5433), STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de junio de 1995 (AS 1995\2548) y STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 1996 (AS 1996\413).

⁵⁷ Cfr. PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 16.ª ed., *op. cit.*, pág. 173.

la sociedad insolvente, ahora es la sociedad creada la que responderá de las deudas de los socios declarados fallidos.

5. LEVANTAMIENTO DEL VELO, RESPONSABILIDAD Y SANCIONES

La STS de 19 de abril de 2003 a la que más atrás nos referimos, aplicó la técnica del levantamiento del velo en un supuesto de interés tributario, advirtiendo de la posible aplicación de la misma por la propia Administración tributaria, sin tener que acudir a los jueces, y al margen de las cláusulas antielusorias previstas por la LGT, que afectarían a la liquidación y no a la recaudación⁵⁸. Debe recordarse, dada la influencia que la sentencia citada ha parecido ejercer sobre el legislador que ha introducido estos nuevos tipos de responsabilidad subsidiaria, que la aplicación que el Tribunal Supremo hizo de la doctrina examinada vino a ser como si se tratara de un *último recurso* o respuesta frente al abuso de la personalidad, después de constatar toda una amplia panoplia de medios de reacción y disposiciones normativas de finalidad antielusoria –por orden de aparición en la STS de 19 de abril de 2003 (FJ 3.º), a saber: fraude de ley, criterios de calificación, simulación, exigencia de motivos económicos válidos para operaciones de concentración empresarial, artículo 7.º del CC⁵⁹, aprobación de normas singulares a lo largo del tiempo contra la utilización o interposición de sociedades, sustitutos y retenedores, solidaridad, responsables solidarios y subsidiarios, garantías del crédito y sucesión empresarial–, de manera que lo que no pueden los jueces no ha de poderlo la Administración o, dicho con otras palabras: también para la Administración esa técnica del levantamiento del velo es un instrumento al que solo se ha de acudir cuando no sirvan otras herramientas para impedir que se produzca una elusión de tributos, consecuencia de un abuso societario.

La *prudente* aplicación judicial⁶⁰ del excepcional remedio que representa descorder el velo de la personalidad jurídica obliga a la Administración tributaria a hacer un uso enteco de semejante posibilidad; si bien, el propósito declarado con la reforma de la LGT en este punto parece situarse en las antípodas de dicho anhelo, ya que se pretende que la Administración pueda reaccionar contra las estrategias fraudulentas sin el retardo elevadísimo que significaría tener que acudir a la tutela

⁵⁸ Cfr. GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», *op. cit.*, pág. 20.

⁵⁹ El artículo 7 del CC establece: «1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

⁶⁰ Son muchos los pronunciamientos que apelan a un uso comedido y razonable, caso por caso, de la doctrina del levantamiento del velo. Así, entre otras: SSTs de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984\2800), 12 de junio de 1995 (RJ 1995\4739), 31 de octubre de 1996 (RJ 1996\7728), 12 de febrero de 1999 (RJ 1999\654), 17 de octubre de 2000 (RJ 2000\8046), 22 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9313), 8 de mayo de 2001 (RJ 2001\7381), 16 de octubre de 2001 (RJ 2001\8634), 25 de junio de 2002 (RJ 2002\5369), 10 de julio de 2002 (RJ 2002\7173), 30 de julio de 2002 (RJ 2002\7486), 25 de abril de 2003 (RJ 2003\3534), 3 de junio de 2004 (RJ 2004\3594), 14 de julio de 2004 (RJ 2004\4672), 16 de septiembre de 2004 (RJ 2004\5744), 29 de septiembre de 2004 (RJ 2004\5687), 28 de enero de 2005 (RJ 2005\1829), 9 de marzo de 2005 (RJ 2005\2221), 10 de marzo de 2005 (RJ 2005\2224), 11 de marzo de 2005 (RJ 2005\2228), 6 de abril de 2005 (RJ 2005\2704) y 29 de julio de 2005 (RJ 2005\6561).

judicial en fase declarativa, como expresamente se consigna en la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre ⁶¹.

Quizás lo razonable hubiese sido tipificar una cláusula general de levantamiento del velo, añadida a otras normas de propósito antielusivo. Pero, la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal, no ha seguido ese camino, sino que utiliza impropiamente la técnica del levantamiento del velo no como una reacción frente al abuso de una sociedad, de aplicación singularizada y excepcional por la Administración o por los tribunales de justicia, sino como el presupuesto de hecho para dirigir genéricamente y sin límites la acción recaudatoria contra los socios que controlen la sociedad, determinando las masas patrimoniales contra las que se puede ejecutar, con garantía de éxito, la deuda tributaria ⁶².

Ello es fuente de confusiones, puesto que una cosa es descorrer el velo de la personalidad jurídica y otra cuestión bien distinta es declarar responsable –solidaria o subsidiariamente, según cuál sea la normativa aplicable, si foral o estatal– a la persona física o jurídica que ejerce, directa o indirectamente, el control efectivo de la sociedad. En el primer caso, el administrador o, en última instancia, el socio responde como «empresario real», mientras que el administrador declarado responsable tributario lo hace por su condición de órgano social, al margen de su condición o no de socio y, por tanto, al margen de sus posibles vinculaciones económicas reales con la sociedad que administra ⁶³. En cuanto al socio, salvo que se probase su participación en infracciones cometidas o el ejercicio de una administración de hecho de la entidad, respondería limitadamente, hasta el valor de su cuota de liquidación en la sociedad.

Por la redacción normativa empleada para configurar estos nuevos supuestos de responsabilidad tributaria no parece aborrecible la idea de que se extiendan a los personas físicas o entidades que controlan de manera efectiva la sociedad creada o utilizada para eludir impuestos ni, por supuesto, a esta misma, las sanciones tributarias que pudieran imponerse a una y a otros ⁶⁴.

Sin embargo, ello dependerá del criterio que se mantenga con carácter general frente al hecho de que un instituto como es la responsabilidad tributaria sea empleado para el cumplimiento de una finalidad distinta para la que fue concebido. Para nosotros, ni en estos tipos de responsabili-

⁶¹ Frente a la regulación aprobada finalmente de dicha ley, CHECA GONZÁLEZ, C.: *Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal*, op. cit., págs. 48-49, comparte el tenor de las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados y en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular de las respectivas cámaras, al entender excesiva e inadecuada la atribución de una facultad discrecional a la Administración tributaria, eliminando el control judicial sobre la misma y basándola en conceptos jurídicos indeterminados.

⁶² Cfr. GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», op. cit., págs. 20-21 y, del mismo autor: «La ofensiva contra las sociedades de profesionales», op. cit., consultado en *Westlaw* (BIB 2006\1264).

⁶³ Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La responsabilidad patrimonial de los socios y administradores sociales en el ámbito laboral», op. cit., consultado en *Westlaw* (BIB 2002\1276).

⁶⁴ Para ALONSO GONZÁLEZ, L. M.: «El proyecto de ley de medidas para la prevención del fraude fiscal», *Temas Tributarios de Actualidad* (AEDAF), núm. 7, 2006, los nuevos tipos de responsabilidad por levantamiento del velo vendrían a ser de «responsabilidad-sanción», por lo que su declaración tendrá que hacerse con arreglo a los principios que rigen el Derecho Sancionador.

dad, como tampoco en los restantes derivados de hechos ilícitos, resulta adecuado que un instrumento de garantía de la recaudación pueda ser utilizado para trasladar la sanción por un hecho ajeno o inadecuado al grado de participación en el mismo.

Por otro lado, la extensión de las sanciones que, en su caso, proceda imponer a la sociedad creada o utilizada con propósitos de elusión tributaria, no puede merecer la misma valoración –sobre todo desde el punto de vista del principio de personalidad de la sanción– si al final terminan recayendo sobre el socio que tenga un control parcial (¿efectivo?) sobre la sociedad, representado en un determinado porcentaje de derechos económicos y no políticos sobre la misma, que si se extienden a las personas o entidades que *de facto* o *de iure* disponen de la mayoría de derechos de voto, han designado a la mayoría de los miembros del órgano de administración, sobre el que ejercen hondamente su influencia, o tienen amplia capacidad de gestión y dirección de la sociedad.

Pero es que, aunque se dieran estas últimas circunstancias, los nuevos supuestos de responsabilidad subsidiaria por levantamiento del velo podrían ejercer una especial *vis atractiva* –dependerá de cómo actúe la Administración– y hacer innecesarios otros tipos de responsabilidad como el referido a los administradores de hecho [art. 43.1 a) LGT] o, incluso, el derivado de la comisión o colaboración activa en la realización de una infracción tributaria [art. 42.1 a) LGT] –en este último caso, pese a tratarse de un supuesto de responsabilidad solidaria, por el esfuerzo correspondiente a la necesaria prueba de la culpabilidad de quienes concurren en la infracción–, lo que pugna con su papel de cierre y última respuesta, acorde con la doctrina de la que traen causa ⁶⁵.

En cualquier caso, la tipificación de los supuestos de responsabilidad de las letras g) y h) del artículo 43.1 de la LGT no puede dar lugar a procedimientos ni resultados incompatibles con el régimen de responsabilidad subsidiaria escogido por el legislador. Así, frente a la omisión del trámite de previa declaración de fallido en que había incurrido la Administración en el supuesto de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por el Tribunal Supremo (STS de 19 de abril de 2003), se requerirá ahora, necesariamente, su cumplimentación, de la misma manera que la responsabilidad alcanzará, además de a las sanciones que deriven de las infracciones producidas, a la deuda exigida en período voluntario ⁶⁶.

⁶⁵ GIL DEL CAMPO, M., MELLADO BENAVENTE, F. M. y MOLINA ALGUEA, E.: *La nueva Ley de Prevención del Fraude Fiscal*, op. cit., pág. 155, ponen de relieve la concurrencia o solapamiento de los nuevos supuestos de responsabilidad con los que ya contemplaba la LGT y que se refieren a la sucesión empresarial, entorpecimiento de la ejecución recaudatoria y administración de hecho de personas jurídicas.

⁶⁶ Compartimos la crítica que FALCÓN Y TELLÁ, R.: «Otras medidas para la prevención del fraude contenidas en la Ley 36/2006, de 29 de diciembre (y II)», *Quincena Fiscal*, núms. 3-4, 2007, págs. 9-10, ha realizado de los nuevos supuestos de responsabilidad tributaria. Por un lado, por estar configurados con tal ambigüedad e imprecisión que difícilmente resultará constitucionalmente admisible la responsabilidad tributaria, y menos aún respecto de las sanciones, pues se trata de exigir la deuda o la sanción a una persona distinta, la cual no puede conocer de antemano si incurre en el supuesto de hecho previsto en la norma. Por otro lado, porque la práctica totalidad de las conductas incorporadas a la LGT, si se prueban, pueden constituir insolvencias punibles tipificadas en los artículos 257 a 261 del CP, de manera que, o bien se ha cometido un delito, en cuyo caso la Hacienda Pública no puede actuar, o bien no existe voluntad de impedir la eficacia de un embargo administrativo, en cuyo caso no puede exigirse la deuda ni la sanción a una persona distinta del obligado.

6. PROCEDIMIENTOS PARA DECLARAR Y EXIGIR LA RESPONSABILIDAD POR LAS SANCIONES

En cualquiera de los supuestos de responsabilidad por acto ilícito que configura la LGT no se desprende que se deba determinar y extender la sanción al responsable siguiendo para ello un procedimiento específicamente sancionador, sino que de lo que se tratará, sencillamente, será de «declarar y exigir la responsabilidad», solidaria o subsidiaria, según se trate, de acuerdo con lo previsto por los artículos 175 y 176 de la LGT. Es más, la indicación de los preceptos que se acaban de citar en el reenvío efectuado por el artículo 182 de la LGT, sin hacer mención ninguna del artículo 174, parece querer indicar que la derivación de responsabilidad solidaria o subsidiaria es una cuestión sencilla, prácticamente automática, que solo precisa de seguir los cauces de finalidad recaudatoria señalados por los citados artículos 175 y 176 de la LGT. Ello puede que venga influido por la idea de que la sanción que se va a extender y exigir al responsable, constituye para este una simple prestación pecuniaria, descargada de la naturaleza represiva por la que resultó impuesta al sujeto infractor.

Pero no nos parece que los trámites a recorrer sean tan simples y sencillos. Tampoco creemos que puedan alterar la naturaleza claramente punitiva de las cantidades que puedan ser exigidas a los responsables solidarios y subsidiarios, cuando dicha vinculación jurídico-subjetiva provenga de la participación en hechos ilícitos y se extienda a los mismos las sanciones impuestas a los sujetos o entidades infractores.

Un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional incide de lleno en esta cuestión, pudiendo deducirse del mismo que para poder derivar la responsabilidad a las sanciones, deberán observarse las mismas garantías materiales y formales que en un procedimiento sancionador [STC 85/2006, de 27 de marzo, (RTC 2006\85), FJ 3.º y 4.º].

Así lo había reclamado ya la doctrina al plantear la necesaria observación de las garantías del Derecho Sancionador en los procedimientos para ventilar la responsabilidad, dado que en los mismos –al menos cuando se trata de responsabilidad por actos ilícitos– deben quedar convenientemente demostrados los hechos representativos de la conducta ilícita del responsable, su culpabilidad al menos en grado de negligencia (simple) y motivarse suficientemente el acto que ponga fin al procedimiento ⁶⁷.

Si la Administración tributaria debe probar la participación culposa o negligente del administrador de una persona jurídica en las infracciones cometidas por la sociedad –v. gr., y especialmente cuando se alegue que su actuación como administrador fue puramente nominal y que ni siquiera firmó las actas de conformidad incoadas en su día a la sociedad ⁶⁸–, entonces parece que esa tarea deberá acometerse en un procedimiento sancionador con todas las garantías para sujetos infractores y eventuales responsables de la sanción o, la declaración de responsabilidad, si se hace en un procedi-

⁶⁷ Cfr. ANÍBARRO PÉREZ, S. y SESMA SÁNCHEZ, B.: *Infracciones y sanciones tributarias*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 84, citando en línea con su planteamiento la STS de 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6562) que recogemos en el texto.

⁶⁸ Cfr. SESMA SÁNCHEZ, B.: «Responsabilidad subsidiaria de administradores: aplicación objetiva y automática», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 21, 2002, consultado en línea, en *Westlaw* (BIB 2003\126).

miento aparte, deberá resultar sustancialmente coincidente con aquel por pretender la extensión de la responsabilidad a las sanciones.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa también se encuentran sentencias que habían incidido en lo mismo. Por ejemplo: «Aparentemente distinta es la situación con respecto a las cuantías derivadas hacia el recurrente que responden al concepto de sanciones, con arreglo a lo dispuesto en la propia Ley General Tributaria (...) Pues bien, aquellas sanciones, consistentes en multas, tienen un indudable carácter punitivo, porque realmente suponen un plus sobre lo que constituye el contenido propio de la obligación tributaria, por lo que parece que con relación a esta faceta puramente sancionadora no podrían negársele al responsable subsidiario las mínimas garantías constitucionales establecidas en favor de los sujetos a un procedimiento administrativo sancionador, entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, que en estos casos requeriría la existencia de una mínima actividad probatoria, suficiente para que la Administración pueda establecer como razonablemente acreditado que el administrador debe asumir la sanción impuesta a la persona jurídica» [STS de 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6562), FJ 3.º]. Y, también: «... Se debe distinguir la responsabilidad atendiendo a si lo exigido es el importe de la sanción tributaria, o, también, el importe de la deuda tributaria pura. Si lo exigido se extiende a las sanciones por las infracciones cometidas por la persona jurídica, las garantías procedimentales han de ser observadas por la Administración, al estar obligada a acreditar la concurrencia de las circunstancias que, en relación con la conducta de los administradores, describe (pasividad ante el incumplimiento, o consentimiento en el mismo)» [SAN de 8 de octubre de 2000 (JT 2001\1855), FJ 3.º].

A) Naturaleza del procedimiento de derivación de responsabilidad por sanciones.

El procedimiento de derivación de la responsabilidad constituye, en su conjunto, una garantía para el responsable. Dentro del mismo se le tiene que poner de manifiesto el expediente correspondiente al deudor –y/o sujeto infractor– principal, se le debe dar audiencia y oportunidad para que formule las alegaciones que considere necesarias y la Administración deberá probar todos los extremos que permitan la imputación de la responsabilidad al sujeto de que se trate.

La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias se encuentra situada en una posición muy próxima a la respuesta que el ordenamiento sancionador procura al imponer un castigo al autor de un hecho ilícito. Con aquella traslación se desenvuelve un fin sancionador, aunque no de forma exclusiva, dado el interés recaudatorio predominante en la responsabilidad tributaria ⁶⁹ y en los procedimientos para exigirla, según la clase de que se trate, regulados por los artículos 175 y 176 de la LGT. En cualquier caso, los procedimientos seguidos frente a los responsables no parece que hayan asumido la separación que la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes propiciara entre los procedimientos de gestión e inspección (aplicación de los tributos) y el destinado a la im-

⁶⁹ Estamos de acuerdo con ORÓN MORATAL, G.: «El procedimiento sancionador», en la obra colectiva *Nuevo régimen jurídico de los procedimientos tributarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 24, en que dicho interés recaudatorio que sobresale en la responsabilidad tributaria hace aún más inadecuada la extensión de la sanción a sujetos intercambiables.

sición de sanciones tributarias. Perfectamente puede decirse que la separación procedimental aludida y formalmente refrendada por la nueva LGT encuentra un lastre en el régimen legal de los responsables y la extensión de la responsabilidad a las sanciones⁷⁰. Solo este dato serviría para invadir los procedimientos de derivación de la responsabilidad cuando se pretende extender las sanciones a terceros que han participado en la ejecución de infracciones⁷¹.

Si la extensión de la sanción tributaria equivale materialmente a ser sancionado⁷², entonces estamos —como sucedía con el recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo del 50% de la deuda tributaria que introdujo, en la anterior redacción de la LGT (art. 61.2), la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF—, ante una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de la ley y desempeña una función de castigo, no pudiendo justificarse constitucionalmente más que como una sanción; planteamiento que realizó el Tribunal Constitucional en la STC 276/2000, de 16 de noviembre (RTC 2000\276), FJ 5.º⁷³ y que iría seguida luego

⁷⁰ Cfr. ORÓN MORATAL, G.: «El procedimiento sancionador», *op. cit.*, págs. 23-24.

⁷¹ Veamos algunos razonamientos de diversos Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas: «Lo que en nuestro ordenamiento punitivo, penal o administrativo, no cabe es que haya un solo autor y dos responsables pues lo impide el fundamental principio de personalidad de la sanción conforme al cual nadie puede ser sancionado por hechos ajenos, que es lo que, según sus literales términos, ha hecho la resolución sancionadora que estimando autora a una sola empresa obliga al pago de la sanción a otra» [STSJ de Navarra, de 24 de diciembre de 2002 (JUR 2003\44074), FJ 3.º]. «La existencia de una responsabilidad, solidaria o subsidiaria, por hechos propios y aun por hechos ajenos, no tiene por qué derivar al responsable responsabilidad alguna de orden sancionador "stricto sensu", sino simplemente la obligación, solidaria o subsidiaria, de hacer frente a las indemnizaciones pertinentes que pudieran derivar del ilícito administrativo, lo que, hay que repetir, no autoriza a hacer descansar sobre quien no fue autor del mismo la carga de la potestad administrativa sancionadora» [STSJ de Madrid, de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003\174889), FJ 2.º]. «En cualquier caso, y partiendo de que el artículo 40.1 LGT alberga una participación del administrador en la infracción, lo que permite que se le pueda exigir la sanción, habrán de observarse, cuando se derive la responsabilidad contra él, los principios y garantías propias del derecho sancionador, y de modo destacado, la prueba de su negligencia como requisito integrante del propio presupuesto de hecho de la responsabilidad y, a su vez, conformador de la culpabilidad que ha de concurrir para hacer posible la exigencia de la sanción (...) Por lo demás... es evidente que la derivación de la responsabilidad en relación con una sanción a un tercer sujeto exigiría el previo desenvolvimiento de un procedimiento administrativo sancionador en relación con el presunto responsable, en que se garantizara el cumplimiento de las garantías propias de dichos procedimientos y el respeto a los derechos que toda persona tiene en el procedimiento sancionador. Porque el hecho de que la sociedad haya sido declarada infractora y el hecho de que los administradores sociales tengan importantes atribuciones no significa que en los mismos haya concurrido, siempre y en todo caso, la culpabilidad necesaria; e incluso sería necesario probar en cada caso su efectiva participación, por acción o por omisión, en la perpetración de los hechos determinantes de la sanción». [STSJ de la Comunidad Valenciana, de 19 de mayo de 2003 (JUR 2003\246160), FJ 4.º]. Este último planteamiento también lo realiza la STSJ de Murcia, de 23 de enero de 2002 (JT 2002\793), FJ 3.º.

⁷² Cfr. GONZÁLEZ ORTIZ, D.: «Responsabilidad tributaria y sanciones. (La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1999, una aportación relevante al debate)», *Jurisprudencia Tributaria*, tomo II, 1999, pág. 21. También ANEIRO PEREIRA, J.: *Las sanciones tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 192.

⁷³ Idéntica doctrina que la STC 276/2000 se contiene en la STC 127/2002, de 23 mayo (RTC 2002\127), FJ 3.º. También se remiten a aquella numerosos pronunciamientos, entre otros: SSTs de 15 de enero de 2003 (RJ 2003\663); 11 de febrero de 2003 (RJ 2003\2487); 18 de junio de 2003 (RJ 2003\5693); 9 de julio de 2003 (RJ 2003\6393); 24 de julio de 2003 (RJ 2003\7781); 24 de mayo de 2005 (RJ 2005\5904); 31 de mayo de 2005 (RJ 2005\5897); 2 de junio de 2005 (RJ 2006\1016) y 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\8852). Asimismo las SSAN de 30 de enero de 2001 (JUR 2001\73967); 21 de junio de 2001 (JUR 2001\293692) y 12 de diciembre de 2001 (JUR 2002\143824). Entre las SSTSJ pueden citarse las siguientes: STSJ de Andalucía, de 16 de abril de 2001 (JUR 2001\180920); STSJ de Madrid, de 18 de abril de 2001 (JUR 2001\222957); STSJ de Castilla y León, de 11 de junio de 2001 (JUR 2001\230764); STSJ de Castilla-La Mancha, de 18 de junio de 2001 (JUR 2001\260173); STSJ de Cataluña, de 27 de junio de 2001 (JUR 2001\286559); STSJ de Asturias, de 6 de julio de 2001 (JUR 2001\261467); STSJ de Cataluña, de 15 de octubre de 2001 (JUR 2002\36325); STSJ de Cataluña, de 22 de noviembre de 2001 (JUR 2002\108566); STSJ de Galicia, de 26 de febrero de 2001 (JUR

por otros fallos en los que se otorgó amparo a los recurrentes por considerar que con los *recargos únicos* se vulneraba el derecho de defensa en el procedimiento sancionador tributario, porque su aplicación venía a significar una suerte de *sanción de plano* ⁷⁴.

Para que la Administración tributaria pueda exigir el pago al responsable, ha de haber tenido previamente que declarar la responsabilidad, determinando su alcance y extensión. Así lo establece el artículo 41.5 de la LGT, que dispone: «5. Salvo que una norma con rango de ley disponga otra cosa, la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables requerirá un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance y extensión, de conformidad con lo previsto en los artículos 174 a 176 de esta ley. Con anterioridad a esta declaración, la Administración competente podrá adoptar medidas cautelares del artículo 81 de esta ley y realizar actuaciones de investigación con las facultades previstas en los artículos 142 y 162 de esta ley.

La derivación de la acción administrativa a los responsables subsidiarios requerirá la previa declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios».

Dos cuestiones nos interesa tratar en estos momentos: 1.^a ¿Qué naturaleza tiene el procedimiento para declarar la responsabilidad tributaria?, y 2.^a Dada la distinción entre responsabilidad derivada de actos lícitos e ilícitos, ¿resulta adecuado el procedimiento para declarar la responsabilidad cuando esta deriva de actos ilícitos y, por lo tanto, se extiende a las sanciones tributarias?

En relación con el primer problema, una mera *contemplación jurídico-positiva* indicaría que, al ubicarse los artículos 174 a 176 de la LGT en el capítulo dedicado a las actuaciones y procedimiento de recaudación —a lo que hay que añadir el desarrollo efectuado en el RGR (arts. 124 a 126)—, teñiría ello la naturaleza de los procedimientos frente a los responsables que sería, por tanto, recaudatoria ⁷⁵. Sin embargo, el *planteamiento lógico-jurídico* se encamina hacia otra dirección resaltando

2002\234944); STSJ de Cataluña, de 6 de marzo de 2002 (JT 2002\609); STSJ de Galicia, de 13 de mayo de 2002 (JT 2002\1704); STSJ de Cataluña, de 16 de mayo de 2002 (JUR 2002\250608); STSJ de Cataluña, de 25 de septiembre de 2002 (JT 2002\1835); STSJ de Cataluña, de 4 de octubre de 2002 (JT 2003\593); STSJ de Cataluña, de 23 de octubre de 2002 (JT 2003\595); STSJ de la Comunidad Valenciana, de 2 de diciembre de 2002 (JT 2003\468); STSJ de Cataluña, de 14 de febrero de 2003 (JT 2003\1093); STSJ de Madrid, de 6 de marzo de 2003 (RJCA 2003\922); STSJ de Madrid, de 14 de marzo de 2003 (JT 2004\206); STSJ de Cataluña, de 7 de mayo de 2003 (JT 2005\932); STSJ de Cataluña, de 8 de julio de 2004 (JT 2004\1179); STSJ de Cataluña, de 13 de enero de 2005 (JUR 2005\64614); STSJ de Cataluña, de 17 de marzo de 2005 (JUR 2005\115568); STSJ del País Vasco, de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005\191940) y STSJ de Cataluña, de 7 de septiembre de 2005 (JT 2006\410).

⁷⁴ Véanse las SSTC 291/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000\291); 307/2000, de 18 de diciembre (RTC 2000\307); 312/2000, de 18 de diciembre (RTC 2000\312); 23/2001, 25/2001 y 26/2001, todas estas de 29 de enero (RTC 2001\23, 25 y 26, respectivamente); 93/2001, de 2 de abril (RTC 2001\93) y 127/2002, de 23 de mayo (RTC 2002\127).

⁷⁵ Vid. ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L. M.^a: «Actuaciones y procedimiento de recaudación», en la obra colectiva *Estudios de la Ley General Tributaria*, PricewaterhouseCoopers-Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 760, quienes no juzgan totalmente acertada la inclusión del procedimiento frente a los responsables entre los preceptos que la LGT dedica a la recaudación, calificándolo como un *procedimiento autónomo*. Vid. también ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *La responsabilidad de los administradores de personas jurídicas en la nueva Ley General Tributaria*, Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 226-227, aunque tachándolo de *procedimiento recaudatorio autónomo* del seguido frente al deudor principal. GONZÁLEZ ORTIZ, D.: *La figura del responsable tributario en el Derecho Español*, Tesis doctoral, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2003, págs. 385-386, considera que como el responsable tributario está obligado al pago de una deuda

que la declaración de responsabilidad tiene que ver con la concreción de la obligación surgida de la realización del presupuesto de hecho de la responsabilidad legalmente señalado ⁷⁶. De acuerdo con este razonamiento, si la responsabilidad no proviene de la comisión de un hecho ilícito, del que resulte una sanción de la que a fin de cuentas deba responder un sujeto distinto al deudor principal, podrá entonces considerarse que la actividad de determinación de la deuda exigible al responsable es esencialmente coincidente con la liquidación del tributo ⁷⁷.

En cuanto al segundo interrogante que nos planteábamos en relación con la adecuación o no del procedimiento para declarar la responsabilidad que se extiende a las sanciones tributarias, nos parece que el artículo 174 de la LGT no ha contemplado la incidencia que pueden tener en esta fase inicial los supuestos en los que la obligación del responsable tiene ese contenido punitivo, pues no basta con que la deuda se encuentre liquidada o autoliquidada, sino que ha de existir una sanción firme o, por lo menos, ha de haberse impuesto al infractor la correspondiente sanción ⁷⁸. Creemos que el cauce procedimental establecido en el citado precepto legal solo debería emplearse para la declaración de responsabilidad que alcance únicamente a la deuda tributaria, pero no para exigir a

ajena, la responsabilidad tributaria no debe de liquidarse, bastando con liquidar la deuda principal. La actividad administrativa seguida frente al responsable no sería, por tanto, una actividad liquidatoria, sino más bien una actividad enmarcada dentro de la función recaudadora.

⁷⁶ Vid. ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «El régimen jurídico del responsable en la nueva LGT», *Revista Española de Derecho Financiero* (Civitas), núm. 123, 2004, págs. 501-502. Estamos de acuerdo con esta autora cuando señala que, en lugar de un procedimiento recaudatorio, estamos ante otro que tiene como finalidad concretar la existencia de la obligación del responsable y su cuantía, terminando con un acto administrativo que la hace efectiva, líquida y exigible (ibidem, pág. 503). Más recientemente, esta misma autora vuelve a señalar que el procedimiento al que se refiere el artículo 41.5 de la LGT no lo es de recaudación sino sencillamente de concreción del importe de la obligación del responsable y de constatación de que, en efecto, es un responsable por haber realizado el presupuesto de hecho previsto en la norma legal respectiva. Cfr. ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «Precisiones sobre el procedimiento de declaración de la responsabilidad tributaria: a propósito del artículo 124 del Reglamento General de Recaudación», *Revista Española de Derecho Financiero* (Civitas), núm. 131, 2006, pág. 565. También plantean que el acto de declaración de responsabilidad tributaria tiene naturaleza liquidatoria: CALVO ORTEGA, R.: «La responsabilidad tributaria subsidiaria», *Hacienda Pública Española*, núm. 10, 1971, págs. 138-139; HERRERO MADARIAGA, J.: «El responsable tributario», *Revista Española de Derecho Financiero* (Civitas), núm. 26, 1980, pág. 212; COMBARROS VILLANUEVA, V. E.: «La responsabilidad tributaria, solidaria y subsidiaria, en el procedimiento de recaudación», *Revista Española de Derecho Financiero* (Civitas), núm. 23, 1979, págs. 395-397; MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S.: *Los responsables tributarios*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 185.

⁷⁷ De hecho, como lo califica ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «El régimen jurídico del responsable en la nueva LGT», *op. cit.*, pág. 503, se trata de un procedimiento de liquidación frente al responsable, separado del seguido frente al obligado principal, al que la ley denomina de derivación de responsabilidad (ibidem, pág. 504, así como en «Precisiones sobre el procedimiento de declaración de la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 565). También lo concibe como una manifestación de la función liquidadora TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: «Procedimientos de recaudación», en la obra colectiva dirigida por CALVO ORTEGA, R.: *La nueva Ley General Tributaria*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 577-578 y 580. También JUAN LOZANO, A., GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E., MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: «La aplicación de los tributos en la nueva Ley General Tributaria», dentro de la obra colectiva *La aplicación de los tributos en la nueva Ley General Tributaria (XLLX Semana de Estudios de Derecho Financiero)*, *op. cit.*, págs. 112-113, quienes aparte de señalar que el acto declarativo de responsabilidad tiene naturaleza de acto de liquidación, consideran que aquel no puede limitarse a «trasladar» la liquidación del deudor principal, sino que, además, debe determinar la concreta deuda exigible al responsable.

⁷⁸ Cfr. NAVARRO EGEA, M.: *El responsable tributario*, Iustel, Madrid, 2006, pág. 40, quien razona que la falta de un pronunciamiento legal expreso puede dar pie a diversas soluciones, bien para defender que el procedimiento de derivación de responsabilidad no puede tener lugar en tanto no se conozca la cuantía de la deuda garantizada (deuda tributaria y sanción), bien para entender que han de concurrir de forma sucesiva dos actos de derivación de responsabilidad como resultado de sendos procedimientos. También ANEIRO PEREIRA, J.: *Las sanciones tributarias*, *op. cit.*, pág. 192, plantea la necesidad de que la sanción se encuentre ya impuesta para que pueda ser exigida al responsable.

los responsables las sanciones tributarias ⁷⁹, que han de imponerse, pero también «extenderse», en su caso, en un procedimiento sancionador con todas las garantías.

A falta de esa razonable reconducción al procedimiento sancionador, cuando la responsabilidad es el resultado de la infracción del ordenamiento, los trámites que se sigan para su declaración en estos supuestos tendrían que resultar coincidentes en lo fundamental con el procedimiento encaminado a la determinación objetiva y subjetivamente de la infracción producida, cuantificando la sanción que deba imponerse.

B) Derechos de los responsables.

Como anteriormente advertimos, en la STC 85/2006, de 27 de marzo (RTC 2006\85) –que otorgó el amparo que demandaban varios responsables subsidiarios de una persona jurídica, de la que habían formado parte del Consejo de Administración– el Tribunal Constitucional reconoce que durante todo el proceso que la Administración había seguido frente a los recurrentes, se les impidió tener acceso a la información necesaria para conocer y discutir la procedencia y cuantía del débito exigido, así como las razones por las que el presunto incumplimiento era merecedor de una determinada sanción (FJ 8.º). La resolución declara que ha de garantizarse la posibilidad de ejercer los derechos que rodean a los sujetos en un procedimiento en el que la Administración deriva una responsabilidad de carácter punitivo ⁸⁰.

Con carácter general, el Tribunal Constitucional establece que cuando la responsabilidad que la Administración tributaria derive, tenga un contenido punitivo por extenderse a las sanciones, resultarán aplicables las garantías materiales y procesales que se deducen de los artículos 25.1 y 24.2 de la Constitución. Y de manera particular, para el caso enjuiciado, deduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes por varias circunstancias (FJ 6.º y 7.º):

- 1.ª En la incongruencia omisiva en que incurrió la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al no pronunciarse sobre una alegación sustancial expresamente formulada por los recurrentes, como fue la referida a la caducidad del pro-

⁷⁹ Vid. ORÓN MORATAL, G.: «El procedimiento sancionador», *op. cit.*, pág. 43.

⁸⁰ Vid. FERNÁNDEZ AMOR, J. A.: «El tratamiento del administrador de personas jurídicas en el orden tributario y en el orden penal: responsable subsidiario o imputado», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 13, 2006, consultado en *Westlaw* (BIB 2006\1353). En opinión de GONZÁLEZ ORTIZ, D.: «Los responsables tributarios de las sanciones», *op. cit.*, pág. 13, en la STC 85/2006, «el Tribunal parece descubrir la naturaleza jurídica de la responsabilidad tributaria sobre las sanciones observando "algunos rasgos externos" de aquella: el origen en un comportamiento ilícito de los responsables y la calificación formal de la prestación exigida al deudor principal. Podría, entonces, preguntarse al Tribunal si la responsabilidad tributaria sobre las sanciones exigida a los administradores de sociedades, más allá de presentar "cierta imagen sancionadora", cumple una "función de castigo"; es decir, si solamente puede ser explicada como una medida adoptada única y exclusivamente con el fin de castigar a quienes cometen un ilícito. Quizá, si el Tribunal se lo hubiera cuestionado, le habría resultado difícil llegar a la misma conclusión. Y es que resulta difícil considerar que a través de la responsabilidad tributaria se persigue castigar al responsable tributario cuando la exigibilidad del pago queda condicionada por la solvencia o insolvencia del deudor principal, y cuando además se concede un derecho de reembolso al responsable tributario en caso de haber efectuado el pago».

cedimiento de derivación de responsabilidad al haber transcurrido el plazo máximo de resolución del mismo.

- 2.^a Por la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones promovido por los responsables subsidiarios, impidiéndoles conocer los motivos por los que no se apreció la mencionada caducidad del expediente de derivación de responsabilidad.
- 3.^a Porque durante el proceso contencioso-administrativo seguido, los recurrentes no pudieron cuestionar las actas que, en su día, la Inspección de los Tributos extendió a la sociedad y, por ende, las cantidades derivadas de las mismas que se les exigen en calidad de responsables.

A partir de tales premisas, el Tribunal enumera una serie de derechos que asisten a los responsables, cuando los actos de derivación de la responsabilidad se extienden a las sanciones tributarias, ciñéndolos a la «posibilidad de alegar», esto es, concibiéndolos como manifestaciones de un genérico derecho a la defensa ejercitable en los trámites de audiencia y formulación de alegaciones, así como cuando se impugnen aquellos actos por medio de recursos o reclamaciones. Concretamente, el Tribunal menciona los siguientes extremos sobre los que podrían los responsables manifestar lo que estimasen conveniente (FJ 7.º):

- Sobre si efectivamente la persona jurídica cometió las infracciones tributarias por las que fue sancionada, si dejó de ingresar la cuota de varios tributos y, en el supuesto de que así fuese, si las omisiones se produjeron culpablemente o, por el contrario, concurría alguna causa de exclusión de la responsabilidad.
- En caso de que la entidad hubiera cometido las infracciones tributarias, cuáles son las sanciones que correspondía imponer por los ilícitos cometidos y, por ende, en la medida en que las sanciones se determinan en función de un porcentaje de la cuota tributaria dejada de ingresar, también en relación con la cuantía de las cuotas defraudadas.
- Sobre la pertinencia de la derivación de responsabilidad acordada o, lo que es igual, acerca de si se han producido las circunstancias y comportamientos legalmente previstos para derivar la responsabilidad.

Por otro lado, el hecho de que la responsabilidad pueda extenderse a las sanciones implica, como sabemos, la previa participación del responsable en la realización de una infracción cometida por el sujeto pasivo, bien sea colaborando activamente con este en su ejecución, sea facilitando o consintiendo los incumplimientos tratándose de administradores de personas jurídicas, o llevando a cabo cualquiera de las conductas de entorpecimiento de la ejecución recaudatoria.

Lógicamente, en todos esos supuestos, el responsable ha de haber participado, colaborado, facilitado, etc., culpablemente o, como establece el artículo 183.1 de la LGT, definitorio de las infracciones tributarias, «con cualquier grado de negligencia»; elemento subjetivo este de la

conducta del responsable solidario o subsidiario que deberá quedar suficientemente probado y motivado por la Administración tributaria ⁸¹.

Así lo han reconocido el Tribunal Supremo y varios Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas. El primero, al establecer en la STS de 16 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9850), FJ 3.º, en relación con la extensión de la responsabilidad a las sanciones derivadas de infracciones cometidas por personas jurídicas, que se requiere que los administradores hayan tenido un comportamiento malicioso o negligente y que quede éste suficientemente acreditado para que sirva de motivación al acto mediante el cual se deriva la responsabilidad tributaria frente a los mismos, incumbiendo la prueba de esta conducta cualificada por criterios culposos o intencionales a la Administración que ha de motivarla al margen de que se llegue a la declaración de insolvencia del deudor principal.

La misma argumentación ha sido efectuada, por ejemplo, por los Tribunales Superiores de Justicia de Murcia ⁸² y de Andalucía ⁸³, así como por el TEAC ⁸⁴.

Es censurable, desde luego, que los órganos administrativos puedan declarar la responsabilidad por sanciones sin mencionar los hechos concretos u omisiones de los que concluir la participación de los responsables en la comisión de infracciones y sin dejar acreditada su culpabilidad en los mismos.

De la aplicación de los principios generales del Derecho Sancionador, no puede concluirse que nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad objetiva donde la simple condición de administrador, por ejemplo, determine ya la posibilidad de declaración de responsabilidad subsidiaria al margen de toda consideración y valoración de su actuar. Este automatismo que convierte al administrador en responsable subsidiario si no acredita la ausencia de culpa en su actuar, supone una inversión de la carga de la prueba que ni resulta compatible con la exigencia siempre de prueba, siquiera sea indiciaria, de un actuar negligente o culposo del administrador de la sociedad.

Cuando la responsabilidad alcanza a las sanciones, pero nos encontramos en el ámbito de transmisiones empresariales, de cambios en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, nos parece que se está produciendo una regulación contraria al principio de personalidad de la pena con infracción, además, del principio de culpabilidad —la sanción, en este caso, puede proceder de la realización de un hecho lícito como es el de la venta y adquisición de centros empresariales—, motivo suficiente para que se deba proceder a un cambio futuro de esta modalidad de responsabilidad.

⁸¹ Cfr. BOSCH CHOLBI, J. L.: «Los responsables tributarios en la LGT 58/2003: Aspectos controvertidos», *Tribuna Fiscal*, núm. 173, 2005, pág. 47.

⁸² *Vid.* STSJ de Murcia, de 28 de junio de 1995 (JT 1995\909), FJ 2.º.

⁸³ *Vid.* SSTSJ de Andalucía (Sevilla), de 25 de enero de 2002 (JUR 2002\147855); 13 de septiembre de 2002 (JT 2002\1729); 21 de febrero de 2003 (JT 2003\1374); 2 de septiembre de 2005 (JT 2006\408), y 13 de octubre de 2005 (JT 2006\462).

⁸⁴ *Vid.* RREAC de 15 y 28 de enero de 1999 (JT 1999\192 y 215).

En definitiva, si los procedimientos para ventilar la responsabilidad en los casos en que esta proceda de actuaciones ilícitas no superan el *test* de comparación con un procedimiento sancionador donde dichas garantías resulten aplicables, la conclusión no puede ser otra que la inadecuación de aquellos al fin que promueve un procedimiento de carácter sancionador. La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias está condicionada al respeto de los principios informadores del Derecho Administrativo Sancionador de la misma manera que si lo que se produjera fuese la aplicación directa de una sanción al autor del hecho ilícito. Ello implica que el procedimiento administrativo por el que se declare la responsabilidad tenga que respetar las mismas garantías constitucionales que se proyectan sobre el procedimiento administrativo sancionador ⁸⁵.

C) *Iniciación del procedimiento.*

Estamos ante uno de los procedimientos que comienzan siempre de oficio ⁸⁶ y así lo dispone, situándose en la estela de la LRJPAC (art. 69.1) y de la LGT (art. 98.1), el primer párrafo del artículo 124.1 del RGR, al establecer: «1. El procedimiento de declaración de responsabilidad se iniciará mediante acuerdo dictado por el órgano competente que deberá ser notificado al interesado».

a) *Declaración de responsabilidad por sanciones.*

No existen diferencias, en cuanto al inicio, entre la declaración de responsabilidad por la deuda tributaria o por sanciones. El acuerdo de iniciación provendrá de la propia iniciativa del órgano que lo adopte o de orden superior. También puede ser consecuencia de los hechos o situaciones revelados a la Administración mediante denuncia pública (art. 114 LGT), aunque la misma no formará parte del expediente administrativo. No parece, sin embargo, que el acuerdo se adopte a petición del interesado, aunque formalmente esté prevista dicha posibilidad (art. 70 LRJPAC).

Con anterioridad al acuerdo de iniciación, y de conformidad con lo establecido por la LRJPAC (art. 69.2), puede haber un período de información previa cuya finalidad pasa por el conocimiento de las circunstancias concurrentes en el caso concreto y la valoración sobre la conveniencia o no de iniciar el procedimiento de derivación de responsabilidad. Lógicamente, este puede ser el momento adecuado para que el interesado pueda presentar alegaciones fundadas y aportar la documentación pertinente antes del trámite de audiencia que contempla el artículo 174.3 de la LGT.

El contenido del acuerdo de iniciación debe ser vinculante en lo que respecta a su fundamento normativo, máxime si el presupuesto de la responsabilidad tiene carácter ilícito, extendiéndose la

⁸⁵ Vid. GONZÁLEZ ORTIZ, D.: *La figura del responsable tributario en el Derecho Español*, op. cit., pág. 212. También RUFÍAN LIZANA, D. M.^a: «La responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades en las infracciones cometidas por estas», *Impuestos*, vol. I, 1987, pág. 641.

⁸⁶ Cfr. ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «El régimen jurídico del responsable en la nueva LGT», op. cit., pág. 504. También ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L. M.^a: «Actuaciones y procedimiento de recaudación», op. cit., pág. 768.

misma a la sanción. De lo contrario se estaría causando una inadmisible indefensión al interesado ⁸⁷. Así las cosas, si la Administración invoca, por ejemplo, el artículo 43.1 a) de la LGT, luego no se puede acudir al artículo 42.1 a) de la misma ley ⁸⁸.

La declaración de responsabilidad –se extienda o no a las sanciones– se inscribe en un *momento lógico* diferenciado con la exigencia de la misma ⁸⁹ y sirve a finalidades también diversas. Aquella debe precisar el fundamento de la responsabilidad atribuida a un sujeto, mientras que su exigencia implica ya la intimación al pago de la prestación requerida.

El artículo 174.1 de la LGT, al fijar el momento temporal a partir del cual podría derivarse la responsabilidad, señala: «1. La responsabilidad podrá ser declarada en cualquier momento posterior a la práctica de la liquidación o a la presentación de la autoliquidación, salvo que la ley disponga otra cosa». La aplicación de dicha regla podría interpretarse como que permite a la Administración derivar la responsabilidad por sanciones derivadas de la participación del responsable en hechos ilícitos también con carácter previo al comienzo del procedimiento sancionador que ha de seguirse frente al sujeto infractor o cuando este se encuentra en plena tramitación. Sin embargo, a nuestro juicio, no parece en absoluto razonable que la declaración de responsabilidad pueda extenderse a las sanciones con anterioridad al inicio de un procedimiento punitivo frente al presunto infractor, pues aparece como requisito lógico el hecho de que hayan adquirido firmeza las sanciones determinadas en el procedimiento sancionador e impuestas al autor de las infracciones que las motivan. Por ello, para declarar la responsabilidad será necesario esperar a que se sustancie el procedimiento sancionador en el que quede acreditada la comisión de la infracción ⁹⁰.

Cuando se deriva la responsabilidad relativa a la deuda tributaria, el responsable podrá impugnar tanto el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de responsabilidad, como la legalidad de la liquidación o autoliquidación (art. 174.5 LGT), dado que está en condiciones de conocer los criterios que han llevado a la Administración tributaria a derivar la responsabilidad y a cuantificar la deuda en un determinado sentido. Alcanzando a las sanciones de infracciones en las que tuvo participación el responsable, este padecería una situación de evidente indefensión si, por no haberse ini-

⁸⁷ Cfr. SANTOLAYA BLAY, M.: «El procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria en la Ley 58/2003», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 271, 2005, pág. 143. También ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L. M.^a, *ibídem*, pág. 768.

⁸⁸ A propósito de errores en la calificación de conductas infractoras por la Administración, *Vid.* la STC 218/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005/218), FJ 4.º.

⁸⁹ Cfr. PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario...*, 16.ª ed., *op. cit.*, pág. 358. También diferencia la declaración de responsabilidad de la pretensión de cobro seguida frente al responsable, GONZÁLEZ ORTIZ, D.: *La figura del responsable tributario en el ordenamiento jurídico español*, *op. cit.*, pág. 386. Asimismo, SERRANO ANTÓN, F.: «Recaudación tributaria», en la obra colectiva *Comentario sistemático de la nueva Ley General Tributaria*, CEF, Madrid, 2004, págs. 515-516.

⁹⁰ Cfr. PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario...*, 16.ª ed., *op. cit.*, pág. 356. El artículo 196.3 del anteproyecto de Reglamento General de Actuaciones y Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos resuelve la cuestión a la que nos referimos en el texto, estableciendo que el acuerdo de declaración de responsabilidad por parte del órgano competente para dictar la liquidación, habrá de dictarse con posterioridad al acuerdo de liquidación al deudor principal o, en su caso, de imposición de sanción al sujeto infractor.

ciado aún el procedimiento sancionador respecto del presunto infractor o el mismo no hubiese concluido todavía, se le pretendiera atribuir esa consecuencia jurídica de hechos cuya tipicidad y antijuridicidad no se han probado hasta ese momento por la Administración ⁹¹.

En virtud de lo anterior, la declaración de responsabilidad relativa a las sanciones impuestas al sujeto pasivo debe permitir al responsable cuestionar la adecuación a Derecho tanto del presupuesto de hecho de la declaración de responsabilidad como de las infracciones presuntamente cometidas. En este sentido, se ha afirmado que: «... los responsables subsidiarios frente a los que se haya dictado un acto de derivación de responsabilidad, como es el caso, *pueden ejercer los medios de impugnación contra la liquidación practicada y contra la extensión y fundamento de su responsabilidad* (...). Sentado lo anterior, es evidente que el recurrente puede discutir la sanción impuesta y le será de aplicación la nueva LGT, en caso de resultar más favorable...» [STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2004 (JT 2004\1474), FJ 4.º].

En suma, de idéntica manera a lo que sucede cuando la responsabilidad se extiende a la deuda, en el procedimiento dirigido frente a los responsables por sanciones tributarias, se pueden distinguir dos fases diferenciadas: la primera, de carácter estrictamente declarativo ⁹², y a la que no aparece reenvío expreso en el artículo 182 de la LGT, que está encaminada a determinar la existencia misma de la responsabilidad y, por ello, el responsable que presuntamente participó en la ejecución de infracciones, podrá cuestionar que se haya dictado el acto de declaración de responsabilidad y la adecuación a Derecho del mismo. La segunda fase sí se halla directamente señalada por el citado precepto legal y, lógicamente, ha de concebirse como subordinada a la anterior puesto que de lo que se trata es de que la Administración proceda a requerir el pago al responsable, debiendo tenerse en cuenta también en estas actuaciones, dada la naturaleza punitiva de la prestación pecuniaria exigida al responsable, los derechos constitucionales que afectan al despliegue de la potestad sancionadora y a la ordenación del procedimiento sancionador tributario ⁹³.

⁹¹ De hecho, resulta mucho más acorde con el diseño del procedimiento que nos ocupa considerar que el término liquidación, al que se hace referencia en el artículo 174 de la LGT, podría interpretarse como sinónimo del acto de imposición de la sanción cuando lo que se pretende derivar al responsable son sanciones tributarias. En este sentido, se ha pronunciado la SAN de 13 de enero de 2003 (JT 2003\2), al considerar que no cabe derivar la responsabilidad frente a los administradores hasta que no se imponga la sanción a la sociedad. De este modo, se hace evidente la simetría en el funcionamiento del procedimiento de declaración de responsabilidad por liquidaciones y sanciones.

⁹² Para GONZÁLEZ ORTIZ, D.: *La figura del responsable tributario en el Derecho Español*, op. cit., pág. 399, la finalidad del acto de declaración de responsabilidad no pasa por liquidar o calcular el *quantum* de la obligación a cargo del responsable, sino, tan solo, declarar motivadamente la obligación del mismo de pagar la deuda tributaria ajena.

⁹³ Según advierte el inciso inicial del artículo 41.5 de la LGT, este esquema procedimental se aplicará «salvo que una norma con rango de ley disponga otra cosa». Esta salvedad, ausente en la anterior LGT, viene a integrar en el marco general del indicado precepto ciertas situaciones de asunción de deudas tributarias que las normas reguladoras de los tributos catalogan como modalidades de responsabilidad, siendo un ejemplo recurrente en los estudios sobre la materia el caso del pagador de rendimientos devengados sin mediación de establecimiento permanente, que se coloca como responsable junto a los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, y en relación con el cual el artículo 9.3 del texto refundido del citado impuesto (RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo) dispone que las actuaciones de la Administración tributaria podrán entenderse directamente con él, de forma que le será exigida la deuda tributaria «sin que sea necesario acto administrativo previo de derivación de responsabilidad». Vid. FALCÓN Y TELLÁ, R.: «La regulación sustantiva de los responsables en el Anteproyecto de Ley General Tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2003, pág. 7.

b) *Tiempo de inicio y clases de responsabilidad.*

Según lo dispuesto por el artículo 174.1 de la LGT, resulta que el legislador no ha establecido distinciones entre las clases de responsabilidad, solidaria y subsidiaria, en lo que se refiere al momento de inicio del procedimiento ⁹⁴. De esta manera, en cualquier momento posterior a que el procedimiento sancionador seguido para determinar la comisión de la infracción de que se trate e imponer la sanción haya concluido, podrá declararse la responsabilidad ⁹⁵. El anteproyecto de Reglamento General de Actuaciones y Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos contempla la posibilidad de que la declaración de responsabilidad tenga lugar en el procedimiento inspector ⁹⁶, estableciendo el artículo 196.1 de dicha *pre-norma* que cuando el alcance de la responsabilidad incluya las sanciones, para acordar el inicio del procedimiento para declarar la misma, será necesario que se haya iniciado previamente el procedimiento sancionador.

No extendiéndose a las sanciones, el procedimiento podrá iniciarse en cualquier momento anterior a aquel en que debe dictarse el acto de declaración de responsabilidad ⁹⁷, que deberá realizarse después de la liquidación de la Administración o de la presentación de la autoliquidación por el obligado tributario ⁹⁸.

También la declaración de responsabilidad tributaria subsidiaria podrá iniciarse antes de que el deudor principal y demás responsables solidarios hayan sido declarados fallidos ⁹⁹. De acuerdo con este planteamiento, la declaración de insolvencia operaría como presupuesto de la exigibilidad de la deuda ¹⁰⁰, ya declarada la responsabilidad y habiéndose concretado el importe de la deuda tri-

⁹⁴ Cfr. ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «Precisiones sobre el procedimiento de declaración de la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 569.

⁹⁵ Tan pronto se haya impuesto la sanción al sujeto infractor podrá dictarse el acuerdo de declaración de responsabilidad, como ya advertimos que establece el artículo 196.3 del anteproyecto de Reglamento General de Actuaciones y Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

⁹⁶ El mismo anteproyecto contempla en su artículo 104.5 la posibilidad de que el procedimiento de declaración de responsabilidad concorra en el tiempo con los procedimientos de aplicación de los tributos o con el procedimiento sancionador, al prever que los períodos de interrupción justificada y las dilaciones no imputables a la Administración acreditados en los primeros, se consideren igualmente períodos de interrupción justificada y dilaciones no imputables a la Administración a efectos del cómputo del plazo de resolución de las actuaciones encaminadas a la declaración de responsabilidad.

⁹⁷ «Cuando en el curso de un procedimiento de inspección, el órgano actuante tenga conocimiento de hechos o circunstancias que pudieran determinar la existencia de responsables...», señala el artículo 196.1 del anteproyecto que venimos mencionando.

⁹⁸ *Vid.* ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «Precisiones sobre el procedimiento de declaración de la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 569. Como plantea esta autora, el artículo 174.2 de la LGT corrobora lo señalado al prever la posibilidad de que el órgano competente dicte el acto declarativo de responsabilidad antes de la finalización del período voluntario de pago del que es titular el deudor principal, por lo que solo puede entenderse la norma si el procedimiento se ha iniciado en un momento anterior a la práctica de la liquidación porque, de lo contrario, no habría tiempo de desarrollo del procedimiento y no podría durar los seis meses en que se establece el tiempo máximo para la notificación de la resolución declarativa de la responsabilidad según dispone el artículo 124.1, párrafo tercero, del RGR (*ibidem*, págs. 569-570).

⁹⁹ Cfr. GONZÁLEZ ORTIZ, D.: *La figura del responsable tributario en el Derecho Español*, *op. cit.*, pág. 411.

¹⁰⁰ Sin embargo, el párrafo tercero del artículo 196.1 del anteproyecto de Reglamento General de Actuaciones y Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación

butaria o de la sanción, casando así con la finalidad recaudatoria del artículo 176 de la LGT que se refiere al procedimiento para exigir —y no para declarar¹⁰¹— la responsabilidad subsidiaria¹⁰².

c) Competencia para declarar la responsabilidad por sanciones.

El artículo 174.2 de la LGT resuelve cuál será el órgano competente para dictar el acto de declaración de responsabilidad, estableciendo: «2. En el supuesto de liquidaciones administrativas, si la declaración de responsabilidad se efectúa con anterioridad al vencimiento del período voluntario de pago, la competencia para dictar el acto administrativo de declaración de responsabilidad corresponde al órgano competente para dictar la liquidación. En los demás casos, dicha competencia corresponderá al órgano de recaudación».

De acuerdo con el precepto transcrito, serán los órganos de recaudación los competentes para declarar la responsabilidad¹⁰³, salvo que este acto se haya dictado antes de que venza el plazo voluntario de pago¹⁰⁴ por el mismo órgano competente para dictar el acto de liquidación de la deuda del obligado principal¹⁰⁵. En los supuestos de autoliquidaciones presentadas la competencia para declarar la responsabilidad tributaria recae también en los órganos de recaudación¹⁰⁶.

Cuando la responsabilidad deriva de la participación en la comisión de una infracción tributaria, quizás lo más correcto hubiese sido que la LGT fijase una especialidad temporal respecto del

de los tributos, establece que «la derivación de la acción administrativa a los responsables subsidiarios requerirá la previa declaración de fallido del deudor principal y, si los hubiera, de los responsables solidarios. Estos extremos se acreditarán por el órgano de recaudación competente y se indicarán en la comunicación de inicio del procedimiento». Como señala, a propósito de este precepto la profesora ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «Precisiones sobre el procedimiento de declaración de la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 574, en nota, «puede entenderse que la situación de insolvencia debe incluirse en la comunicación del inicio del procedimiento de declaración de responsabilidad, pero no está claro a qué procedimiento se está refiriendo porque se están utilizando los mismos términos que en el artículo 176 de la Ley».

¹⁰¹ En opinión de RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, M.^a: *La responsabilidad tributaria en la contratación y subcontratación de obras y servicios*, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 115, el acto de declaración de responsabilidad subsidiaria ha de ser necesariamente posterior a la declaración de fallido del deudor principal y, en su caso, del responsable solidario.

¹⁰² Cfr. ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «Precisiones sobre el procedimiento de declaración de la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 574.

¹⁰³ JUAN LOZANO, A., GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E., MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: «La aplicación de los tributos en la nueva Ley General Tributaria», *op. cit.*, pág. 114, ponen de relieve lo deseable que resulta que la declaración de responsabilidad se efectúe desde el mismo momento en que, una vez liquidada la deuda, concurra su presupuesto de hecho. *Vid.* también ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «Precisiones sobre el procedimiento de declaración de la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 568.

¹⁰⁴ El profesor CALVO ORTEGA, R., en *La nueva Ley General Tributaria*, *op. cit.*, págs. 178-179, duda de que en la normalidad de los casos pueda darse lo preceptuado por el artículo 175.1 a) de la LGT, entendiendo que el único supuesto en el que tiene sentido la responsabilidad previa al vencimiento del período voluntario será en las acciones que impidan el embargo si este se ha ordenado como medida cautelar.

¹⁰⁵ Será el órgano de gestión si se trata de actuaciones de verificación o de comprobación limitada y el de inspección en caso de comprobaciones plenas. Así lo señala también SERRANO ANTÓN, F.: «Recaudación tributaria», *op. cit.*, pág. 516, poniendo de relieve la lógica de la previsión legal porque, buena parte de los supuestos de responsabilidad serán descubiertos y probados en el mismo procedimiento de comprobación en el que aflora la deuda.

¹⁰⁶ Cfr. ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «Precisiones sobre el procedimiento de declaración de la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 567.

momento en que puede ser declarada la responsabilidad por sanciones ¹⁰⁷. El hecho de que el artículo 182 de la LGT no reenvíe al artículo 174 de la misma ley plantea nuevamente problemas a la hora de identificar el órgano competente para derivar la sanción, sin que sea de mucha ayuda el desarrollo efectuado por el artículo 124 del RGR que se limita a señalar en su apartado primero que el procedimiento se iniciará mediante acuerdo de declaración de responsabilidad dictado por el órgano competente, sin profundizar en las reglas de atribución de competencia.

Así las cosas, en la identificación del órgano administrativo que debe derivar la responsabilidad cuando la misma se extiende a las sanciones, pueden darse dos interpretaciones. La primera excluiría la aplicación del artículo 174 de la LGT por resultar inadecuado para exigir sanciones a los responsables ¹⁰⁸, amén del silencio guardado al respecto por el artículo 182 de la misma ley. En coherencia con ese planteamiento, que circunscribe la necesaria apreciación sobre la concurrencia de responsables que hayan participado culpablemente en la comisión de infracciones tributarias al procedimiento sancionador, resultaría igualmente inadecuado que la responsabilidad por sanciones fuese declarada por órganos de recaudación ¹⁰⁹.

Otra interpretación sugeriría la aplicación del artículo 174 de la LGT también cuando se trata de declarar la responsabilidad por sanciones. Lógicamente, entonces, serviría la atribución competencial efectuada por dicho precepto, de manera que de ordinario sería el órgano de recaudación el que debería dictar el acuerdo de declaración de responsabilidad, salvo que el mismo se efectuase con carácter previo a la finalización del período voluntario de pago concedido al presunto infractor, supuesto en el que sería el órgano competente pasa imponer la sanción —a su vez, órgano de gestión o inspección— el que debería declarar la responsabilidad.

D) Instrucción del procedimiento.

La notificación al interesado, en los términos previstos en el artículo 124.1 del RGR, del acto de inicio del procedimiento de declaración de responsabilidad, surtirá efectos interruptivos del plazo de prescripción para exigir la obligación de pago del responsable tanto solidario como subsidiario ¹¹⁰.

¹⁰⁷ Así lo señalan ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L. M.^a: «Actuaciones y procedimiento de recaudación», *op. cit.*, pág. 766, considerando injustificable la omisión porque la declaración de responsabilidad por sanciones no debe producirse en el mismo momento que otros supuestos de responsabilidad, compartiendo con BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Novedades de la Ley General Tributaria 58/2003 en la regulación de la responsabilidad tributaria y de la sucesión», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 255, 2004, págs. 10-11, que el requisito imprescindible para que la responsabilidad sea efectiva será que la sanción sea firme en vía administrativa. También *vid.* BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Obligados tributarios», en la obra colectiva *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, *op. cit.*, pág. 137. Para los primeros autores, bastante criticable es la derivación de responsabilidad por sanciones tributarias como para imponerla cuando ni siquiera son firmes en vía administrativa.

¹⁰⁸ Así lo estima ORÓN MORATAL, G.: «El procedimiento sancionador», *op. cit.*, págs. 42-43.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 43.

¹¹⁰ En realidad, en virtud de lo previsto en el artículo 67.2 de la LGT, el acto de inicio del procedimiento de derivación de la responsabilidad únicamente surtirá efectos interruptivos de la prescripción de la obligación tributaria que afecta al responsable si se notifica, en el caso de los responsables solidarios, con posterioridad a la finalización del período voluntario de pago del deudor principal. En el supuesto de los responsables subsidiarios, el plazo de prescripción se computa

a) *Trámite de audiencia y derecho a formular alegaciones.*

Será a través del acto de inicio del procedimiento, o bien a través de un acto posterior ¹¹¹, mediante el que deba concederse al responsable la posibilidad de formular las alegaciones que a su derecho convengan durante un plazo de quince días contados a partir del día siguiente al de la notificación de la apertura de dicho plazo (art. 124.1 RGR), durante los cuales deberá tener acceso al expediente administrativo ¹¹². Aunque ni la LGT ni el RGR advierten nada al respecto, resulta evidente que en el referido trámite de audiencia, el presunto responsable podrá discutir tanto la concurrencia del presupuesto de hecho de la responsabilidad declarada como la pertinencia de la liquidación dirigida frente al deudor principal, aportando, a estos efectos, toda aquella documentación que estime oportuna.

Si la declaración se extiende a las sanciones, en dicho trámite, el interesado podrá hacer valer su inocencia, y, consecuentemente, la improcedencia de declararle responsable por faltar el fundamento de la responsabilidad –su participación culpable en la comisión de un ilícito–, sin perjuicio, lógicamente, de la posibilidad de defenderse a través del oportuno recurso que, en su caso, interponga con posterioridad, una vez dictado el acto de derivación de la responsabilidad y notificado convenientemente ¹¹³.

Ahora bien, para el supuesto de que el trámite de audiencia no se hubiese incorporado en el acto de inicio del procedimiento de declaración de responsabilidad ¹¹⁴, la ley reconoce, asimismo, la posibilidad de que el responsable formule alegaciones, o aporte la documentación que estime pertinente, en cualquier momento previo a dicha fase.

Cuestión distinta es la de determinar los efectos que, sobre la validez del acto de derivación de responsabilidad, deberán atribuirse al incumplimiento de la obligación de otorgar trámite de audiencia al presunto responsable. La jurisprudencia de los tribunales no es unánime en este punto.

«desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada al deudor principal o a cualquiera de los responsables subsidiarios». No obstante, el artículo 68.7 de la ley advierte que la interrupción del plazo de prescripción para un obligado tributario surte efectos también respecto a los responsables.

¹¹¹ El artículo 196.2 del anteproyecto de Reglamento General de Actuaciones y Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, prevé que cuando la declaración de responsabilidad tenga lugar en el procedimiento inspector, el trámite de audiencia se realice con posterioridad a la formalización del acta al deudor principal y, si la responsabilidad alcanza a las sanciones, será con posterioridad a la propuesta de resolución del procedimiento sancionador al sujeto infractor.

¹¹² Según advierte GONZÁLEZ ORTIZ, D.: *La figura del responsable tributario en el Derecho español*, op. cit., pág. 424, no solo deberá ponerse a la vista del interesado el expediente de declaración de responsabilidad, es decir, aquellos documentos en posesión de la Administración que acreditan la concurrencia de los presupuestos de hecho que dan lugar a la responsabilidad, sino que también deberá mostrarse el expediente de liquidación de la deuda tributaria, cuando la deuda tributaria haya sido liquidada administrativamente, con tal de que posteriormente pueda ser impugnada eficazmente la liquidación tributaria.

¹¹³ Cfr. ANÍBARRO PÉREZ, S. y SESMA SÁNCHEZ, B.: *Infracciones y sanciones tributarias*, op. cit., págs. 84-85.

¹¹⁴ Según señalan JUAN LOZANO, A., GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E., MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: «La aplicación de los tributos en la nueva Ley General Tributaria», op. cit., pág. 115, el trámite de audiencia debe darse en momentos finales del procedimiento, una vez se haya instruido e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución.

Por un lado, es posible identificar una corriente que mantiene que la ausencia del trámite de alegaciones constituye un defecto no invalidante y, en consecuencia, que no afecta a la validez y eficacia del acto administrativo, toda vez que el interesado podrá alegar lo que estime oportuno durante la sustanciación de los recursos que procedan frente al acto derivación de responsabilidad ¹¹⁵. También es posible hallar otros pronunciamientos judiciales en los que se opta por declarar la anulabilidad del acto administrativo y ordenar la retroacción de actuaciones al amparo de lo previsto en el artículo 239.3 de la LGT ¹¹⁶.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, la ausencia del trámite de alegaciones, cuando se están trasladando los efectos de una sanción al responsable debería traer efectos más graves que los recién indicados. La inobservancia del trámite de audiencia debería implicar que la derivación de la responsabilidad a un tercero, que ha debido de participar de algún modo en la comisión de una infracción, podría resultar asimilable a la imposición de una sanción de plano.

En el ámbito sancionador ha sido donde la jurisprudencia ha atribuido unos efectos más relevantes, por lo que se refiere a la ineficacia del acto administrativo, a la omisión del trámite de alegaciones. La relevancia del procedimiento para sancionar resulta multiplicada, pues el cauce formal se

¹¹⁵ Resulta sumamente ilustrativa, a estos efectos, la SAN de 28 de abril de 2005 (JUR 2005\208169), FJ 4.º al declarar lo siguiente: «... se ha dicho que no hay derecho menos formalista que el Derecho Administrativo y esta afirmación es plenamente cierta. Al vicio de forma o de procedimiento no se le reconoce siquiera con carácter general virtud anulatoria de segundo grado, anulabilidad, salvo en aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera del plazo previsto, cuando este tenga carácter esencial o se produzca una situación de indefensión.

El procedimiento administrativo y la vía de recurso ofrecen al administrado oportunidades continuas de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, lo cual contribuye a reducir progresivamente la inicial trascendencia de un vicio de forma o una infracción procedimental. Así, por ejemplo, si el interesado no fue oído en el expediente primitivo, esa falta puede eventualmente remediarse con la interposición del correspondiente recurso cuya propia tramitación incluye un nuevo periodo de audiencia y vista del expediente. En otros casos, la omisión inicial de trámite de audiencia puede entenderse, salvo en algún caso, subsanada y se hace intrascendente, no pudiendo en buena lógica dar lugar a la nulidad del acto y en este sentido se pronuncian numerosas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Por otra parte, la interposición de un recurso permite a la Administración poner en juego los poderes de convalidación que le reconoce la Ley y subsanar los defectos iniciales una vez advertida su existencia, así como permite al administrado la constancia de todos los elementos de hecho y de Derecho que sirvieron de base al acto administrativo impugnado, así como ofrecer las pruebas necesarias para desvirtuarlos.

Para formular un pronunciamiento sobre la trascendencia que el vicio procedimental haya podido ocasionar a la esencia misma del acto administrativo habrá que tener en cuenta la relación existente entre el defecto de forma y la decisión de fondo adoptada por el acto recurrido y ponderar, sobre todo, lo que habría podido variar el acto administrativo origen del recurso, en caso de observarse el trámite omitido.

(...) En definitiva, la nulidad de la liquidación recurrida, tal y como pretende la demanda, supondría imponer al propio sujeto pasivo unas consecuencias sumamente gravosas y contrarias al principio de economía procesal, trasunto del reconocido constitucionalmente en el artículo 24 de la Constitución que garantiza un proceso sin dilaciones indebidas, lo que sucedería si accediéramos a lo que verdaderamente es consecuencia natural de lo que se pide, esto es, tener que reproducir nuevamente, ante la inspección y en la vía económico-administrativa sus argumentos de fondo, que han sido expuestos ampliamente ya ante el TEAC y ante esta sala, y repetir el camino que ha conducido hasta esta instancia judicial, lo que llevaría con toda probabilidad a un nuevo proceso con pérdida sustancial de tiempo y de dinero, sin beneficio de nadie».

¹¹⁶ Postulando dichos efectos *Vid.* ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *La responsabilidad de los administradores de personas jurídicas en la nueva Ley General Tributaria*, op. cit., pág. 214-215, así como ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L. M.ª: «Actuaciones y procedimiento de recaudación», op. cit., pág. 769. En sede judicial, *Vid.* STSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de enero de 2000, FJ 5.º, donde se declara que un defecto de motivación de la sanción impuesta por el órgano administrativo no genera la nulidad radical del acto administrativo sino mera anulabilidad.

conecta directamente con toda una serie de principios, derechos y garantías de índole constitucional. Así pues, más que en ningún otro campo, la regularidad procedimental en la esfera sancionadora incidirá decisivamente sobre el fondo del asunto, afectando a cuestiones sustantivas, a diferencia del vicio de forma en sentido estricto.

Desde esta perspectiva, la ausencia del trámite de alegaciones cuando lo que se pretende derivar al responsable es una sanción, bien podría equipararse a la falta de un trámite esencial del procedimiento y, en consecuencia, determinar la nulidad de pleno derecho del acto de derivación de responsabilidad ¹¹⁷.

La omisión del trámite de alegaciones, cuando lo que se está derivando al responsable es una sanción, podría traer aparejadas, de este modo, importantes consecuencias que impedirían la exigibilidad de aquella. Ahora bien, si dicho trámite se respeta, facilitándose al responsable los datos y elementos necesarios que le permitan cuestionar tanto la concurrencia del presupuesto habilitante como la adecuación a Derecho de la sanción impuesta al sujeto infractor, no se plantearán controversias por lo que se refiere al respeto a las garantías que rigen en el ámbito del Derecho Sancionador Tributario.

¹¹⁷ De este planteamiento participan varias sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas, si bien en el marco de procedimientos sancionadores en materia tributaria. Así, por ejemplo:

«Sea debido a que se omitiese el trámite de audiencia en lo relativo a la liquidación, o se debiera a que las alegaciones presentadas, en realidad, ni aun se considerasen, esto es, resuelta una y otra sin que el sujeto pasivo fuese oído por la Administración tributaria, la consecuencia a extraer de ello no puede ser la misma en el supuesto de la liquidación que en el de la sanción.

La Sala comparte la tesis de la resolución recurrida, esto es, la absorción del vicio por las sucesivas oportunidades de impugnar la decisión adoptada sin oportunidad real de que el afectado fuese oído, pero únicamente en lo relativo a la liquidación definitiva del caso.

En efecto, en el marco del Derecho administrativo sancionador, sujeto a la proyección sobre el mismo del haz de garantías del artículo 24 de la Constitución, la sanción impuesta sin otorgarse oportunidad real de defensa, es decir, la imposición de la sanción de plano, comporta vicio de nulidad radical, por cuanto atañe a vulneración de derecho fundamental cual es el de defensa en el seno del procedimiento sancionador —art. 62.1 a) de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 24 de la Constitución» [STSJ de las Islas Baleares, de 15 de octubre de 2002 (JT 2002\1718), FJ 2.º].

«En términos generales, podemos afirmar que el derecho sancionador en materia tributaria está amparado por las garantías del artículo 24 de la Constitución, por lo que impuesta la sanción sin que se otorgase oportunidad real de defensa, es decir, la imposición de la sanción de plano, comporta vicio de nulidad radical por cuanto atañe a vulneración de Derecho fundamental cual es el de defensa en el seno del procedimiento sancionador (art. 62.1 a) de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 24 de la Constitución)» [STSJ de Madrid, de 11 de abril de 2005, FJ 4.º].

«...lo que en este motivo denuncia la actora, además de otro tipo de infracciones procedimentales de menor entidad, es la ausencia de trámite alguno de audiencia en el curso del procedimiento administrativo sancionador, llegándose incluso a no efectuarse notificación alguna a la interesada de los trámites de tal procedimiento, de manera que la primera noticia que tuvo del mismo fue la de notificación de la sanción impuesta; circunstancias estas que, en decir de la recurrente, la situaron en la más absoluta indefensión respecto del procedimiento sancionador de referencia.

A este respecto, y una vez examinado el expediente administrativo remitido por la Inspección Regional de la AEAT, no consta notificación alguna de los trámites del procedimiento sancionador (a salvo de la resolución sancionadora), ni tampoco que se procediera a otorgar el preceptivo trámite de audiencia; sin que el Abogado del Estado haya negado tales hechos ni propuesto prueba alguna que pudiera desvirtuarlos.

Ello viene a representar una evidente conculcación del derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 CE (derecho aplicable en el ámbito del derecho administrativo sancionador, conforme resulta de la más que consabida doctrina jurisprudencial al respecto), así como de la normativa administrativa vigente en el momento de los hechos...» [STSJ de la Comunidad Valenciana, de 11 de abril de 2005 (JUR 2005\166902), FJ 2.º].

Obviamente, los derechos a formular alegaciones y a aportar documentación durante el trámite de audiencia no son los únicos que asisten al administrado mientras se sustancia el procedimiento de declaración de la responsabilidad. Junto a los derechos contemplados en el artículo 34 de la LGT, le resultarán de aplicación al presunto responsable las restantes garantías que, con carácter general, rodean la creación de los actos administrativos en materia tributaria.

La normativa que regula el procedimiento sancionador establece una serie de derechos adicionales al presunto infractor. En concreto, el artículo 208.3 de la LGT (calco del art. 135 de la LRJPAC) reconoce el derecho del presunto infractor a ser notificado de los hechos que se le imputen, requisito que puede entenderse suplido a través de la obligación de que, en el acuerdo de derivación de responsabilidad, se le notifique al responsable tanto el presupuesto de hecho de la responsabilidad como las sanciones a las que alcanza.

Asimismo, la LGT reconoce al presunto infractor el derecho a que se le comunique fehacientemente la identidad del instructor del procedimiento, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuye esta competencia. Nuevamente, a nuestro modo de ver, tales derechos pueden entenderse garantizados por la propia configuración del procedimiento frente al responsable y por los que se atribuyen con carácter general en los artículos 34 de la LGT y 35 de la LRJPAC.

b) Facultades de investigación, medidas cautelares y presunción de inocencia.

La LGT (art. 41.5) permite a la Administración adoptar medidas cautelares y realizar actuaciones de investigación con carácter previo a la declaración de responsabilidad y, por tanto, antes de que se cuantifique la sanción tributaria que será exigible luego al responsable. No obstante, una correcta intelección de la norma a luz del principio de seguridad jurídica parece requerir que la adopción de las medidas cautelares se retrase hasta el momento en que la sanción tributaria se hubiese impuesto de forma efectiva al sujeto infractor. De este modo, las medidas previstas en el artículo 81 de la LGT podrán adoptarse por la Administración tanto con carácter previo, como durante la sustanciación del procedimiento de derivación de responsabilidad.

En este ámbito, nuevamente, se hacen patentes las diferencias existentes entre el procedimiento sancionador y el previsto frente a los responsables aunque se extienda a ellos las sanciones. Así, en el procedimiento para la imposición de sanciones, las medidas cautelares presentan como objetivo impedir que desaparezcan, se destruyan o alteren las pruebas determinantes de la existencia o cumplimiento de las obligaciones tributarias, o a que se niegue posteriormente su existencia o exhibición¹¹⁸. Se trata, por tanto, de que la Administración pueda recabar todas aquellas pruebas que permitan determinar si el obligado ha incurrido en algunos de los tipos infractores previstos por el ordenamiento tributario.

¹¹⁸ La remisión que el artículo 210.3 de la LGT realiza al artículo 146 de la misma ley permite a la Administración adoptar las siguientes medidas cautelares en el marco de un procedimiento sancionador: precinto, depósito o incautación de las mercancías o productos sometidos a gravamen, así como de libros, registros, documentos, archivos, locales o equipos electrónicos de tratamiento de datos que puedan contener la información de que se trate.

En el procedimiento de declaración de responsabilidad es perfectamente posible que la Administración aplique las citadas medidas cautelares. Recuérdese que, antes de poder exigir la deuda al responsable a través de los procedimientos previstos en los artículos 175 y 176 de la LGT, es preciso que se declare la responsabilidad determinando la concurrencia del presupuesto habilitante de la misma.

Para ello, el órgano competente, según advierte el artículo 41.5 de la LGT, podrá hacer uso de las facultades de investigación previstas en los artículos 142 y 162 de la misma ley. Es, precisamente, a través de la remisión a este último precepto como la LGT atribuye la posibilidad de adoptar, en el marco del procedimiento de declaración de responsabilidad, las mismas medidas cautelares que en el procedimiento sancionador, al señalarse que dentro de las facultades de recaudación tributaria se «podrán adoptar medidas cautelares en los términos previstos en el artículo 146 de esta Ley» (art. 162.1 LGT).

No obstante, dado que el procedimiento sancionador tiene carácter estrictamente declarativo, y no cuenta entre sus objetivos recabar el cobro de la sanción, en el mismo no se hace alusión a las medidas cautelares previstas en el artículo 81 de la LGT. A este se remite, en buena lógica, el procedimiento frente al responsable, permitiendo a los órganos de recaudación desplegar todo un elenco de medidas que ya no tendrán como finalidad probar que concurre el presupuesto de hecho de la responsabilidad, sino asegurar la adecuada percepción de la prestación debida.

c) Límites a la utilización de las pruebas aportadas bajo coacción por el responsable de la sanción en los procedimientos seguidos frente al sujeto pasivo.

La aplicación de una conocida jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos *Funke*, *Bendenoun*, *Saunders*...) ¹¹⁹ podría dar lugar, si no a la prohibición, sí a una severa limitación de la incorporación formal que hoy día se lleva a cabo en el procedimiento sancionador tributario, antes de la propuesta de resolución del mismo, de las pruebas, datos y circunstancias que se hayan obtenido en los procedimientos de aplicación de los tributos (art. 210.2 LGT), consecuencia del derecho a no autoincriminarse del presunto infractor.

Pues bien, dicha doctrina podría trasladarse a los cauces para extender las sanciones a terceros partícipes en los hechos infractores realizados, con tal de que se tenga en cuenta que la prestación pecuniaria exigida al responsable a través de un procedimiento de declaración de responsabilidad que se refiera a las sanciones posee, a fin de cuentas y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, la misma naturaleza punitiva que la sanción impuesta en un procedimiento sancionador tributario [STC 85/2006, de 27 de marzo (RTC 2006\85), FJ 3.º].

¹¹⁹ Vid. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1993 (*caso Funke contra Francia*); de 24 de febrero de 1994 (*caso Bendenoun contra Francia*); de 8 de febrero de 1996 (*caso John Murray contra Reino Unido*); de 17 de diciembre de 1996 (*caso Saunders contra Reino Unido*); de 20 de octubre de 1997 (*caso Servet contra Francia*); de 21 de diciembre de 2000 (*caso Heaney y McGuinness contra Irlanda*), de 3 de mayo de 2001 (*caso J. B. contra Suiza*); también de 3 de mayo de 2001 (*caso Quinn contra Irlanda*) y de 8 de abril de 2004 (*caso Weh contra Austria*).

Pese a las objeciones que el planteamiento pueda suscitar a un relevante sector de la doctrina científica ¹²⁰, el Tribunal Constitucional parece haber abierto la puerta, aunque de forma bastante tímida todavía, a la posibilidad de invocar el derecho a la no autoinculpación en el ámbito sancionador tributario cuando el sujeto infractor coincida con el llamado por el legislador a satisfacer la obligación tributaria principal. Así, en la STC 18/2005, de 1 de febrero (RTC 2005\18), FJ 3.º y 4.º, se razona contrariamente a las pretensiones del recurrente en amparo, presidente y consejero delegado de la sociedad inspeccionada, que fue condenado como autor de dos delitos contra la Hacienda Pública, desde la perspectiva del derecho a la no autoincriminación que había esgrimido este, por considerar que lo aportado por los representantes de la sociedad en la investigación tributaria sirvió para fundamentar posteriormente las sentencias condenatorias por aquellos delitos.

En la citada sentencia –también en la STC 68/2006, de 13 de marzo (RTC 2006\68), que reitera la misma doctrina–, el Tribunal Constitucional niega de forma discutible que se haya producido coacción en la persona del presidente y consejero delegado (responsable tributario) de la entidad inspeccionada (sujeto pasivo); sirviéndose de tres tipos de argumentos:

- 1.º Las actuaciones inspectoras se siguieron exclusivamente en relación con la entidad investigada, para comprobar la situación tributaria de la misma en relación con los tributos de los que era sujeto pasivo.
- 2.º Todos los requerimientos de información se dirigieron, sin excepción, a la entidad mercantil; en ningún caso al solicitante de amparo, de manera que la coacción legal consistente en la amenaza con la imposición de sanciones por no colaborar con la Inspección de los Tributos aportando pruebas y documentos contables, se ejerció exclusivamente sobre la entidad de la que el recurrente era administrador.
- 3.º De no haber sido atendidos debidamente los requerimientos de información dirigidos a la entidad, las sanciones que la LGT establecía con carácter general para estos supuestos, habrían recaído únicamente sobre la entidad y no sobre su presidente o consejero delegado.

La conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional es la siguiente: «... la información que se utilizó para fundamentar la condena contra el ahora solicitante de amparo se requirió a una persona distinta del mismo –la entidad...–, que la coacción prevista en la ley se ejerció exclusivamente contra la citada entidad y, finalmente, que dicha información fue aportada por los representantes de la misma, sin que, por otro lado, conste que la entidad de la que el recurrente en amparo era Presi-

¹²⁰ Vid. RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Derecho penal tributario y Derecho tributario sancionador en España», *Revista Iberoamericana de Derecho Tributario*, núm. 4, 1997, pág. 69. Una lectura restrictiva de las consecuencias de algunas de las sentencias citadas en la nota anterior puede verse en MESTRE GARCÍA, E. y CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO, C. J.: *Guía de infracciones y sanciones tributarias*, CISS, Bilbao, 2005, págs. 267 y ss., especialmente pág. 276. Un planteamiento de signo diferente sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se puede observar en SIMÓN ACOSTA, E.: «La potestad sancionadora», en *La nueva Ley General Tributaria*, op. cit., págs. 781-785. Por su parte, SÁNCHEZ HUETE, M. A.: «Derechos y garantías del imputado en el procedimiento sancionador tributario», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 64, 2004, pág. 80, considera que la utilización de potestades administrativas en el procedimiento de liquidación, para obtener material instructor utilizable en un futuro procedimiento sancionador, constituye un supuesto de desviación de poder, porque aquellas potestades se ejercitan para fines diversos a los atribuidos por el ordenamiento jurídico.

dente y Consejero-Delegado invocara en ningún momento, durante el desarrollo del procedimiento inspector, sus derechos a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable» [STC 18/2005, de 1 de febrero (RTC 2005\18), FJ 3.º].

De la argumentación anterior sobrevienen dos interrogantes. Por un lado: ¿Qué habría señalado el Tribunal Constitucional para el caso de que la información utilizada contra el administrador y responsable tributario se hubiese obtenido como consecuencia de la coacción legal ejercida sobre el mismo? En sentido contrario a lo expresado literalmente en el FJ 4.º de esta misma sentencia, de haberse apreciado la existencia del requisito subjetivo de que la coacción se hubiera ejercitado por el poder público sobre la persona que facilitó la información inculpativa y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas, se habría estimado el recurso de amparo.

Por otro lado: ¿Si el sujeto pasivo hubiese invocado el derecho a la no autoinculpación, podría ser objeto de una sanción como consecuencia de la no facilitación, durante el procedimiento de aplicación de los tributos, de documentos, pruebas y circunstancias demostrativas de eventuales infracciones cometidas? No queremos hacer *jurisprudencia ficción*, pero de los argumentos empleados en las SSTC 18/2005, de 1 de febrero (RTC 2005\18) y 68/2006, de 13 de marzo (RTC 2006\68) parece deducirse que resultará posible que los presuntos sujetos infractores invoquen con más éxito que hasta ahora el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, con tal de que en ellos se dé la cualidad de ser sujetos pasivos de los tributos respecto de los cuales se produjeron los hechos ilícitos. El responsable tributario que haya participado en la ejecución de los mismos y al que legalmente puede extenderse la sanción impuesta al infractor en el procedimiento sancionador no podrá, sin embargo, gozar de la misma garantía aunque los datos demostrativos de esa intervención culpable o negligente en la realización de los hechos provenga de la presión legal ejercida sobre el sujeto pasivo.

Con esta configuración de los partícipes en la realización de infracciones tributarias como responsables a los que se extienden las sanciones impuestas al sujeto infractor, se logra un resultado práctico contrario al derecho a la no autoinculpación que no se alcanzaría si se tipificaran específica y autónomamente las conductas realizadas por esos intervinientes –colaboradores, causantes, inductores, cómplices de las infracciones– con separación de la que se impute al sujeto pasivo como autor de la infracción.

En efecto, la respuesta que hoy da nuestro ordenamiento a los casos más corrientes de pluralidad de infractores que no constituyan supuestos de coautoría, pasa por la atribución al partícipe del castigo impuesto al autor, esto es, por la extensión de la sanción al responsable que no tiene así la cualidad de sujeto infractor. La LGT no tipifica su intervención como una determinada conducta infractora merecedora de castigo autónomo, ni tampoco tiene en cuenta el grado de su intervención para atemperar, en su caso, la sanción que habría que imponerle sobre la base de la que se determina y aplica al sujeto infractor. La sanción que se extiende al responsable, ya lo sabemos, es la que en el procedimiento sancionador seguido frente al presunto autor de la infracción se termina fijando respecto del mismo que, a su vez, ostenta la cualidad de sujeto pasivo de la obligación tributaria.

A la luz de la reciente jurisprudencia constitucional, el sujeto infractor podrá hacer valer el derecho a la no autoinculpación por la coacción legal a la que pudiera haber sido sometido tanto en esa como en instancias previas al procedimiento sancionador que se haya seguido frente al mismo, pero no podrá invocar ese mismo derecho el responsable al que se extiende la sanción aplicable, lo cual es todo un síntoma de la distinta forma que tiene nuestro ordenamiento de contemplar la sanción que se ha de imponer al infractor como resultado de su conducta ilícita y de esa misma prestación pecuniaria solo que atribuida por finalidades garantistas de la recaudación a un sujeto distinto por tener una cierta participación culpable en la infracción cometida.

Pues bien, con independencia de la configuración que la responsabilidad por sanciones tiene en nuestro ordenamiento tributario, donde procura evitar el traslado de las garantías propias del Derecho Administrativo Sancionador al responsable; la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que siempre se recuerda y valora por nuestro Tribunal Constitucional ¹²¹ en casos como los resueltos por las sentencias 18/2005 y 68/2006, debería dejar sus efectos para el responsable en el seno del procedimiento de declaración de responsabilidad, dado que aquel tiene la posibilidad de discutir e impugnar, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 174.5 de la LGT, tanto la existencia del presupuesto habilitante ¹²² de la responsabilidad, como la adecuación a derecho de la sanción impuesta al sujeto infractor.

Será en esta última fase en la que deberá valorarse si, en su caso, los datos o documentos aportados por el responsable, han sido determinantes para atribuirle la sanción que motiva la derivación de la responsabilidad, sin que las pruebas obtenidas por la Administración a raíz de los mismos, en virtud de la conocida doctrina de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), puedan surtir efectos sancionadores.

Desde esta perspectiva, el derecho a no autoincriminarse del sujeto pasivo actuaría en beneficio del responsable en el seno del proceso de declaración de la responsabilidad, toda vez que, dado que la información aportada por aquel se considera aportada, en realidad, por el propio sujeto pasivo, esto le permitirá al responsable cuestionar la adecuación a Derecho del propio acto de imposición de la sanción.

¹²¹ Otras SSTC han advertido la estrecha relación que en nuestra Constitución tienen los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable con los de defensa y presunción de inocencia. Aquellos serían garantías o «derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable». *Vid.* SSTC 197/1995, de 21 de diciembre (RTC 1995\197), FJ 6.º; 161/1997, de 2 de octubre (RTC 1997\161), FJ 5.º; 229/1999, de 13 de diciembre (RTC 1999\229), FJ 3.º, b); 127/2000, de 16 de mayo (RTC 2000\127), FJ 4.º, a) y 67/2001, de 17 de marzo (RTC 2001\67), FJ 6.º.

¹²² Crítico con la expresión «presupuesto de hecho habilitante» que aparece en el artículo 174.5 de la LGT se manifiesta el profesor FALCÓN Y TELLÁ, R.: «Otras medidas para la prevención del fraude contenidas en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre (y II)», *op. cit.*, pág. 8, por entender que «el presupuesto de hecho que genera la responsabilidad no es un presupuesto "habilitante" (como tampoco lo es el hecho imponible), en el sentido de que no hace surgir ninguna facultad administrativa, sino una posición jurídica pasiva, siendo la posibilidad de actuar de la Administración una mera consecuencia de esto último. Y obviamente tampoco cabe impugnar un presupuesto de hecho, sino que lo que se impugna es el acto de derivación de responsabilidad, o alguno de los actos administrativos subsiguientes».

De este modo y dada la configuración del procedimiento de derivación de responsabilidad, desde una perspectiva práctica, resultaría probablemente equivalente otorgar el derecho a no autoincriminarse al sujeto pasivo o al responsable cuando se deriva la responsabilidad por sanciones. La única diferencia residiría, a nuestro juicio, en que, a la luz de doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las sentencias anteriormente indicadas, los efectos del derecho a la no autoinculpación nunca podrían extrapolarse a cuestionar la virtualidad del presupuesto habilitante, dado que los datos aportados por el responsable, en «sustitución» del sujeto pasivo, habrían sido obtenidos con ausencia de coacción, circunstancia que permite poner de relieve, una vez más, que la figura de la responsabilidad no satisface plenamente los principios que deberían amparar a ese obligado tributario al que el ordenamiento, si bien de forma indirecta, atribuye los efectos derivados de la imposición de una sanción tributaria.

E) Finalización del procedimiento.

El procedimiento de declaración de responsabilidad puede concluir mediante resolución expresa debidamente notificada al interesado o por caducidad cuando aquella no se produzca.

a) Plazo máximo de duración.

La regulación legal del procedimiento para declarar la responsabilidad tributaria no fija de modo expreso un plazo máximo de duración del mismo. Sin embargo, el artículo 124.1, párrafo tercero, del RGR –en coherencia con lo prevenido por el art. 104.1 de la LGT– sí determina como plazo máximo para la notificación de la resolución de este procedimiento el de seis meses, lo que motiva un elemento añadido para descartar la naturaleza recaudatoria de la declaración de responsabilidad ¹²³.

Al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio, el plazo se contará desde la fecha de notificación del acuerdo de inicio y como es un procedimiento susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen, la falta de resolución expresa en dicho plazo producirá la caducidad del procedimiento [art. 104.4 b) de la LGT]. Consiguientemente, tendrá que ordenarse el archivo de las actuaciones realizadas y –aunque aquella no produzca, por sí sola, la prescripción– no interrumpirán el plazo de prescripción ni se considerarán requerimientos administrativos a los efectos de la presentación extemporánea y espontánea de declaraciones y autoliquidaciones (arts. 27.1 y 104.5 LGT).

No obstante, al no tratarse de un procedimiento sancionador, la caducidad del procedimiento de declaración de responsabilidad no impedirá a la Administración dirigirse de nuevo frente al responsable en tanto en cuanto no hubiese prescrito la acción administrativa al efecto. Y prevé, además, el artículo 124.3 del RGR: «Cuando el procedimiento para declarar la responsabilidad se inicie por los órganos competentes para dictar la liquidación y dicha declaración no se haya notificado con anterioridad al vencimiento del período voluntario de pago de la deuda resultante de la liquidación,

¹²³ Vid. ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «Precisiones sobre el procedimiento de declaración de la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 579.

el procedimiento para declarar la responsabilidad se dará por concluido sin más trámite, sin perjuicio de que con posterioridad pueda iniciarse un nuevo procedimiento por los órganos de recaudación; a tal efecto, las actuaciones realizadas en el curso del procedimiento inicial, así como los documentos y otros elementos de prueba obtenidos en dicho procedimiento, conservarán su validez y eficacia a efectos probatorios en relación con el mismo u otro responsable».

Como fácilmente puede apreciarse, los efectos derivados del incumplimiento del plazo máximo de duración de los procedimientos para la imposición de sanciones y de derivación de la responsabilidad son evidentes. Aunque ambos procedimientos tienen atribuido el mismo plazo de duración, en el marco del procedimiento sancionador la caducidad dará lugar a la imposibilidad de iniciar de nuevo el procedimiento frente al presunto infractor y no sucederá así en el procedimiento de declaración de responsabilidad, pese a que si la misma se extiende a las sanciones, por tener estas naturaleza punitiva, debería implicar los mismos efectos que la omisión de resolución expresa genera en el procedimiento sancionador tributario.

b) Contenido del acto de declaración de responsabilidad.

De acuerdo con lo previsto en la LGT, el procedimiento frente al responsable finalizará con el acto administrativo de declaración de la responsabilidad que, si se extiende a las sanciones tributarias, debe contener los elementos suficientes de prueba de que el responsable tuvo una intervención culpable en la ejecución de una infracción tributaria¹²⁴ o del hecho al que se anuda esa situación de responsabilidad. El artículo 174.4 de la LGT se refiere a dicho contenido estableciendo lo siguiente:

«4. El acto de declaración de responsabilidad será notificado a los responsables. El acto de notificación tendrá el siguiente contenido:

- a) Texto íntegro del acuerdo de declaración de responsabilidad, con indicación del presupuesto de hecho habilitante y las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto.
- b) Medios de impugnación que pueden ser ejercitados contra dicho acto, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.
- c) Lugar, plazo y forma en que deba ser satisfecho el importe exigido al responsable».

No es necesario que ahora entremos a realizar prolijas argumentaciones para afirmar la repercusión que tienen los actos de derivación de responsabilidad sobre los intereses de la persona declarada responsable; especialmente si la responsabilidad es la consecuencia de la participación en la

¹²⁴ Cfr. ARGÜELLES PINTOS, J. y FELTRER BAUZÁ, F.: *Régimen jurídico de la responsabilidad tributaria y su aplicación práctica*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 140, que citan como corpus documental al respecto, el constituido por manifestaciones o hechos recogidos en diligencias de los actuarios; requerimientos de información efectuados; firmas en facturas, recibos y declaraciones fiscales; movimientos de cuentas entre la sociedad, los socios, administradores y terceras personas; llevanza de la contabilidad, acotaciones, rectificaciones de asientos y libro de actas de la sociedad (manifestaciones de socios, personas asistentes, salvedades y protestas), etc. (ibidem, pág. 142).

comisión de una infracción tributaria. El deber de motivar esos actos resulta evidente, como ha puesto de relieve la doctrina ¹²⁵ y la jurisprudencia ¹²⁶.

La nueva LGT ha recogido dicha exigencia doblemente. Por una parte cabe extraerla de la genérica referencia que a los actos que impongan una obligación realiza el artículo 103.3 de la LGT:

«3. Los actos de liquidación, los de comprobación de valor, los que impongan una obligación, los que denieguen un beneficio fiscal o la suspensión de la ejecución de actos de aplicación de los tributos, así como cuantos otros se dispongan en la normativa vigente, serán motivados con referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho».

Esa necesidad de motivación se acrecienta, desde luego, en relación a las sanciones ¹²⁷, pudiendo provocar su ausencia o su insuficiencia una situación de indefensión y la nulidad del acto de derivación de responsabilidad, aunque ello no impida que se dicte otro nuevo acto derivativo que respete ya las garantías exigibles ¹²⁸.

Los tribunales han ordenado que la motivación de los actos de declaración de responsabilidad se extienda a los siguientes aspectos ¹²⁹: 1.º El fundamento legal de la derivación ¹³⁰; 2.º El presupuesto de hecho que determine la imputación de la responsabilidad ¹³¹, y 3.º El alcance o extensión de la responsabilidad ¹³².

El acto de declaración de responsabilidad deberá tener como mínimo el contenido legalmente señalado en el artículo 174.4 de la LGT, debiendo quedar reflejado en el mismo, de manera suficien-

¹²⁵ Vid. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *La motivación de los actos tributarios en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 110; MORILLO MÉNDEZ, A.: «Responsabilidades de los administradores de sociedades en el ámbito de aplicación de los tributos», *Gaceta Fiscal*, núm. 192, 2000, pág. 44; SAINZ DE BUJANDA, F.: «La responsabilidad tributaria en régimen de solidaridad», en *Hacienda y Derecho*, vol. VI, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, pág. 319.

¹²⁶ Vid., entre otras, STS de 16 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9850), SSAN de 8 de febrero de 2001 (JT 2001\427 y 465), STSJ de Cantabria de 28 de septiembre de 1998 (JT 1998\1620), STSJ de Murcia de 28 de junio de 1995 (JT 1995\909), así como RTEAC de 28 de enero de 1999 (JT 1999\215); todas citadas por ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *La motivación de los actos tributarios en la nueva LGT*, op. cit., pág. 110.

¹²⁷ Cfr. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *La responsabilidad de los administradores de personas jurídicas en la nueva Ley General Tributaria*, op. cit., pág. 219, así como ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L. M.ª: «Actuaciones y procedimiento de recaudación», op. cit., pág. 770. Vid. también ANÍBARRO PÉREZ, S. y SESMA SÁNCHEZ, B.: *Infracciones y sanciones tributarias*, op. cit., pág. 239.

¹²⁸ Cfr. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *La responsabilidad de los administradores de personas jurídicas en la nueva Ley General Tributaria*, op. cit., págs. 219-220.

¹²⁹ Seguimos el planteamiento de ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *La motivación de los actos tributarios en la nueva LGT*, op. cit., pág. 111.

¹³⁰ Vid., entre otras, SSAN de 21 de febrero de 2000 (JT 2000\958), FJ 3.º y de 28 de enero de 2002 (JT 2002\883), FJ 4.º; STSJ de Baleares, de 2 de noviembre de 2001 (JT 2002\6), FJ 5.º, y STSJ de Castilla-La Mancha, de 5 de junio de 2000 (JT 2000\1559) FJ 3.º.

¹³¹ Vid. SAN de 28 de enero de 2002 (JT 2002\883), FJ 4.º; STSJ de Baleares, 2 de noviembre de 2001 (JT 2002\6), FJ 5.º; y RTEAC de 1 de marzo de 1995 (JT 1995\546), FJ 4.º; 29 de marzo de 1995 (JT 1995\625), FJ 3.º; 25 de junio de 1998 (JT 1998\1588), FJ 3.º; 3 de diciembre de 1998 (JT 1999\106), FJ 8.º, y 22 de febrero de 2001 (JT 2001\712), FJ 5.º.

¹³² Vid. STSJ de Baleares, 2 de noviembre de 2001 (JT 2002\6), FJ 5.º; y RTEAC de 13 de mayo de 1997 (JT 1997\799), FJ 7.º, y 28 de enero de 1999 (JT 1999\215), FJ 2.º y 3.º.

temente detallada, el supuesto de hecho que, a juicio de la Administración, genera la obligación del responsable. La naturaleza de los supuestos que determinan la responsabilidad por sanciones obligará a la Administración a poner de manifiesto, por ejemplo, la participación activa del responsable en la comisión de la infracción, o la sucesión en la titularidad del ejercicio de explotaciones o actividades económicas, o bien la falta de diligencia del administrador de una persona jurídica a la hora de vigilar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la entidad.

Dado que las sanciones tributarias constituyen el ejemplo paradigmático de acto limitativo de derechos e intereses de los obligados tributarios, debe insistirse en que las mismas tendrán que haberse motivado suficientemente con independencia del procedimiento que se siga para su adopción y del órgano competente para imponerlas. Esta necesidad de motivación no podrá suplirse mediante una escueta referencia a la norma que establece una sanción concreta, ni al mecanismo de cuantificación de la misma.

La vigencia del derecho constitucional a la presunción de inocencia exige al órgano sancionador acreditar la culpabilidad e imputabilidad de la conducta infractora al sujeto y, si tiene margen para ello y en función del principio de proporcionalidad, adecuar la cuantía de la sanción a la infracción cometida.

Dejando al margen la necesidad de que la sanción impuesta al obligado tributario principal resulte motivada al objeto de garantizar el derecho a la defensa que el artículo 24 de la Constitución reconoce al responsable, interesa valorar si existe alguna limitación a las cuestiones que podrán ser invocadas por este último a la hora de impugnar la sanción. En principio, cabe considerar que la posición del responsable le permite revisar la adecuación a Derecho del acto de imposición de sanción sin ningún tipo de limitación. No obstante, a raíz de las actuaciones del obligado tributario principal, el responsable podría ver limitadas sus posibilidades de recurso, como se pone de manifiesto en la siguiente argumentación judicial: «No podemos obviar que estamos ante un procedimiento de derivación de responsabilidad subsidiaria, procedimiento con sustantividad propia, y si bien en el ejercicio del derecho a la defensa la parte actora, declarada responsable subsidiario, puede alegar cuantas causas eran oponibles por el *sujeto responsable directo* [sic], *ello es factible con el alcance y posición jurídica que en la relación jurídico tributaria ocupa, nada más, así no puede alegar, por ejemplo, indefensión o nulidad por omisión de trámites al no haberse entendido el procedimiento de inspección con el propio responsable subsidiario declarado a posteriori*; por razones de elemental lógica procedimental; el análisis de legalidad de cada procedimiento es necesario hacerlo en el ámbito que le es propio, no se puede ir más allá, ni exigirse trámites innecesarios y no previstos legalmente como elementos indispensables para la validez formal del mismo. Por tanto, solo cabe hacer un análisis de las actuaciones inspectoras respecto a la persona con la que se siguió en este caso el sujeto pasivo directo. *Resulta, pues, de todo punto improcedente alegar motivos de nulidad sobre la base de una indefensión que se dice producida en las actuaciones inspectoras respecto del sujeto pasivo directo, cuando este sujeto ni se opuso, ni menos aún alegó el referido defecto, no poseyendo la indefensión una proyección pública, sino que solo es posible alegarla con éxito por el sujeto que la sufrió*. No cabe, por tanto, alegar indefensión por parte del sujeto responsable subsidiario sobre una supuesta indefensión del sujeto principal no alegada por este en el seno de las actuaciones inspectoras, más cuando la indefensión tiene carácter material no formal, por lo que solo es posible señalar como defectos formales produc-

tores de indefensión aquellos que colocan en situación desventajosa al administrado o le impiden su defensa. En este caso concreto, el acta fue de conformidad y es precisamente la aceptación y conformidad con los hechos lo que produjo la innecesariedad de recoger más datos o practicar otras pruebas, como la parte actora echa de menos; puesto que resultaban suficientes los datos recabados, y de aceptarse la tesis actora se estaría dejando un portillo abierto al fraude tributario, bastaría conformarse siempre con los hechos para inmediatamente después negarlos obligando a la Administración a una nueva actividad que en muchos casos resultaría inútil obviamente; por tanto, si el sujeto pasivo, en este caso a través de su representante, designado por el propio actor como apoderado de la entidad, prestó la conformidad respecto de los hechos consignados en el acto que ahora dice ignorar, lo que procedía, en su caso y como único camino para el éxito de la alegación efectuada, era probar haber incurrido el representante en notorio error de hecho al aceptar el resultado recogido en el acta, lo que no hace» [STSJ de Andalucía (Sevilla), de 2 de abril de 2002 (JUR 2002\153092), FJ 3.º]¹³³.

Sin perjuicio de lo señalado por el Tribunal andaluz, en nuestra opinión, la redacción del artículo 174.5 de la LGT no establece ninguna clase de limitación en las causas o motivos de impugnación que puede utilizar el sujeto que la Administración ha identificado como responsable, por lo que no cabría considerar, como hace la sentencia de referencia, que, al llevarse a cabo la derivación de la responsabilidad, se produce una automática convalidación de los vicios que se hubiesen producido en el marco del procedimiento sancionador y que afectan a la posición del obligado tributario principal.

Una correcta interpretación del artículo 174.5 de la LGT debe llevarnos a considerar que, a partir del momento en el que se notifica el acto de declaración de la responsabilidad, el responsable se subroga en la posición del obligado tributario principal sin desplazar necesariamente a aquel, al objeto de impugnar, en calidad de interesado directo, la adecuación a la legalidad del acto de imposición de sanción.

Precisamente por ello, resulta fundamental que el responsable tenga constancia tanto de la motivación que conduce a la Administración a considerar que concurre el presupuesto de hecho de la responsabilidad, como del acto de imposición de la sanción y del expediente administrativo en el que se reflejen los actos que han dado lugar a la misma.

c) Impugnación.

El artículo 174.5 de la LGT, tras la redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, establece:

«5. En el recurso o reclamación contra el acuerdo de declaración de responsabilidad podrá impugnarse el presupuesto de hecho habilitante y las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto, sin que como consecuencia de la resolución de estos recursos o reclamaciones puedan revisarse las liquidaciones que hubieran adquirido firmeza para otros obligados tributarios, sino únicamente el importe de la obligación del responsable que haya interpuesto el recurso o la reclamación.

¹³³ La cursiva es nuestra.

No obstante, en los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 42 de esta Ley no podrán impugnarse las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto, sino el alcance global de la responsabilidad».

Según se ha avanzado ya, la norma que se acaba de transcribir permite al responsable cuestionar, a través de los medios generales de impugnación de los actos tributarios, el contenido de la declaración de responsabilidad. Si tenemos en cuenta que el indicado precepto legal exige en su apartado 6.º que el responsable ingrese la deuda tributaria a la finalización del período voluntario de pago contemplado en el artículo 62.2 de la LGT¹³⁴, varias son las cuestiones que interesará que tratemos a continuación.

Por un lado, tenemos que aunque no se diga nada sobre la posible revisión de las sanciones, el responsable que ha de pagar las mismas puede impugnar el acto de imposición de aquellas al sujeto pasivo, tanto para desvirtuar su responsabilidad como para disminuir su extensión, incluso si la sanción es firme administrativamente¹³⁵.

Por otro lado, la restricción de efectos que contenía la versión original del artículo 174.5 de la LGT¹³⁶ ha quedado subrayada tras la modificación operada por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal, que refuerza el carácter limitado de la impugnación del responsable que no afectará al deudor principal¹³⁷, pero tampoco a otros responsables que no hayan recurrido (hubieren consentido) la liquidación.

¹³⁴ Aunque el acto de declaración de responsabilidad no es necesariamente un acto de intimación al pago, los apartados 4 c) y 6 del artículo 174 de la LGT parecen sugerir lo contrario. Vid. PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario*..., 16.ª ed., *op. cit.*, pág. 357.

¹³⁵ Cfr. ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L. M.ª: «Actuaciones y procedimiento de recaudación», *op. cit.*, pág. 771. También Vid. BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Obligados tributarios», *op. cit.*, págs. 137-138. Este último autor se plantea la posibilidad de la revocación de las sanciones impuestas al deudor principal que hayan ganado firmeza y que luego el responsable, al recurrirlas, vea revocadas o disminuidas. A tenor de lo que establece el artículo 219.1 de la LGT —«... cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado...»— parece que sí sería posible dicha revocación.

¹³⁶ La restricción de efectos del precepto, ya en su redacción anterior a la modificación por la Ley 36/2006, parecía discutible a ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L. M.ª: «Actuaciones y procedimiento de recaudación», *op. cit.*, pág. 772. Por su parte, el profesor PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario*..., 15.ª ed., *op. cit.*, pág. 345 entendía que «la letra del precepto admite que la Administración dicte la liquidación contra el deudor principal, deje que este acto adquiere firmeza por consentirlo el indicado deudor y, una vez devenida inatacable, declarar la responsabilidad y derivar la acción contra el responsable. Sería un bonito ejemplo de abuso de derecho. Del que podría nacer un derecho a indemnización o, manteniéndonos en el campo del Derecho administrativo, en el que estamos, un derecho a pedir responsabilidad patrimonial a la Administración». Pese al ensanchamiento de la restricción operada por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal, el autor citado considera en la 16.ª ed. de su «Manual» (ibidem, pág. 357) que «se podrá también impugnar la liquidación girada al deudor principal y que establece la deuda que se va a exigir al responsable. Ahora bien, si esta liquidación hubiera adquirido la condición de firme para el destinatario inicial de la misma, es decir, el deudor principal, el responsable podrá ciertamente impugnarla pero si en la resolución del recurso se determinara una deuda inferior, esta corrección se aplicará solo en la deuda exigible al responsable, mientras que la liquidación quedará inalterada para el deudor principal».

¹³⁷ Con anterioridad a la Ley 36/2006 y en relación a dicho aspecto, Vid. ARIAS ABELLÁN, M.ª D.: «El régimen jurídico del responsable en la nueva LGT», *op. cit.*, pág. 505, deduciendo así que estemos ante un procedimiento de liquidación seguido, exclusivamente, respecto de los responsables que son los únicos interesados en el mismo.

En cuanto al nuevo párrafo segundo añadido a este artículo 174.5 de la LGT por la Ley 36/2006, pretende impedir que se impugnen las liquidaciones en los supuestos de responsabilidad solidaria del artículo 42.2 de la LGT ¹³⁸, esto es, que los responsables sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes con la finalidad de impedir la actuación administrativa; también de quienes culpable o negligentemente incumplan las órdenes de embargo; de quienes con conocimiento del embargo, la medida cautelar o la constitución de garantía, colaboren o consientan el levantamiento de bienes o derechos embargados y, en fin, de los depositarios de los bienes del deudor que, una vez recibida la notificación del embargo, consientan el levantamiento de aquellos. En todos estos supuestos, los responsables no podrán impugnar las liquidaciones sino el «alcance global de la responsabilidad»; limitación esta de los motivos del recurso que supone una restricción de la tutela judicial efectiva contemplada por el artículo 24 de la Constitución ¹³⁹.

Quedan por tratar los efectos que deben atribuirse a la impugnación del acto de derivación de la responsabilidad por sanciones, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 212 de la LGT, la interposición de recursos frente a las sanciones tributarias presenta especialidades, fundamentalmente, en tres ámbitos distintos, como son el de la ejecución de las sanciones, los intereses de demora y, en su caso, la reducción de las multas impuestas.

En relación al primer asunto –que podríamos titular como «*suspensión de la ejecutividad de la sanción exigida al responsable*»–, y a diferencia de lo que, en principio, acontece en el ámbito de la derivación de la responsabilidad por sanciones, el adecuado ejercicio de algún recurso o reclamación administrativa frente a la sanción tributaria genera automáticamente la suspensión de la ejecución de la misma hasta que aquella alcance firmeza en vía administrativa, sin necesidad de que el presunto infractor tenga que aportar alguna garantía [art. 212.3 a) LGT] ¹⁴⁰.

La solución legal establecida para los recursos contra sanciones representa una excepción al privilegio de ejecutividad de los actos administrativos que conlleva para los administrados la preceptiva solicitud, ante la Administración o los Tribunales, de la suspensión de la ejecución del acto de forma simultánea a la presentación del correspondiente recurso o reclamación.

Fue el artículo 35 de la LDGC, bajo la rúbrica de «suspensión de la ejecución de sanciones», la norma que incorporó esta importante novedad. El motivo para el empleo de esa terminología por

¹³⁸ Sobre el nuevo párrafo introducido por la Ley 36/2006, PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario*..., 16.ª ed., *op. cit.*, pág. 358, comenta lo siguiente: «Según esto, en el que probablemente sea el supuesto más importante y frecuente de responsabilidad, la derivada de la sucesión en la titularidad de empresas, el nuevo titular contra el que se dirige la acción no podrá impugnar las liquidaciones giradas al anterior titular, sino solo "el alcance global de la responsabilidad". Lo que parece ser que se quiere decir es que cabe plantear controversia, no sobre el contenido de las liquidaciones, sobre el importe de las deudas en ellas incluidas, sino solo sobre cuáles son los conceptos exigibles al responsable. Estamos ante una grave limitación de los derechos de defensa del responsable, que supone la configuración de este supuesto como una figura de sucesión y no de auténtica responsabilidad». Sin embargo, el *añadido* se refiere a los supuestos del artículo 42.2 y no del 42.1 c) LGT, por lo que su aplicación se limitaría a los casos de entorpecimiento de embargos y no de adquisición de empresas.

¹³⁹ Cfr. FALCÓN Y TELLÁ, R.: «Otras medidas para la prevención del fraude contenidas en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre (y II)», *op. cit.*, pág. 9.

¹⁴⁰ Vid. FABRA VALLS, M. J.: *La suspensión de los actos impugnados en materia tributaria*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 207 y ss.

el legislador no era en absoluto inocente, puesto que lo que se pretendía era que las sanciones, si bien devenían inefectivas por la mera interposición de un recurso, generasen intereses de demora en el supuesto de que se acabase apreciando su adecuación a Derecho ¹⁴¹.

Frente a la solución ofrecida por el artículo 138.3 de la LRJPAC —«la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa»—, la LDGC incidía en la suspensión de la ejecutividad; siendo la diferencia relevante porque, en el primer caso, para garantizar el principio de presunción de inocencia se parte de la base de que la sanción no es ejecutiva porque no es firme —por eso se habla de inefectividad—, mientras que en el segundo supuesto, al hacer referencia a la suspensión de la ejecución implica considerar que la sanción es ejecutiva desde su imposición, aunque se suspenda por la interposición de un recurso ¹⁴². Pese a todo, la incorporación de la suspensión automática de las sanciones en el ámbito tributario constituye una medida que, en la evolución histórica de nuestro ordenamiento, no puede valorarse más que de forma positiva ¹⁴³.

Existe una cierta *contradictio in terminis* en la redacción del artículo 212.3 a) de la LGT, donde se viene a decir que las sanciones no son ejecutivas «hasta que sean firmes en vía administrativa»; expresión esta que se ha generalizado doctrinal y jurisprudencialmente, pese a incurrir en un grave error terminológico, puesto que, desde una perspectiva procesal, únicamente son firmes los actos que se dictan en la vía judicial, bien porque ya no son susceptibles de ulterior recurso o bien porque se ha dejado transcurrir el plazo para recurrir. En el ámbito administrativo solo es posible hablar de actos que causan estado en vía administrativa, esto es, que agotan la vía administrativa y solo son susceptibles de recurso en la vía judicial.

Desde esta perspectiva cabría interpretar que los efectos que se contemplan en el artículo 212 de la LGT son extensibles hasta que el acto administrativo no es firme, esto es, que no cabe ya con-

¹⁴¹ Vid., entre otros, MARTÍN FERNÁNDEZ, F. J.: *La suspensión de la ejecución de los actos tributarios en vía de recurso*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 41; también GOROSPE OVIEDO, J. I.: «La suspensión de la ejecutividad de las sanciones no firmes en vía administrativa y jurisdiccional», *Quincena Fiscal*, núm. 3, 1999, pág. 16.

¹⁴² Vid. TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: «Ejecutividad y suspensión de los actos administrativos tributarios. Algunos aspectos relevantes», *Información Fiscal*, núm. 1, 1994, pág. 18, así como CALVO VÉRGEZ, J.: «Algunas consideraciones sobre la ejecución de las sanciones tributarias a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2003», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 15, 2003, pág. 15.

¹⁴³ La no ejecutividad de las sanciones tributarias, con carácter previo a la entrada en vigor de la LDGC, ha sido reconocida recientemente por la STS de 14 de abril de 2005 (RJ 2005/5297), cuyo FJ 4.º advierte que los artículos 35 de la Ley 1/1998, 81.3 de la LGT (reformado por la ley anterior), 37 del Real Decreto 1930/1998 (y —se añade ahora, también— el 63 bis.11 introducido en el Real Decreto 939/1986 por el Real Decreto precedente), «forman parte del régimen sancionador tributario, y por implicar una mayor garantía de los contribuyentes, en la medida en que pueden interponer recurso de reposición o reclamación económico-administrativa —como dice la Exposición de Motivos de la Ley 1/1998— sin necesidad de prestar garantía, ha de concluirse que, por tratarse de unas normas más beneficiosas, deben ser aplicadas con carácter retroactivo, lo cual significa que, en el presente caso —como así ha sido resuelto por la sentencia de instancia—, ha de confirmarse el reconocimiento que se ha hecho a la entidad ahora recurrida del derecho que tenía en la vía económico-administrativa a la suspensión del ingreso de las sanciones tributarias, sin prestar garantía alguna —bien entendido que tal reconocimiento es posible porque dicha cuestión concreta de la suspensión no es firme en la vía administrativa—. En consecuencia, la solución que se mantiene y se arbitra en esta sentencia (y en la de instancia) es la de no ejecutividad de las sanciones en materia tributaria mientras no sean firmes en vía administrativa». El mismo razonamiento puede verse en las SSTs de 7 de marzo de 2005, FJ 4.º (RJ 2005/3861) y de 5 de octubre de 2004, FJ 6.º (RJ 2004/6300), remitiéndose todas ellas a pronunciamientos anteriores, como son las SSTs de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/8644), 12 de junio de 2000 (RJ 2000/4473), 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003/866) y de 26 de febrero de 2003 (RJ 2003/1752).

tra el mismo recurso judicial alguno. Pues bien, a nuestro juicio, tales argumentos son perfectamente extrapolables a los responsables de la sanción. La inejecutividad de las sanciones se encuentra íntimamente ligada con el derecho constitucional a la presunción de inocencia, de manera que, si se admite que la naturaleza de la prestación exigida al responsable tiene naturaleza sancionadora —lo cual parece evidente en todos aquellos supuestos en los que ha participado en la comisión de la infracción—, no parece que pueda sustraerse válidamente dicho efecto al recurso de la sanción exigida por la vía de la responsabilidad.

La segunda cuestión que aparece también resuelta por el artículo 212.3 b) de la LGT se refiere a la inexistencia de los intereses de demora. Incluso con carácter previo a la entrada en vigor de la LDGC, dicho efecto provenía de la inejecutividad de las sanciones tributarias, como señaló la STS de 5 de octubre de 2004 (RJ 2004\6300), equiparando, de este modo, su régimen jurídico al previsto para las sanciones administrativas por el artículo 138 de la LRJPAC.

La nueva LGT acoge esta posición jurisprudencial, impidiendo la exigencia de intereses para las sanciones recurridas hasta que transcurra el plazo de pago en período voluntario. Con ello, se ha puesto fin a una larga polémica doctrinal ¹⁴⁴, impidiéndose, por mandato legal, la exigencia de intereses de demora sobre la sanción.

Así pues, pese a que la LGT haga referencia a la suspensión, que no inejecución, de las sanciones, expresamente advierte que no se exigirán intereses de demora por el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa. Estamos, por tanto, ante una suerte de «solución intermedia», ya que, si bien se suspende automáticamente la ejecución de las sanciones, se proclama de manera expresa la imposibilidad de exigir intereses de demora.

Con ello se están reconociendo todos los efectos favorables para los sujetos infractores, pero se permite que, tras la resolución del recurso, pueda proseguir la recaudación de las sanciones sin necesidad de reiterar su notificación.

No obstante, el artículo 212 de la LGT extiende sus efectos exclusivamente —al menos así se viene interpretando hasta el momento por el Tribunal Supremo—, a la vía administrativa. De manera que, cuando el presunto infractor se ve obligado a acudir a la vía contencioso-administrativa, tiene que afianzar la sanción si quiere obtener la suspensión de la sanción y, al mismo tiempo, la sanción suspendida comenzará a devengar unos intereses de demora que no resultan exigibles en materia penal en virtud del principio de presunción de inocencia.

Nuevamente debe reclamarse la traslación de los efectos que rigen en el ámbito sancionador para el sujeto que no pudiendo impugnar la sanción a título de interesado directo dentro del plazo concedido al efecto al presunto infractor, lo hace una vez que la Administración le declara respon-

¹⁴⁴ Vid. FALCÓN Y TELLÁ, R.: «El carácter no ejecutivo de las sanciones tributarias», *Quincena Fiscal*, núm. 13, 1995, pág. 6 y, también, «La nueva regulación del régimen sancionador tributario: una ocasión perdida», *Quincena Fiscal*, núm. 21, 1998, pág. 6.

sable de la sanción cometida por el sujeto pasivo. La naturaleza de la prestación –también del acto limitativo de derechos– exigida al responsable tiene naturaleza claramente sancionadora, de tal manera que su impugnación debe resultar amparada por los especiales derechos y garantías que la Constitución reconoce al contribuyente en este ámbito.

Por último, aparece el problema de la incidencia del recurso del responsable en la reducción del importe de la sanción que se le ha derivado y que proviene de una de las novedades incorporadas por la LGT de 2003 como es la posibilidad de reducir en un 25 por 100 la sanción por «pronto pago»; reducción que es plenamente compatible, en su caso, con la reducción del 30 por 100 «por conformidad» a la propuesta de liquidación, en los siguientes supuestos:

- 1.º Cuando se realice el ingreso total del importe restante de la sanción en período voluntario o dentro de los plazos concedidos al efecto a través de la concesión, por parte de la Administración, de un aplazamiento o fraccionamiento en el pago.
- 2.º Cuando no se interponga recurso o reclamación contra la liquidación o la sanción.

En consecuencia, si el obligado tributario quiere beneficiarse de la reducción prevista por el artículo 188.3 de la LGT, deberá satisfacer su importe en los plazos indicados, además de no recurrir la sanción ni la regularización practicada.

Según se ha dicho, la aplicación de la reducción minora el importe a ingresar al 75 por 100 del monto de la sanción que deba ingresarse. De esta manera, solo en caso de que se interponga un recurso o una reclamación contra la liquidación o la sanción impuesta, se exigirá al presunto infractor el importe de la reducción previamente practicada.

Esta nueva liquidación, obviamente, al tener naturaleza sancionadora, debe ser objeto de un nuevo recurso, que dará lugar a la suspensión sin garantías y que debe acumularse en vía económico-administrativa a la resolución inicialmente impugnada ¹⁴⁵.

Debe resaltarse que, hasta fechas muy recientes, resultaba criticable que un contribuyente conforme con la sanción, pero que presentaba una solicitud de aplazamiento, no tuviese derecho a la aplicación del citado beneficio. Esta situación ha sido remediada por la reciente Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, que extiende los efectos de la reducción del 25 por 100 en aquellos supuestos en los que el pago de la sanción se produce dentro de los plazos fijados en el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento que se hubiera concedido por la Administración con garantía de aval o certificado de seguro de caución y que el obligado al pago hubiera solicitado con anterioridad a la finalización del período voluntario de pago.

¹⁴⁵ Cfr. FALCÓN Y TELLA, R.: «El levantamiento de la reducción de las sanciones por revocación de la conformidad y la suspensión automática en vía económico-administrativa», *Quincena Fiscal*, núm. 3, 2002, págs. 5 a 8.

A la vista de lo anterior, y si lo que realmente se pretende por el legislador es disminuir la abundante litigiosidad existente en materia tributaria, parece evidente que dichos efectos deberían extenderse al responsable de la sanción que se abstenga de recurrir y que satisfaga dicha prestación dentro del plazo fijado por el nuevo artículo 188.3 de la LGT.

F) Exigencia de la responsabilidad por sanciones tributarias.

Los procedimientos para exigir la responsabilidad solidaria o subsidiaria no presentan ninguna especialidad por el hecho de que se extiendan al responsable las sanciones tributarias. De esta manera, en relación con lo establecido por el artículo 175 de la LGT, tenemos que el apartado 1.º –donde se distinguen dos supuestos, según que la declaración de responsabilidad se haya producido antes o después del vencimiento del período voluntario de pago de la deuda que se deriva– se aplica a cualquier supuesto de responsabilidad solidaria, mientras que el apartado 2.º solo se aplica a los supuestos de sucesión en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas ¹⁴⁶.

Cuando la declaración de responsabilidad haya tenido lugar y se haya notificado al responsable antes del vencimiento del período voluntario, bastará esperar a que se cumpla el plazo de ingreso en voluntaria y, si el deudor principal no ha pagado, exigir, sin más, la deuda al responsable, que ya la conoce por el acto de declaración. La doctrina alude a la *disociación temporal* que se produce entre los actos de declaración de responsabilidad –que se habrá producido en la fase de liquidación, dictado por el órgano competente para resolver en la misma– y el acto de requerimiento del pago al responsable o, si se prefiere, de derivación de la acción de cobro, que será competencia de los órganos de recaudación ¹⁴⁷.

Al contrario, lo que se produce es una *asociación temporal* de los actos de declaración de responsabilidad y requerimiento de pago cuando la primera se notificó ya vencido el período voluntario –o, lo que es lo mismo: en el período ejecutivo– por el órgano de recaudación al responsable.

Por lo que se refiere ya a la exigencia de la responsabilidad subsidiaria, el artículo 176 de la LGT prácticamente reproduce lo mismo que dispone en su inciso final el artículo 41.5 de la misma ley. Y, como ya pusimos de manifiesto más atrás, cuando considerábamos que no había diferencias entre la responsabilidad solidaria y subsidiaria en función del momento de inicio del procedimiento

¹⁴⁶ Cfr. ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L. M.ª: «Actuaciones y procedimiento de recaudación», *op. cit.*, pág. 778.

¹⁴⁷ Cfr. PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario...*, 16.ª ed., *op. cit.*, pág. 358. También *Vid.* ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L. M.ª: «Actuaciones y procedimiento de recaudación», *op. cit.*, págs. 767 y 778, donde ponen de relieve que esa disociación temporal tiene ventajas para el responsable y para la Administración. El responsable conocerá de forma temprana su eventual responsabilidad, anticipándose así la posibilidad de impugnar la declaración de responsabilidad. La Administración puede agilizar el cobro de la deuda tributaria en los supuestos en que los órganos de gestión o inspección prevean que el deudor principal tendrá dificultades para hacer frente a la misma. *Vid.*, en ese mismo sentido, MALVÁREZ PASCUAL, L. y LEANDRO SERRANO, M.: «El nuevo procedimiento de recaudación tributaria, con atención especial a las novedades introducidas por el Real Decreto 939/2005, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 273, 2005, pág. 44.

de declaración de responsabilidad (art. 174.1 LGT), la declaración de fallido¹⁴⁸ —del deudor principal y, en su caso, de los responsables solidarios—, necesaria para dirigir la acción recaudatoria al responsable subsidiario, puede no coincidir temporalmente con la *previa* declaración de responsabilidad subsidiaria¹⁴⁹.

¹⁴⁸ El RGR (arts. 61 a 63) se ocupa de precisar qué ha de entenderse por «deudor fallido», «crédito incobrable», «baja en cuentas», «revisión de fallidos» y «rehabilitación de los créditos incobrables». Señala el artículo 61.1 del RGR que «se considerarán fallidos aquellos obligados al pago respecto de los cuales se ignore la existencia de bienes o derechos embargables o realizables para el cobro del débito...». Lógicamente, para llegar a esa constatación sobre la situación patrimonial del deudor principal o de los responsables solidarios, si los hubiera, la Administración habrá tenido que iniciar el procedimiento de apremio que tiene entre sus causas de terminación a la declaración del crédito como incobrable, una vez declarados fallidos todos los obligados al pago [art. 173.1 b) LGT]. Opina CALVO ORTEGA, R.: *La nueva Ley General Tributaria*, *op. cit.*, págs. 192-193, que también puede proceder esa declaración de fallido de un procedimiento concursal o de un proceso de ejecución civil. Por su parte, ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «El régimen jurídico del responsable en la nueva Ley General Tributaria», *op. cit.*, págs. 509-510, entiende que en situaciones de concurso no es posible la declaración de fallido en el procedimiento de apremio, al paralizarse las actuaciones recaudatorias, por lo que la derivación de responsabilidad no puede tener lugar hasta que el proceso concursal finalice.

¹⁴⁹ Cfr. GONZÁLEZ ORTIZ, D.: *La figura del responsable tributario en el Derecho Español*, *op. cit.*, pág. 411. También ARIAS ABELLÁN, M.^a D.: «Precisiones sobre el procedimiento de declaración de la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 574. La doctrina discute si la declaración de responsabilidad subsidiaria puede hacerse antes o no de producida la falencia de los deudores principales y responsables solidarios, si los hubiera. Así, JUAN LOZANO, A., GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E., MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: «La aplicación de los tributos en la nueva Ley General Tributaria», *op. cit.*, pág. 117, entienden que ello se compadece mal con la regla enunciada en el artículo 174.1 de la LGT que admite la declaración de responsabilidad en cualquier momento posterior a la práctica de la liquidación o presentación de la autoliquidación. Estos autores critican la mimética incorporación a dicho precepto legal de normas anteriormente enclavadas en el Reglamento de Recaudación. Por su parte, BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Obligados tributarios», *op. cit.*, pág. 136, considera que la responsabilidad subsidiaria solo puede declararse tras resultar fallido el sujeto pasivo. Por su parte, ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L. M.^a: «Actuaciones y procedimiento de recaudación», *op. cit.*, págs. 782-783, se muestran críticos con la interpretación que disocia temporalmente la declaración de responsabilidad subsidiaria y la declaración de insolvencia de los principales deudores, al entender que ello admite que puedan transcurrir años entre la declaración de la responsabilidad y la exigencia de la misma, permitiendo al declarado responsable subsidiario tener información confidencial de la situación patrimonial del deudor principal y, en su caso, de los responsables solidarios, sin que finalmente le sea exigida la responsabilidad declarada.

LA INSOSTENIBLE TRIBUTACIÓN POR ITP DE LOS INMUEBLES EN LA VENTA DE EMPRESAS

JAVIER MARTÍN MARTÍN
EDUARDO SANFRUTOS GAMBÍN

Socios de Ernst & Young Abogados, S.L.

Extracto:

El presente artículo analiza la tributación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) –concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas– de los inmuebles incluidos en un patrimonio empresarial que es objeto de transmisión.

Con la normativa vigente, tal tributación se produce, en general, cuando la transmisión de una empresa no está sujeta al IVA. Sin embargo, la irrupción del ITP en el ámbito de operaciones empresariales carece de lógica jurídica y provoca importantes distorsiones.

En efecto, la norma comunitaria permite a los Estados miembros considerar que en la transmisión de una empresa no existe entrega de bienes. Y ello con la finalidad reconocida por el Tribunal de Luxemburgo de no sobrecargar la tesorería del adquirente y facilitar estas transmisiones. Idéntica finalidad tiene la Directiva comunitaria en materia de reorganizaciones empresariales. Sin embargo, la tributación por el ITP en estos supuestos contraviene tal finalidad, además de suponer una intromisión indebida en el ámbito de las operaciones empresariales, penalizando al adquirente con un impuesto no recuperable.

Adicionalmente, hay que destacar que la Ley del IVA permite la renuncia a la exención en las segundas y ulteriores entregas de edificaciones cuando el adquirente tenga derecho a la deducción total del IVA. Ello provoca una discriminación arbitraria e injustificada por cuanto que si una empresa transmite una edificación usada puede optar por la aplicación del IVA mediante el mecanismo de la renuncia a la exención. Sin embargo, si esa misma empresa transmite todo su patrimonio empresarial, realizará una operación no sujeta al IVA por la que el adquirente deberá autoliquidar el ITP respecto de esa misma edificación usada, sin que quepa sujetar la operación al IVA puesto que no existe un mecanismo de renuncia a la no sujeción.

En conclusión, la existencia de la norma de tributación de los inmuebles en la venta de empresas por el ITP no está justificada y es insostenible. Además, los países de nuestro entorno no aplican, en general, una norma equivalente en las ventas de empresas. Sería deseable, en consecuencia, la eliminación de la referida norma de tributación de nuestro ordenamiento tributario, bastando a efectos de control la tributación por el concepto Actos Jurídicos Documentados.

Palabras clave: ITPAJD (TPO), venta de empresas, inmuebles.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La intromisión del ITPAJD en transmisiones empresariales.
 - A. Normativa española.
 - 1. Antecedentes normativos.
 - 2. Normativa actualmente en vigor.
 - B. Normativa comunitaria.
 - C. Análisis crítico.
 - 1. Adecuación a la normativa comunitaria.
 - 2. Incompatibilidad con la finalidad de la no sujeción.
 - 3. Incongruencia de la aplicación del ITPAJD.
 - 4. La teoría de los actos empresariales.
 - 5. Existencia de discriminación injustificada.
 - 6. La finalidad anti-elusión.
 - 7. Algunos ejemplos de Derecho comparado.
 - 8. El concepto de patrimonio empresarial después de la sentencia Zita Modes.
- III. Conclusiones y soluciones alternativas.

I. INTRODUCCIÓN

Son muy diversas las cuestiones que se han planteado en relación con la tributación indirecta de las transmisiones de patrimonios empresariales.

El presente trabajo tratará de analizar el régimen de tributación indirecta de las transmisiones de bienes inmuebles en el contexto de las transmisiones de empresas y, más concretamente, cuando se trata de transmisiones *inter vivos* del patrimonio empresarial no sujetas al IVA, y que además quedan fuera del régimen de neutralidad y diferimiento aplicable a determinadas reorganizaciones empresariales.

La incompatibilidad entre el IVA y el ITPAJD, no se aplica a determinadas operaciones inmobiliarias, que cuando quedan exentas del IVA, están sujetas al ITPAJD. El problema se produce cuando una operación empresarial no sujeta al IVA, como lo es la transmisión de una empresa cumpliéndose ciertos requisitos, queda sujeta también al ITPAJD.

Finalmente, dada la trascendencia del concepto de «totalidad del patrimonio empresarial», se tratará de analizar el alcance que se le ha dado a este concepto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCEE) y las repercusiones que ello pueda tener sobre la tributación de los inmuebles incluidos en un patrimonio empresarial.

II. LA INTROMISIÓN DEL ITPAJD EN TRANSMISIONES EMPRESARIALES

La principal intromisión del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» en el ámbito de las operaciones entre empresarios, se produce con motivo de las segundas o ulteriores entregas de edificaciones que, aun estando sujetas al IVA aunque exentas, quedan sujetas al ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas». Esta intromisión queda matizada por la posibilidad, si bien condicionada, de renuncia a la exención del IVA.

No obstante, el objeto del presente artículo va a consistir en el análisis de otro supuesto de intromisión del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», en el ámbito de las operaciones empresariales, que es el que se produce cuando se transmite la totalidad del patrimonio empresarial y dentro de dicho patrimonio existen bienes inmuebles.

A. Normativa española.

1. Antecedentes normativos.

La primera Ley española del IVA, Ley 30/1985, ya preveía en su artículo 5.1.º un régimen especial para las transmisiones de empresas, al declarar no sujeta al impuesto:

«La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, realizada en favor de uno o varios adquirentes cuando estos continúen el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando se trate de transmisiones realizadas por actos "inter vivos" si el patrimonio se transmite por partes a distintos adquirentes.

En todo caso, quedarán sujetas al Impuesto las transmisiones de los bienes o derechos que se desafecten de aquellas actividades empresariales o profesionales que determinan la no sujeción de dichas transmisiones».

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 7/1989 sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, modificó el referido precepto, dándole la siguiente redacción:

«No están sujetas al impuesto:

1º. Las siguientes transmisiones de bienes y derechos:

- a) La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, realizada en favor de un solo adquirente, cuando este continúe el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente.*
- b) La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo o de los elementos patrimoniales afectos a una o varias ramas autónomas de la actividad empresarial o profesional del transmitente, en virtud de operaciones de fusión o escisión de empresas a las que se conceden los beneficios tributarios previstos en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, siempre que quede acreditado en el expediente que de la no sujeción al impuesto de la referida transmisión no se derivarán distorsiones en el normal funcionamiento del mismo.*

A los efectos previstos en esta letra, se entenderá por rama de actividad la definida en el número 2 del artículo 15 de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas.

- c) La transmisión "mortis causa" de la totalidad o parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo realizada en favor de aquellos adquirentes que continúen el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente.*

En todo caso, quedarán sujetos al impuesto los cambios de afectación de bienes o derechos que se desafecten de aquellas actividades empresariales o profesionales que determinen su no sujeción al impuesto».

Por su parte, el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del ITPAJD, establecía lo siguiente:

«No estarán sujetas al concepto de 'transmisiones patrimoniales onerosas' del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido».

Durante la vigencia de estas normas, la no sujeción al IVA de la transmisión global del patrimonio empresarial se combinaba con una cierta incertidumbre sobre la tributación por el ITPAJD. En efecto, se planteó la cuestión de la calificación como actividad empresarial de la transmisión del patrimonio empresarial, aunque fuese el último acto del empresario como tal. Las consecuencias son muy importantes, puesto que la calificación como acto empresarial excluye del ámbito del ITPAJD las transmisiones de empresas, mientras que la calificación como acto realizado por quien ya no es empresario, conduciría a la tributación por el ITPAJD de todos los elementos transmitidos.

El asunto llegó al Tribunal Supremo que, en relación con la transmisión de una empresa acaecida en enero de 1987, dictó su sentencia de 1 de octubre de 1996 (NFJ003497), en la que concluyó que *«la transmisión en bloque del patrimonio de una empresa a un solo adquirente... es una operación no sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido... pero sí sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, concepto de "transmisiones onerosas"»*. Sin embargo, la gran mayoría de la doctrina¹ mantuvo que la transmisión de un patrimonio empresarial es forzosamente un acto empresarial, lo que parece técnicamente mucho más correcto. Incluso los tribunales económico-administrativos aceptaron esta tesis del acto empresarial en diversas Resoluciones².

¹ Sirva como ejemplo el artículo de José Antonio SERRANO SOBRADO, titulado «Sentencia de 1 de Octubre de 1996 del Tribunal Supremo. Tributación de las transmisiones globales», publicado en *Crónica Tributaria* Número 86/1998, en el que manifiesta que la transmisión global de un patrimonio empresarial es una operación empresarial que, por razones de simplificación, no tributa por el IVA y que, precisamente por ser empresarial, no está sujeta al ITP, «transmisiones onerosas»: por ser operación empresarial queda excluida del objeto de este último tributo.

² Baste citar la de 5 de febrero de 1992 (NFJ001473) o la de 28 de julio de 1993 (NFJ003079) ambas del Tribunal Económico-Administrativo Central. Especialmente interesante es la primera de ellas cuando en su Considerando 8.º, cita el cambio legislativo que hubo que llevar a cabo para sujetar al ITPAJD los inmuebles incluidos en un patrimonio empresarial cuando es transmitido: *«Que el criterio que acaba de exponerse se ve refrendado por la reciente evolución legislativa de la materia y, en concreto, por la nueva redacción dada al artículo 7.º 5 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, sobre adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, que añadiendo un párrafo nuevo al texto que ha servido de fundamento a la presente resolución, declara sujetas a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, además de los inmuebles exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido –situación anterior a la reforma de la Ley 29/1991, "las entregas de aquellos inmuebles que estén*

La situación se clarificó, si bien incurriendo en las incorrecciones técnicas que más adelante se detallan, con la Ley 29/1991 de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, que modificó tanto la Ley del IVA, como la Ley del ITPAJD. Así, se le dio la siguiente redacción al artículo 5.1 b) de la Ley 30/1985 del IVA:

«La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial del sujeto pasivo o de los elementos patrimoniales afectos a una o varias ramas de la actividad empresarial del transmitente en virtud de las operaciones a las que se refiere el artículo 1.º de la Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, siempre que las operaciones tengan derecho al régimen tributario regulado en el Título Primero de la citada Ley.

A los efectos previstos en esta letra se entenderá por rama de actividad la definida en el número 4 del artículo 2 de la Ley citada en el párrafo anterior».

Respecto del ITPAJD, la modificación operada por la Ley 29/1991 consistió en añadir un último inciso al artículo 7.5 de su Texto Refundido, del siguiente tenor:

«...así como las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido».

2. Normativa actualmente en vigor.

El artículo 7.5 del Texto Refundido de la Ley del ITPAJD, establece lo siguiente:

«No estarán sujetas al concepto de "transmisiones patrimoniales onerosas", regulado en el presente Título las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido. También quedarán sujetas las entregas de aquellos bienes inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido».

incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido". De la comparación entre el contenido del artículo 7.º 5 citado antes y después de la Ley 29/1991, ha de extraerse la ineludible conclusión de que ha sido imprescindible una reforma del precepto que regía la materia hasta el 31 de diciembre de 1991 para cambiar la situación anterior; posiblemente no buscada por el legislador cuando a través de la disposición adicional de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido hizo la primera modificación del reiterado artículo 7.º 5, pero que, por el juego de las normas expuestas en los considerandos precedentes, era la no sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, concepto transmisiones patrimoniales onerosas, de las entregas o transmisiones de los inmuebles integrados en la transmisión global del patrimonio empresarial».

El último párrafo del precepto que se acaba de mencionar, incorporado, como ya se ha expuesto, a la normativa del ITPAJD por la Ley 29/1991, ha sido mantenido sin modificaciones por el vigente Real Decreto Legislativo 1/1993 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del ITPAJD (Ley del ITPAJD). En virtud de dicho párrafo se produce la irrupción del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» en el ámbito de las operaciones en las que un empresario transmite todo su patrimonio, existiendo inmuebles dentro del mismo.

Por su parte, el artículo 7.1.º de la Ley del IVA, señala que:

«No estarán sujetas al impuesto:

1.º Las siguientes transmisiones de bienes y derechos:

- a) La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo realizada en favor de un solo adquirente, cuando este continúe el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente.*
- b) La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial del sujeto pasivo o de los elementos patrimoniales afectos a una o varias ramas de la actividad empresarial del transmitente, en virtud de las operaciones a que se refiere el artículo 1.º de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, siempre que las operaciones tengan derecho al régimen tributario regulado en el Título I de la citada ley*

A los efectos previstos en esta letra, se entenderá por rama de actividad la definida en el apartado cuatro del artículo 2.º de la Ley mencionada en el párrafo anterior.

- c) La transmisión "mortis causa" de la totalidad o parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, realizada en favor de aquellos adquirentes que continúen el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente.*

Cuando los bienes y derechos transmitidos se desafecten posteriormente de las actividades empresariales o profesionales que determinan la no sujeción prevista en las letras a) y c) de este número, la referida transmisión quedará sujeta al impuesto en la forma establecida para cada caso en esta Ley.

Los adquirentes de los bienes comprendidos en las transmisiones que se benefician de la no sujeción establecida en este número se subrogarán, respecto de dichos bienes, en la posición del transmitente en cuanto a la aplicación de las normas contenidas en el artículo 20, apartado uno, número 22.º y en los artículos 104 a 114 de esta Ley».

El supuesto de no sujeción que interesa analizar ahora es el descrito en la letra a) anterior. El supuesto previsto en la letra b) no podría conducir a la aplicación del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», puesto que, al existir una operación societaria, la operación quedaría

sujeta al concepto «Operaciones societarias» del ITPAJD³, aunque exenta si se cumplen los requisitos de aplicación del régimen de neutralidad y diferimiento de la derogada Ley 29/1991, actualmente recogido en el artículo 83 y siguientes del Real Decreto Legislativo 4/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Ley del Impuesto sobre Sociedades).

El supuesto previsto en la letra c) no puede conducir a la aplicación del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», aunque existan bienes inmuebles dentro del patrimonio del empresario individual o del profesional fallecido. Y ello porque no parece posible hacer tributar como transmisión patrimonial onerosa, una transmisión lucrativa sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, como lo es la que se produce como consecuencia del fallecimiento del titular del patrimonio empresarial o profesional. Aunque algún autor ha mantenido la tesis contraria⁴, resulta en realidad muy forzado contraponerse al tenor literal del artículo 7.1 de la Ley del ITPAJD que establece la sujeción al concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» de aquellas transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bienes o derechos pertenecientes a personas físicas o jurídicas, para hacer tributar por este concepto una transmisión *mortis causa*.

En todo caso, desde el punto de vista de la técnica legislativa, era necesario establecer expresamente este supuesto de no sujeción de la transmisión del patrimonio empresarial de forma expresa, puesto que, de lo contrario, la transmisión o cesión a terceros de elementos integrantes del patrimonio empresarial, se entiende en todo caso efectuada en el desarrollo de una actividad empresarial sujeta al IVA, según el tenor del artículo 4.Dos b) de la Ley del IVA.

En este sentido, se ha planteado la cuestión de si la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial se trata realmente de un supuesto de exención o de un supuesto de no sujeción. En las exenciones, se produce el hecho imponible del impuesto, pero por razones de política fiscal no se aplica dicho impuesto. Por el contrario, la no sujeción implica que no se ha llegado a producir el hecho imponible. Desde esta perspectiva, puede llegar a concluirse que la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial se acerca más al concepto de exención técnica que al de no sujeción. Sin embargo, estas disquisiciones basadas en el Derecho Tributario general, tienen, en la práctica, un valor relativo cuando se trata de analizar preceptos del IVA, puesto que tal análisis debe basarse necesariamente en el Derecho Comunitario y más concretamente en la Directiva 77/388/CEE o Sexta Directiva y en la Directiva 2006/112/CE. Así resulta del principio de primacía del Derecho Comunitario y del carácter vinculante, respecto a sus objetivos, de las Directivas comunitarias.

Pues bien, tanto la Sexta Directiva como la Directiva 2006/112/CE, facultan a los Estados miembros, en los términos que se exponen en el punto B a continuación, para considerar que no supone una entrega de bienes ni una prestación de servicios la transmisión de una universalidad total

³ El artículo 1.2 de la Ley de ITPAJD establece que «En ningún caso, un mismo acto podrá ser liquidado por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y por el de operaciones societarias».

⁴ José Ignacio JIMÉNEZ-BLANCO en su artículo «El IVA y el ITP en la transmisión de la empresa tras la Ley 29/1991 de adecuación de las Directivas CEE» (*Noticias/CEE* número 96 CISS) mantiene que: «Cuando la transmisión del patrimonio empresarial del causante se produzca totalmente en favor de quienes continúen las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente, no parece haber duda de que la misma constituirá una operación no sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, y por ende, sujeta a Transmisiones Patrimoniales Onerosas, en relación con los inmuebles incluidos en dicha transmisión».

o parcial de bienes. Con ello queda claro que, con independencia de su mayor o menor corrección técnica, las referidas Directivas permiten a los Estados miembros eliminar este tipo de transmisiones del ámbito de aplicación del IVA.

Llegados a este punto, es preciso señalar que la consideración de la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial como una operación no sujeta o inexistente a efectos del IVA, tiene una importancia trascendental en este impuesto. En efecto, si se pudiese considerar como una operación exenta, cabrían dos posibilidades principales, ambas con un efecto distorsionador relevante:

- Si se considerase como una operación exenta con exención limitada –dándole el mismo tratamiento que a las exenciones en operaciones interiores contempladas en el art. 20 de la Ley del IVA–, limitaría el derecho a deducir del transmitente, al computarse la operación en el denominador de la prorrata, lo que significaría, en función de las circunstancias concurrentes, que el empresario que transmite su patrimonio empresarial no podría deducir la totalidad del IVA soportado. Si su prorrata fuese del 100%, no tendría sentido que se viese disminuida por el mero hecho de que transmita su patrimonio empresarial ⁵.
- Si se considerase como una operación exenta con exención plena –dándole el mismo tratamiento que a las exportaciones del art. 21 o a las entregas intra-comunitarias del art. 25– se computaría en el numerador de la prorrata como una operación que genera derecho a la deducción. Ello implicaría, en el supuesto de que el empresario transmitente no tuviese derecho a la deducción total del IVA, un aumento artificial e injustificado de su porcentaje de prorrata.

Frente a las distorsiones que ocasionaría la consideración como operación exenta del IVA, la no sujeción a este impuesto de la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, favorece el tratamiento neutral de la operación, puesto que las operaciones no sujetas no afectan al cálculo de la prorrata de deducción, según establece el artículo 104.Tres.5.º de la Ley del IVA.

El problema fundamental consiste en que, tratándose de un supuesto de no sujeción al IVA, la normativa española establece la aplicación del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», sobre aquellos bienes inmuebles que se incluyan en la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial.

B. Normativa comunitaria.

El artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE de 28 de noviembre de 2006 ⁶, establece lo siguiente:

⁵ En este sentido, la sentencia del TJCEE de 22 de febrero de 2001 [(Asunto C-408/98), NFJ010200] aclara que la transmisión de una universalidad de bienes no limita el derecho a deducir el IVA y que las cuotas de este impuesto soportadas en relación con los gastos derivados de dicha transmisión se podrán deducir de igual modo que las cuotas soportadas en el resto de los gastos del sujeto pasivo.

⁶ Esta Directiva ha sido denominada como la versión consolidada de la Sexta Directiva, puesto que incorpora en un mismo texto la refundición de la Directiva 77/388/CEE –tradicionalmente denominada como la Sexta Directiva– y sus modifi-

«Los Estados miembros quedan facultados para considerar que la transmisión, a título oneroso o gratuito o bajo la forma de aportación a una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes no supone la realización de una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente.

Los Estados miembros podrán adoptar las disposiciones necesarias para evitar distorsiones de la competencia siempre que el beneficiario no sea sujeto pasivo total. Podrán asimismo adoptar las medidas necesarias para evitar que la aplicación del presente artículo haga posibles el fraude o la evasión fiscales.»

Dado que el precepto anteriormente mencionado se refiere exclusivamente a entregas de bienes, el artículo 29 de la Directiva 2006/112/CE extiende el alcance de la no sujeción a las prestaciones de servicios, al señalar que:

«El artículo 19 se aplicará en las mismas condiciones a las prestaciones de servicios».

Es especialmente destacable el carácter optativo de esta disposición para los Estados miembros, de tal modo que el legislador español tuvo la opción de incluir o no este supuesto de no sujeción en la Ley del IVA. Ya desde la Ley 30/1985, se incluyó la no sujeción de la transmisión del patrimonio empresarial en la normativa del impuesto. Ahora bien, una vez ejercitada la opción, el legislador español debe atenerse al concepto comunitario de totalidad del patrimonio empresarial, tal como se expondrá con más detalle en el punto 8 del apartado C siguiente.

C. Análisis crítico.

1. Adecuación a la normativa comunitaria.

Como ya se ha expuesto, tanto la Sexta Directiva como la Directiva 2006/112/CE, conceden a los Estados miembros la opción de considerar que no existe operación a efectos del IVA cuando se transmite una universalidad total o parcial de bienes. El reino de España no ha hecho más que ejercitar una opción que le daba la norma comunitaria al dejar no sujeta la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial. Cuestión distinta es determinar si existe vulneración de las mencionadas Directivas en lo que se refiere a las condiciones de aplicación de la no sujeción al IVA establecidas en la normativa española, porque en opinión de quienes esto escriben, sí existe vulneración, tal como se expondrá en el punto 8 siguiente.

Siendo conforme a la normativa comunitaria la no sujeción al IVA de la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial, únicamente queda determinar si la sujeción al ITPAJD, concepto

caciones posteriores. Por lo que se refiere al último párrafo relativo a las medidas para evitar el fraude, cabe señalar que el TJCE ha considerado la lucha contra el fraude como un objetivo de la Sexta Directiva. Así en su sentencia de 21 de febrero de 2006 [(Asunto C-255/02), NFJ021677] establece (punto 71) que «la lucha contra el fraude, la evasión de impuestos y los eventuales abusos es un objetivo reconocido y promovido por la Sexta Directiva».

«Transmisiones Patrimoniales Onerosas» de los inmuebles incluidos en dicho patrimonio empresarial, se adecua o no a la Sexta Directiva.

Para ello hay que estar a lo que establece el artículo 33 de la Sexta Directiva, que dispone lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias y, en particular, en las disposiciones comunitarias vigentes relativas al régimen general de la tenencia, circulación y controles de los productos sujetos a impuestos especiales, las disposiciones de la presente Directiva no se oponen al mantenimiento o establecimiento por parte de un Estado miembro...de cualquier impuesto, derecho o gravamen que no tenga carácter de Impuesto sobre el Volumen de Negocios, siempre que dichos impuestos, derechos o gravámenes no den lugar, en los intercambios entre Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera».

Por su parte, el artículo 401 de la Directiva 2006/112/CE establece que:

«Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias, las disposiciones de la presente Directiva no se oponen al mantenimiento o establecimiento por parte de un Estado miembro de impuestos sobre los contratos de seguros y sobre los juegos y apuestas, impuestos especiales, derechos de registro y, en general, de cualquier impuesto, derecho o gravamen que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, siempre que la recaudación de impuestos, derechos o gravámenes no dé lugar, en los intercambios entre Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera.»

La interpretación a *sensu contrario* de estos preceptos permite concluir que ambas Directivas prohíben el establecimiento o mantenimiento por los Estados miembros de un tributo que tenga el carácter de «Impuesto sobre el Volumen de Negocios». Comoquiera que las referidas Directivas no definen el concepto de Impuesto sobre el Volumen de Negocios, es preciso acudir a los criterios contenidos en las sentencias del TJCEE, que han ido perfilando dicho concepto.

La sentencia del TJCEE de 26 de junio de 1997 [(Asuntos acumulados C-370/95, C-371/95 y C-372/95), NFJ005873] describe las características esenciales del IVA, puesto que el asunto controvertido versaba sobre si determinada tasa puede gravar la circulación de bienes y servicios de manera comparable al IVA. El Tribunal comunitario establece que lo esencial en el IVA es (i) que tiene carácter general, (ii) que es proporcional al precio de los servicios, (iii) que se percibe en cada fase del proceso de producción y distribución, (iv) que se aplica al valor añadido de los servicios y (v) que se puede repercutir sobre el consumidor.

Parece difícil mantener que el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», presenta las características esenciales del IVA, si se tiene en cuenta que se aplica exclusivamente sobre ciertas operaciones inmobiliarias, no se repercute al destinatario y no es deducible ⁷.

⁷ En efecto, las cuotas del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», no son deducibles contra cuotas del mismo impuesto. Únicamente cabe recuperar indirectamente las cuotas del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» a través del Impuesto sobre Sociedades, si bien de forma parcial, lenta y condicionada. De forma parcial,

En consecuencia, se puede concluir que el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» es compatible con el IVA, puesto que no presenta las características esenciales de este último. Sin embargo, cabría plantearse si se produce la misma compatibilidad con un «Impuesto sobre el Volumen de Negocios», que es el término que utiliza el artículo 33 de la Sexta Directiva. Dicho de otro modo, se trataría de determinar si el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», tiene las características de un «Impuesto sobre el Volumen de Negocios».

El concepto de «Impuesto sobre el Volumen de Negocios» es más amplio que el de IVA, ya que este último no es más que una modalidad del primero. Pero resulta difícil su delimitación precisa, por lo que habrá que analizar principalmente cómo ha perfilado este concepto el TJCEE en sus distintas sentencias. En este sentido, también es útil el concepto que la Primera Directiva (67/227/CEE) de 11 de abril de 1967, proporciona en su artículo 2 sobre el nuevo impuesto armonizado:

«El principio del sistema común de Impuesto sobre el Valor Añadido consiste en aplicar al comercio de bienes y servicios un impuesto general sobre el consumo exactamente proporcional al precio de los bienes y de los servicios, sea cual fuere el número de transacciones que se produzcan en el circuito de producción y distribución precedente a la fase de gravamen. En cada transacción, será exigible el impuesto sobre el valor añadido, liquidado sobre la base del precio del bien o del servicio gravados al tipo impositivo aplicable a dichos bienes y servicios, previa deducción del importe de las cuotas impositivas devengadas por el mismo impuesto que hayan gravado directamente el coste de los diversos elementos constitutivos del precio».

Esta definición del sistema común de impuestos sobre el valor añadido, contiene sus características básicas como lo son su generalidad, su deducibilidad y que el gravamen recae sobre el consumidor final.

Por su parte el TJCEE, en la sentencia ya referida de 26 de junio de 1997 (NFJ005873), efectúa una importante aportación al señalar que:

puesto que la recuperación no opera sobre el 100% de la cuota auto-liquidada, sino sobre el tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades, en general el 35%; es decir, solo se recupera el 35% de la cuota del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas». De forma lenta, ya que la única posibilidad de recuperación es precisamente a través de la consideración de la cuota auto-liquidada como mayor valor de adquisición del activo fijo, mediante las dotaciones a la amortización de dicho activo, que, en general, solo son deducibles en el Impuesto sobre Sociedades si se respetan los plazos de vida útil establecidos en la normativa de dicho impuesto para los inmuebles, en general entre 50 y 100 años. Finalmente, la recuperación indirecta del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», está condicionada a que el inmueble adquirido se pueda considerar como activo fijo amortizable, por destinarse a ser medio de explotación; por el contrario si tuviese la consideración de existencias, por destinarse a su venta, no habría recuperación alguna del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», puesto que la cuota auto-liquidada, simplemente aumentaría el coste de ventas al suponer un mayor valor de adquisición de las existencias, lo que significaría un menor beneficio en la venta. Adicionalmente, como es obvio, la recuperación indirecta del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», está condicionada a que la compañía que adquirió el inmueble registre beneficios de tal modo que pueda utilizar fiscalmente las dotaciones a la amortización, lo que puede significar en la práctica un retraso adicional a la recuperación indirecta de la cuota auto-liquidada. Dados los condicionamientos para recuperar en un plazo de entre 50 y 100 años, el 35% del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», parece razonable considerar a este impuesto como no recuperable.

«Para tener el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios en el sentido del artículo 33 de la Directiva, el tributo en cuestión debe poder repercutirse sobre el consumidor» aunque «no es necesario que la legislación nacional que le es aplicable prevea expresamente que dicho tributo pueda repercutirse sobre los consumidores».

En este sentido, la sentencia del TJCEE de 31 de marzo de 1992, en el Asunto C-200/90, establece una delimitación —si bien no todo lo precisa que sería deseable— entre el IVA y un Impuesto sobre el Volumen de Negocios, al disponer que:

«Para que un tributo tenga el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios no es preciso que en todo sea semejante al IVA; basta con que presente las características esenciales de este».

A falta de mayor concreción, resulta útil la referencia que hace a este asunto el Abogado General Sr. MISCHO en sus conclusiones en el procedimiento de la sentencia de 13 de julio de 1989 (Asuntos 93/88 y 94/88):

«Puede pues concluirse que ni el número de fases de comercialización gravadas, ni la existencia o inexistencia de un derecho a deducir, ni el ámbito de aplicación son decisivos para determinar si un impuesto puede calificarse o no de impuesto sobre el volumen de negocios».

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, podría concluirse que las características esenciales de un Impuesto sobre el Volumen de Negocios son las que se derivan de ser un «impuesto general sobre el consumo» —según la Primera Directiva ya citada—, es decir, su generalidad y su traslación en las distintas fases hasta llegar al consumidor final, mediante repercusión.

Por lo que respecta al carácter general, la propia delimitación de su concepto, resulta una labor compleja. En principio, parece sencillo establecer que un tributo tiene carácter general cuando grava la totalidad del tráfico empresarial, aun permitiéndose algunas excepciones —exenciones— por motivos de técnica fiscal. Se trata de tributos con vocación de generalidad, que se contraponen a aquellos otros tributos que únicamente gravan determinadas operaciones o contratos. Sin embargo, la aplicación práctica del concepto de tributo de carácter general, es más complicada, especialmente si se tiene en cuenta que si los Estados miembros establecen tributos «no generales» que compiten con el IVA, ello afectará al denominado sistema común del IVA, es decir, a una parte de los recursos financieros de la propia Comunidad Europea.

Por tanto, en la práctica, el carácter general de un tributo puede tener dos sentidos. En sentido positivo, un tributo tiene carácter general cuando grava la generalidad del tráfico de bienes o servicios. En sentido negativo, un tributo tiene carácter general cuando, sustituyendo a un Impuesto general sobre el Volumen de Negocios, grava categorías concretas de bienes o servicios pertenecientes al ámbito propio de dicho Impuesto general. Y ello porque si un Estado desgaja del Impuesto general operaciones concretas, podría dejar sin contenido el Impuesto general. Este es el sentido de las conclusiones del Abogado General, Sr. JACOBS, en el procedimiento relativo a la sentencia de 7 de mayo de 1992 (Asunto C-347/90):

«Es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia no aclara plenamente cuál es el significado del término "general" en este contexto. Dicha palabra puede ser tomada con el significado de aplicación general a todos los bienes y servicios, salvo en concretas excepciones específicas, como el propio IVA. Pero también podría tener el significado, más limitado, de aplicación general a todos los bienes y servicios incluidos en una categoría específica».

Sin embargo, la sentencia del TJCEE de 13 de julio de 1989 (Asuntos acumulados 93/88 y 94/88) parece hacer más hincapié no en la coexistencia de un tributo con el IVA, sino en que ello no ocasione merma en los objetivos del sistema común del IVA, es decir, en los recursos financieros comunitarios.

En efecto, esta sentencia considera que un Estado miembro puede establecer impuestos distintos de los Impuestos sobre el Volumen de Negocios que concurren con el IVA para una misma operación, siempre que se cumpla la finalidad del artículo 33 de la Sexta Directiva, es decir, siempre que no se comprometa el funcionamiento del sistema común del IVA mediante medidas fiscales que graven la circulación de bienes y servicios de manera comparable al IVA. Concluye la sentencia que el impuesto objeto de examen, aunque es un impuesto sobre el consumo cuya base imponible es proporcional a los precios de los vehículos, no constituye un impuesto general, pues solo grava dos categorías de productos: los vehículos de turismo y las motocicletas. Además señala el Tribunal que el impuesto controvertido no compromete el sistema común del IVA, ya que se percibe paralelamente y no en sustitución de este último.

Resta ahora determinar si el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» podría ser calificado como un impuesto «general». Ello podría ser así en el sentido negativo que se ha señalado anteriormente, puesto que efectivamente se están segregando determinadas transmisiones de inmuebles del ámbito del IVA.

Aunque la referida sentencia del TJCEE de 13 de julio de 1989, no tiene reparos en no considerar un impuesto general a aquel que grava exclusivamente dos categorías de productos, cuando se percibe paralelamente al IVA, el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» no se percibe paralelamente al IVA, sino que lo sustituye parcialmente. En efecto, cuando la transmisión de un patrimonio empresarial no está sujeta al IVA, se produce la tributación de los inmuebles por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», por lo que podría plantearse la cuestión del carácter general de este impuesto en este contexto concreto. Bien es cierto que si la transmisión de un patrimonio empresarial está sujeta al IVA, la tributación de los inmuebles puede también llegar a tributar por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», como por ejemplo si se trata de segundas transmisiones de edificaciones sujetas al IVA pero exentas. Pero ello no hace más que incidir en el hecho de que el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», sustituye parcialmente al IVA.

Sin embargo, el análisis de esta cuestión, sobre conllevar las dificultades inherentes a la ausencia de una definición legal y las propias de la interpretación de las sentencias del TJCEE sobre el particular, resulta en la práctica de una utilidad limitada, ya que el ITPAJD, concepto «Transmisiones

Patrimoniales Onerosas», carece de una de las características de un Impuesto sobre el Volumen de Negocios, como es la de ser susceptible de repercusión al destinatario.

En efecto el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» no es susceptible de repercusión directa, ni tampoco se puede considerar incluido en el precio, puesto que es auto-liquidado por el adquirente, lo que significa que carece de una de las características esenciales de un Impuesto sobre el Volumen de Negocios.

En consecuencia, hay que concluir que, a pesar de las matizaciones anteriormente referidas, el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» no reúne las características de un Impuesto sobre el Volumen de Negocios, razón por la cual su exacción no se contrapone a lo dispuesto tanto en el artículo 33 de la Sexta Directiva, como en el artículo 401 de la Directiva 2006/112/CE.

2. Incompatibilidad con la finalidad de la no sujeción.

La sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 2003 [(Asunto C-497/01), NFJ015629], o sentencia Zita Modes, resulta fundamental para analizar el contenido y alcance del supuesto de no sujeción previsto en el artículo 5.8 de la Sexta Directiva, como se detallará en el punto 8 siguiente. A los efectos que ahora interesan, basta señalar que la referida sentencia establece que la finalidad del artículo 5.8 de la Sexta Directiva es (i) facilitar las transmisiones de empresas, (ii) simplificar administrativamente las mismas y (iii) evitar sobrecargar la tesorería del beneficiario adquirente. Esta triple finalidad se puede predicar asimismo del artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE, puesto que su tenor literal es esencialmente idéntico al del artículo 5.8 de la Sexta Directiva.

En efecto, si el adquirente de un patrimonio empresarial debiera soportar el IVA de la operación, para posteriormente recuperarlo, en caso de tener derecho a la deducción total del IVA soportado, estaría sufriendo un coste financiero importante derivado del plazo de recuperación del IVA. Normalmente la cuota del IVA repercutida por el transmitente tendrá un importe elevado, por lo que, en muchos casos, la recuperación del impuesto no podrá efectuarse con rapidez por el mecanismo de las deducciones, sino que habrá que acudir a la solicitud de devolución. Ello implicaría recuperar el IVA en un momento posterior y con las comprobaciones que la Administración Tributaria decida llevar a cabo con carácter previo a la devolución, comprobaciones que podrían derivar en la exigencia de garantía al adquirente del patrimonio empresarial que solicita la devolución del IVA, según establece el artículo 118 de la Ley del IVA.

Además, la tributación por el IVA de la transmisión de un patrimonio empresarial presenta ciertas dificultades prácticas, puesto que la base imponible de cada bien y derecho transmitido debe calcularse distribuyendo el precio total en función del valor de mercado de cada bien o derecho transmitido, según establece el artículo 79.Dos de la Ley del IVA. Una vez determinada la base imponible de cada bien o derecho, hay que determinar (i) si su transmisión a título individual, esta exenta—por ejemplo, en caso de transmisión de derechos de crédito—o no lo está, (ii) si el tipo de gravamen aplicable es el general o alguno de los tipos reducidos y (iii) si la transmisión da lugar o no a la regularización de los bienes de inversión. Finalmente si, como es habitual, se acordase un precio neto por

la transmisión de activos y pasivos, la base imponible del IVA será la que resulte de adicionar a dicho precio el valor de las deudas asumidas por el adquirente del patrimonio empresarial, según dispone el artículo 78.Dos.7.º de la Ley del IVA.

Por tanto, resultan plenamente justificados los objetivos perseguidos por la no sujeción al IVA de las transmisiones de patrimonios empresariales declarados por la sentencia Zita Modes, de facilitar las transmisiones de empresas, evitar sobrecargar la tesorería del adquirente y simplificar la gestión del tributo. Y podría pensarse en un cuarto objetivo tendente a proteger los intereses de las Administraciones tributarias de los Estados miembros en supuestos de transmisiones fraudulentas de empresas. Si la transmisión estuviese sujeta al IVA, el adquirente podría recuperar la cuota soportada, aun con retrasos, pero si el transmitente está en situación de insolvencia, existe el riesgo de que nunca llegue a ingresarse en el Tesoro Público la cuota repercutida, siendo así que, como ya se ha señalado, dicha cuota tendrá normalmente un importe elevado ⁸.

En este contexto, la irrupción del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» supone una importantísima distorsión que choca frontalmente con los objetivos declarados por la sentencia Zita Modes para la no sujeción al IVA de las transmisiones de patrimonios empresariales ⁹.

En efecto, en nada facilita la transmisión de empresas el hecho de que los inmuebles incluidos en la totalidad de un patrimonio empresarial tributen por el del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», impuesto que, como ya se ha señalado, no es recuperable. Por el contrario, supondrá un obstáculo que las partes implicadas intentarán salvar, bien mediante la puesta en práctica de determinadas planificaciones fiscales —como se expondrá en el punto 6 más adelante—, o bien procediendo a negociar una disminución del precio de la operación, ya que si el adquirente tiene que hacer frente a un impuesto no recuperable, pretenderá compartir ese extra-coste con el transmitente.

Como es sabido las transmisiones de empresas conllevan en la práctica numerosas dificultades, derivadas principalmente de la negociación de los factores que intervienen en la fijación del precio, como la valoración de activos, la cuantificación de pasivos contingentes, la identificación de pasivos ocultos, las garantías a otorgar, etc. Todo ello provoca importantes gastos de auditoría, *due diligence*, tasaciones y honorarios de abogados, entre otros. Pues bien, la existencia de un impuesto no recuperable como lo es el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», que afecta a los inmue-

⁸ Así lo manifiestan BEN TERRA y Julie KAJUS en su obra *A Guide to the European VAT Directives*, Volume 1, pág. 508.

⁹ De esta opinión es José Manuel ALMUCÍ CID, en su artículo «La inaplazable reforma de la Ley del IVA como consecuencia de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional, operaciones vinculadas y exclusión de las operaciones inmobiliarias o financieras no habituales de la regla de la prorata», publicado en *Quincena Fiscal* n.º 15 septiembre 2005, en el que manifiesta que: «Así pues, el hecho de que el transmitente no pueda considerar la operación como sujeta al IVA, cuando entre los activos que integran el patrimonio empresarial se incluyen bienes inmuebles, provoca que una norma destinada inicialmente a aliviar un problema financiero convierta lo que resultaría un coste tributario reembolsable para el adquirente, como consecuencia del mecanismo de deducción en que se basa el IVA, en un coste final. Este último solo podrá recuperarse por el adquirente, de forma parcial, al incorporarlo como mayor valor de adquisición del inmueble a los efectos del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, circunstancia que pone de manifiesto la incompatibilidad existente entre el artículo 7.5 del TRITPyAJD con los objetivos que, como reiteradamente hemos señalado, inspiran el artículo 5.8 de la Sexta Directiva».

bles a transmitir, supondrá una dificultad añadida al buen fin de la operación. Y ello se opone claramente al objetivo de facilitar la transmisión de empresas que preconiza la sentencia Zita Modes.

Asimismo, el objetivo de evitar sobrecargar la tesorería del adquirente que también establece la sentencia Zita Modes, se ve frustrado cuando se le va a exigir al adquirente del patrimonio empresarial, el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», impuesto que, como ya se ha expuesto, no es recuperable y cuyo tipo de gravamen, en torno al 7%, según la Comunidad Autónoma en la que esté ubicado el inmueble, no permite considerar que tiene una mera finalidad de control, sino que cumple plenamente una función recaudatoria.

Podría argumentarse que una cosa son los objetivos de la Sexta Directiva y otra distinta es la exigencia de un impuesto que no tiene las características esenciales de un Impuesto sobre el Volumen de Negocios. Pero es responsabilidad del legislador fiscal dotar de coherencia al sistema tributario. En este sentido, cuando el TJCEE ha fijado con claridad los objetivos que persigue el artículo 5.8 de la Sexta Directiva, sin duda sobre la base de que la transmisión de empresas que se pretende facilitar contribuirá al desarrollo de la economía del país y redundará en beneficio de la economía de la Unión Europea, lo que realmente está haciendo es trasladar al ámbito del IVA, lo que otras normas del Derecho Comunitario ya establecen: la eliminación de trabas fiscales a las operaciones de reorganización empresarial.

Así la Directiva 90/434/CEE establece el régimen de neutralidad y diferimiento en el Impuesto sobre Sociedades para determinadas operaciones de reorganización empresarial, lo que fue incorporado en su momento a la normativa española mediante la Ley 29/1991 y posteriormente incorporado a la Ley del Impuesto sobre Sociedades en sus artículos 83 y siguientes. Dicha Directiva establece que su finalidad es permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional. Bien es cierto que la Ley del IVA concede un régimen especial a las operaciones de reorganización empresarial en su artículo 7.1.º b), que, a los efectos que ahora interesan, consiste en la no tributación efectiva por impuesto indirecto alguno de los inmuebles incluidos en el patrimonio empresarial. Esto se consigue a través del mecanismo de la sujeción al ITPAJD concepto «Operaciones Societarias», con exención. Pero no es menos cierto que también disfrutan del régimen de neutralidad y diferimiento las aportaciones no dinerarias especiales, tal como prevé el artículo 94 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Por tanto, si la mera aportación de activos aislados se considera susceptible de beneficiarse del régimen de neutralidad y diferimiento, carece de sentido penalizar fiscalmente la transmisión de todo el patrimonio empresarial mediante compra-ventas directas de empresas. Además, el régimen de diferimiento de las plusvalías es renunciable, según establece el artículo 84.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, lo que significa que prevalece la finalidad de no poner obstáculos fiscales a las reorganizaciones empresariales, concediendo a las empresas implicadas la opción fiscal que más favorezca la neutralidad.

Por otro lado, es preciso destacar que la normativa fiscal española que regula el régimen de neutralidad de las reorganizaciones empresariales, también ha tenido en cuenta el efecto distorsionador que provocaría la aplicación del ITPAJD concepto «Operaciones Societarias», cuyo tipo de

gravamen es el 1%, a las operaciones de tal naturaleza que se produzcan en la reorganización empresarial. Así las fusiones, escisiones, aumentos de capital, disoluciones y constitución de sociedades estarán sujetas al ITPAJD concepto «Operaciones Societarias», pero exentas, siempre que cumplan los requisitos de aplicación del régimen de neutralidad.

En este contexto resulta totalmente anacrónico y distorsionador que exista un impuesto sobre los inmuebles incluidos en un patrimonio empresarial, como es el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», con el agravante adicional de no ser recuperable. La persistencia de este impuesto priva de la coherencia necesaria a nuestro sistema fiscal y se contrapone a los objetivos de, al menos, dos Directivas comunitarias.

3. *Incongruencia de la aplicación del ITPAJD.*

Como ya se ha señalado, tanto el artículo 5.8 de la Sexta Directiva, como el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE, establecen que los Estados miembros están facultados para considerar que la transmisión de una universalidad total o parcial de bienes no supone la realización de una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente.

Habiendo utilizado España esta facultad, considerando no sujetas al IVA determinadas transmisiones de patrimonios empresariales, se plantea la cuestión de la falta de congruencia que supone que una misma operación no suponga la realización de una entrega de bienes y simultáneamente, respecto de los inmuebles incluidos en el patrimonio empresarial transmitido, suponga una transmisión patrimonial onerosa.

En este sentido, se pronuncia FALCÓN Y TELLA¹⁰ tras analizar el contenido del artículo 5.8 de la Sexta Directiva, cuando afirma que «Si a efectos fiscales hay ‘continuación de la personalidad’ del cedente... no puede considerarse que exista ninguna transmisión ni a efectos de IVA ni a efectos de Transmisiones Patrimoniales Onerosas». En la misma línea, GARCÍA-HERRERA BLANCO¹¹ mantiene que: «... la continuidad en la personalidad del cedente a que se refiere el artículo 5.8 de la Sexta Directiva debe llevar a excluir la sujeción de los inmuebles a Transmisiones Patrimoniales Onerosas, en contra de lo previsto en el artículo 7.5 del vigente Texto Refundido. En este sentido, nuestro ordenamiento interno resulta incompatible con la normativa comunitaria».

Hay que reconocer que no parece congruente que la normativa fiscal española considere que existe una transmisión patrimonial onerosa en una operación respecto de la cual la Sexta Directiva considera que no existe entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente.

Estas contradicciones ponen de relieve la incongruencia que resulta de la aplicación del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», a los inmuebles incluidos en un patri-

¹⁰ Ramón FALCÓN Y TELLA. Revista *Impuestos* número 14/1993, pág. 1.163.

¹¹ Cristina GARCÍA-HERRERA BLANCO «La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial y el Impuesto sobre el Valor Añadido (A propósito de la sentencia del TS de 1 de octubre de 1996)». *Quincena Fiscal*, número 13, 1997. Pág. 44.

monio empresarial que se transmite. Lo que no constituye una entrega de bienes, difícilmente puede considerarse una transmisión patrimonial, máxime cuando el adquirente continúa la personalidad del transmitente.

Podría argumentarse que el concepto de entrega de bienes en el IVA es autónomo y distinto del concepto de transmisión en el ITPAJD, con apoyo en la sentencia del TJCEE de 8 de febrero de 1990 (Asunto C-320/1988) que 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»¹². Pero precisamente eso es así porque el concepto de entrega de bienes en el IVA es muy amplio y además de comprender las transmisiones jurídicas, también cubre las denominadas transmisiones económicas, es decir, aquellas operaciones en las que no existe jurídicamente transmisión pero los efectos económicos son muy similares.

Así ocurre, por ejemplo, con las «entregas» de bienes en el marco de un contrato de arrendamiento financiero existiendo compromiso de ejercitar la opción de compra: jurídicamente la propiedad permanece en el arrendador financiero, pero a efectos del IVA se considera que existe entrega de bienes al arrendatario financiero desde el momento de la puesta a disposición de los mismos. En todo caso, lo que concluye la sentencia del TJCEE anteriormente referida es que el concepto de entrega de bienes en la Sexta Directiva debe interpretarse como la transmisión del derecho a disponer de un bien como propietario, aunque no exista transmisión civil de la propiedad. Por tanto, al ser más amplio el concepto de entrega de bienes en el IVA que el concepto de transmisión en el ITPAJD, resulta aún más contradictorio que la transmisión de un patrimonio empresarial no se considere una entrega de bienes a efectos del IVA y sin embargo se pueda considerar una transmisión a efectos de ITPAJD.

En consecuencia, el argumento de la autonomía del ITPAJD respecto del IVA, no hace sino poner de manifiesto una doble incongruencia: por un lado la que supone que exista dentro del mismo sistema fiscal un tratamiento contradictorio de una misma operación en el IVA y en el ITPAJD; y, por otro lado, si se postula la autonomía de ambos impuestos entre sí, no tiene ningún sentido que el ITPAJD se inmiscuya en el ámbito de las operaciones entre empresarios, que es propio del IVA. Y es responsabilidad del legislador fiscal dotar de congruencia al sistema tributario en su conjunto.

4. La teoría de los actos empresariales.

Parece claro que el IVA es un impuesto destinado a aplicarse a empresarios o profesionales como sujetos pasivos, siendo los particulares los destinatarios finales del IVA puesto que, a diferencia de los empresarios o profesionales, soportan el impuesto pero no lo pueden deducir. Esto forma parte de la filosofía básica del IVA y así de desprende del articulado de su Ley reguladora, principalmente el artículo 4. Uno, que establece que:

¹² De esta opinión es Antonio VICTORIA SÁNCHEZ, tal como lo pone de manifiesto en su artículo «Las transmisiones globales del patrimonio empresarial y su tratamiento en el Impuesto sobre el Valor Añadido», publicado en *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, número 21/2002, pág. 54.

«Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales...».

Por el contrario, el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», es un impuesto que está destinado principalmente a gravar las operaciones realizadas por los particulares.

Tanto la Ley del IVA, como la Ley del ITPAJD, establecen un sistema de incompatibilidad entre ambos impuestos que quiebra en supuestos de determinadas operaciones inmobiliarias. Así, las operaciones sujetas al IVA no estarán sujetas al ITPAJD, por el concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», salvo que se trate de las siguientes operaciones inmobiliarias cuando queden exentas del IVA:

- Segundas y ulteriores entregas de edificaciones.
- Arrendamientos de inmuebles.
- Constitución o transmisión de derechos reales de uso y disfrute sobre inmuebles.
- Transmisión de valores de sociedades cuyo patrimonio esté constituido, al menos, en un 50% por inmuebles situados en España.

De este modo, parece que la intención del legislador es gravar efectivamente las transmisiones inmobiliarias bien por el IVA, bien por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas». Y precisamente va a ser esa «intención» no declarada pero subyacente en la normativa de ambos impuestos, la que va a provocar la irrupción en el ámbito de las operaciones entre empresarios de un impuesto que debería aplicarse exclusivamente a la esfera de las relaciones entre particulares, como es el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas».

En este sentido manifiesta JIMÉNEZ-BLANCO¹³ que: «...no es admisible señalar que toda operación no sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, es operación sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, o viceversa. Puede darse el caso... de transmisiones u operaciones que se encuentren al margen de uno y otro impuesto, de forma que no es válida la afirmación de que lo que no está sujeto en IVA lo está en ITP..., ya que, para que se produzca la sujeción a este último es necesario que se trate de una operación realizada al margen del tráfico empresarial».

Bien es cierto que, respecto de las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, es posible someter la operación al IVA, ya que la normativa española permite que el transmitente renuncie a la exención del IVA, aunque la renuncia a la exención fue una medida tardía del legislador español y además está sometida a la condición de que el adquirente pueda deducirse la totalidad del IVA soportado. En efecto, la Ley 30/1985, nuestra primera Ley del IVA, no contemplaba la posibilidad de renuncia a la exención, por lo que las segundas y ulteriores entregas de edificaciones tributaban por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», salvo que dichas entregas se efectuasen en el marco de una operación societaria.

¹³ José Ignacio JIMÉNEZ-BLANCO, *op. cit.* Pág. 93.

Afortunadamente, sobre la base de la opción prevista en el artículo 13.C de la Sexta Directiva, se introdujo, mediante la Ley 37/1992, la posibilidad de renuncia a la exención del IVA, aplicable desde el 1 de enero de 1993, con lo que las segundas y ulteriores entregas empresariales de edificaciones ya pueden volver al ámbito de la sujeción al IVA sin exención, ámbito al que indudablemente pertenecen estas operaciones y del que nunca debería privárselas.

Sin embargo, respecto de los inmuebles incluidos en la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando la operación no esté sujeta al IVA se producirá, en principio, la tributación por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», sin que el legislador español haya adoptado medida alguna para evitar la indebida intromisión de este impuesto en operaciones realizadas entre empresarios.

Con la primera Ley del IVA, Ley 30/1985, el Tribunal Supremo sostuvo la tesis de que la transmisión global de una empresa no constituye, en ningún caso, una operación realizada en el ejercicio de una actividad empresarial, en su sentencia de 1 de octubre de 1996. Sin embargo, esta tesis, contestada por un amplio sector de la doctrina ¹⁴, no prosperó.

Actualmente la vigente Ley del IVA, Ley 37/1992, interpretada conjuntamente con la vigente Ley del ITPAJD, llevan claramente a la conclusión de que la transmisión de una empresa es un acto empresarial. Así se desprende principalmente de los siguientes preceptos:

- El artículo 4.Dos a) de la Ley del IVA que declara que las sociedades mercantiles son en todo caso empresarios o profesionales, al establecer expresamente que las entregas de bienes y las prestaciones de servicios efectuadas por las sociedades mercantiles se entienden, en todo caso, realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional.
- El artículo 4.Dos b) de la Ley del IVA que establece que se entenderán en todo caso realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional las transmisiones a terceros de la totalidad de los bienes y derechos que integren el patrimonio empresarial o profesional de los sujetos pasivos, incluso las efectuadas con ocasión del cese en el ejercicio de las actividades económicas que determinan la sujeción al impuesto.
- El artículo 7 de la Ley del IVA que, a pesar de que regula supuestos de no sujeción al impuesto, realmente contiene operaciones de innegable naturaleza empresarial, como las entregas gratuitas de muestras u objetos publicitarios, los servicios de demostración, etc. Como ya se ha comentado en el punto 2 del apartado A anterior, se plantea en relación con este precepto la cuestión de si la transmisión del patrimonio empresarial debe considerarse como una exención técnica o como un supuesto de no sujeción. En todo caso, con independencia del mayor o menor rigor técnico, lo cierto es que el hecho de que una operación esté incluida en los supuestos de no sujeción del artículo 7, no presupone que no se trate de un acto empresarial. Además, la propia dicción literal del apartado 1 a) de este artículo, condiciona la no sujeción a que el adquirente del patrimonio empresarial continúe las mismas actividades que el transmitente. Esta condición, sobre no ser compatible con la Sexta Directiva, supone que si el

¹⁴ Véase nota 1.

adquirente no la cumple, por llevar a cabo otras actividades empresariales distintas a las que efectuaba el transmitente, la operación estaría sujeta al IVA. Y en este supuesto, no es justificable que una transmisión del patrimonio empresarial tenga carácter empresarial cuando el adquirente no continúa las mismas actividades del transmitente y que la misma transmisión no tenga tal carácter empresarial cuando hay continuación de actividades.

- El artículo 95.Uno de la Ley del IVA que señala que no son deducibles las cuotas soportadas en las adquisiciones de bienes y servicios que no se utilicen directa y exclusivamente en actividades empresariales. Esto significa que si una transmisión de una empresa no fuese una operación empresarial, las cuotas soportadas en la adquisición no serían deducibles. Sin embargo, el artículo 107.Cinco de la Ley del IVA, prevé que el adquirente de un patrimonio empresarial se subroga en la posición del transmitente respecto del régimen de ajuste de las deducciones de los bienes de inversión, considerándose que no procede regularización en concepto de transmisión de los bienes de inversión durante el periodo de regularización, con motivo de la transmisión del patrimonio empresarial. Evidentemente, si la Ley del IVA regula el régimen de deducciones del adquirente de un patrimonio empresarial, relativo, precisamente, a los bienes adquiridos, es porque considera que dicha transmisión es un acto empresarial.
- El artículo 7.5 de la Ley del ITP que establece que «no estarán sujetas al concepto de ‘transmisiones patrimoniales onerosas’ del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, las operaciones enumeradas anteriormente, cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido». Es decir, que los actos empresariales no están sujetos con carácter general al ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», con la salvedad relativa a los inmuebles incluidos en la totalidad de un patrimonio empresarial.

En consecuencia, tratándose la transmisión del patrimonio empresarial de un acto empresarial –aunque se trate del último acto del empresario–, no debería existir la posibilidad de aplicar a dicha transmisión el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», aunque solo se aplique a los inmuebles incluidos en dicho patrimonio.

5. Existencia de discriminación injustificada.

Como ya se ha señalado, el artículo 20.Dos de la Ley del IVA, permite que el transmitente renuncie a la exención del IVA aplicable, tanto a las segundas o posteriores entregas de edificaciones, como a las entregas de terrenos no edificables, como a las entregas de terrenos a Juntas de Compensación. La renuncia a la exención se condiciona a que el adquirente tenga derecho a la deducción íntegra del IVA soportado.

La Exposición de Motivos de la vigente Ley del IVA, justificaba su existencia en un doble motivo: por un lado, la abolición de fronteras fiscales y la creación del mercado interior, lo que requería

una regulación específica de las operaciones intracomunitarias; y, por otro lado, como consecuencia de la experiencia acumulada desde que se introdujo el IVA en nuestro país el 1 de enero de 1986, *«la necesidad de introducir determinadas modificaciones en su legislación, para solucionar algunos problemas técnicos o simplificar su aplicación»*. Pues bien, formando parte de lo que la propia Exposición de Motivos denomina *«Modificaciones para perfeccionar la legislación del Impuesto»*, se justifica la referida renuncia a la exención del IVA en *«evitar las consecuencias de la ruptura de la cadena de las deducciones producida por las exenciones»* y *«permitir el ejercicio de las deducciones»*.

Desde el punto de vista técnico, la posibilidad –aunque sujeta a condiciones– de renunciar a la exención que introdujo la Ley 37/1992, es digna de elogio, puesto que supone que las operaciones inmobiliarias afectadas, cuando se realizan entre empresarios, no escapen, en general, del ámbito del IVA, que es al que pertenecen por definición. Ante esta situación, se plantea inmediatamente la discriminación que supone que en la transmisión de un patrimonio empresarial no se haya previsto la posibilidad de que los inmuebles incluidos en dicho patrimonio no tributen por el ITPAJD, concepto *«Transmisiones Patrimoniales Onerosas»*, sino por el IVA, cuando se adquieran por empresarios.

Evidentemente, la finalidad en ambos casos es la misma: respetar la neutralidad del impuesto y no romper injustificadamente la cadena de deducciones cuando se trata de operaciones entre empresarios. Bien es cierto que tanto la Sexta Directiva, como la Directiva 2006/112/CE, prevén la posibilidad de renuncia a la exención de determinadas operaciones inmobiliarias y no prevén la renuncia a la no sujeción de las transmisiones de empresas; pero no es menos cierto que, como se comentará en el punto 7 a continuación, otros países de la Unión Europea han conseguido aplicar el régimen de no sujeción al IVA sin gravar significativamente la transmisión de inmuebles incluidos en el patrimonio empresarial.

Adicionalmente hay que señalar que la normativa comunitaria permite a los Estados miembros que hayan optado por aplicar la regla de la no entrega en las transmisiones de una universalidad total o parcial de bienes, adoptar las medidas adecuadas para evitar el falseamiento de la competencia o la evasión fiscal.

Sobre la base de esta autorización de la normativa comunitaria tendría sentido modificar la Ley del IVA al objeto de excluir los inmuebles de la regla de no sujeción, de tal modo que la transmisión del patrimonio empresarial excepto los inmuebles, quedase no sujeta al IVA y la transmisión de los inmuebles quedase sujeta al impuesto. Con ello los inmuebles incluidos en el patrimonio empresarial transmitido tributarían en las mismas condiciones que cualquier otra transmisión inmobiliaria –entrando en juego la exención y el mecanismo de renuncia a la misma– lo que favorecería la competencia y la neutralidad del sistema fiscal, puesto que un potencial adquirente tributaría del mismo modo tanto si adquiere un inmueble de una empresa en el curso ordinario de sus negocios, como si lo adquiere con motivo de la venta en bloque del patrimonio de dicha empresa.

En este sentido se pronuncia la sentencia Zita Modes, que, en consonancia con la Sexta Directiva, únicamente permite excepciones a la regla de no sujeción al IVA de la totalidad del patrimonio empresarial cuando se puedan producir distorsiones en la competencia. Así, en su punto 49 señala que *«...un Estado miembro que hace uso de la facultad conferida por la primera frase del artícu-*

lo 5, apartado 8, de la Sexta Directiva debe aplicar la regla de la no entrega... a toda transmisión de una universalidad total o parcial de bienes y no puede, por tanto, limitar la aplicación de dicha regla solo a algunas de estas transmisiones, salvo en las condiciones previstas en la segunda frase del mismo apartado». Aunque este punto se refiere a la imposibilidad de excluir de la no sujeción al IVA de «transmisiones» de una universalidad total o parcial de bienes y no de «elementos determinados dentro de una transmisión concreta» como sería el caso de los inmuebles, resulta significativo el hecho de que esa imposibilidad quiebra cuando se trata de evitar distorsiones en la competencia.

En conclusión, la misma motivación que impulsó al legislador de 1992 a modificar la primera Ley del IVA para incluir la posibilidad de renunciar a la exención en determinadas operaciones inmobiliarias, existe ahora y debe impulsar al legislador a modificar la ley actual, para excluir de la tributación por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», la transmisión de inmuebles incluidos en un patrimonio empresarial.

6. La finalidad anti-elusión.

En ocasiones se esgrime como argumento que justifica la existencia del último párrafo del artículo 7.5 de la Ley del ITPAJD, la finalidad de impedir operaciones fraudulentas consistentes en efectuar auténticas transmisiones de inmuebles bajo la forma aparente de transmisión de una empresa ¹⁵. Este argumento suele establecer un paralelismo entre el referido artículo 7.5 y la tributación por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», de la transmisión de acciones de sociedades con patrimonio predominantemente inmobiliario, que establece el artículo 108 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores.

Con independencia de las críticas que ha efectuado la doctrina al artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores ¹⁶, en el supuesto del artículo 7.5 de la Ley del ITPAJD, objeto de examen, no solo no se justifica la finalidad anti-elusión, sino que además, con su actual redacción, se abre la puerta a ciertas posibilidades de fraude.

En efecto, el ejemplo típico en el que la transmisión de una empresa podría disfrazar la mera transmisión de inmuebles, sería el de una empresa cuyo único activo estuviese constituido por inmuebles. En este supuesto, con la normativa actualmente en vigor, todos los inmuebles tributarían por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», con independencia de que se tratase de edificaciones de nueva construcción o usadas, tributación que carece de toda lógica, especialmente en los casos de primeras transmisiones de edificaciones efectuadas entre empresarios.

Si comparamos esta situación con la que se produciría de no existir el supuesto de no sujeción del artículo 7.1 a) de la Ley del IVA, nos encontraríamos con que habría sujeción al IVA sin exención

¹⁵ José Ignacio JIMÉNEZ-BLANCO *op. cit.* Pág. 95.

¹⁶ Sirva como ejemplo el artículo de Eduardo SANFRUTOS GAMBÍN «El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores y las modificaciones proyectadas», publicado en el Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Número 34, septiembre 2006.

en las primeras entregas de edificaciones y en las segundas o ulteriores habría exención renunciable si el adquirente tiene derecho a la deducción íntegra del IVA soportado. Y si el adquirente no tiene este derecho, la operación llegaría finalmente a tributar por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas». Con ello se ubicarían las transmisiones de inmuebles incluidos en un patrimonio empresarial en el mismo lugar que el resto de transmisiones inmobiliarias efectuadas por empresarios.

Finalmente, si lo que pretendió el legislador de 1992 era evitar la «elusión» que se produciría de considerarse la no sujeción de la transmisión del patrimonio empresarial al IVA y simultáneamente la no sujeción al ITPAJD concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», hay que señalar que resultaría de aplicación en estos supuestos el ITPAJD, concepto «Actos Jurídicos Documentados», por cumplirse todos los requisitos para ello. Efectivamente, la transmisión de los inmuebles a favor del adquirente, supondría la existencia de una escritura pública, con contenido valuable, inscribible en el Registro de la Propiedad, sin que la operación quedase sujeta al concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» ni al concepto «Operaciones Societarias» del ITPAJD, ni al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. De este modo, con la tributación de los inmuebles por el ITPAJD, concepto «Actos Jurídicos Documentados», se conseguiría el doble objetivo de control de estas operaciones y de evitar la no tributación de la transmisión de los inmuebles incluidos en un patrimonio empresarial. Es cierto que la recaudación sería inferior, ya que el tipo de gravamen del ITPAJD, concepto «Actos Jurídicos Documentados» es generalmente del 1%, aunque puede variar en las distintas Comunidades Autónomas, pero no hay que olvidar que se trata de una operación que se pretende facilitar, que no se considera entrega de bienes y en la que el beneficiario continúa la personalidad del cedente.

Resulta realmente difícil otorgar una finalidad anti-elusoria al último párrafo del artículo 7.5 de la Ley del ITPAJD en el supuesto analizado, es decir, cuando el único activo de la empresa que transmite su patrimonio es, precisamente, un inmueble. En efecto, de existir sujeción al IVA, la transmisión tributaría bien por el IVA en cuyo caso tributaría también por el ITPAJD, concepto «Actos Jurídicos Documentados», o bien, en caso de exención del IVA, por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas»; y de no existir sujeción al IVA ni al ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», la transmisión del inmueble tributaría por el concepto «Actos Jurídicos Documentados» del ITPAJD. Luego en todas las alternativas expuestas a la tributación actual, no se produciría elusión alguna, si bien en cualquiera de ellas se evitaría el absurdo de hacer tributar la primera transmisión de edificaciones entre empresarios con derecho a la deducción total del IVA por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas».

Pero existen otras situaciones de hecho en las que podría producirse elusión sin que el artículo 7.5 de la Ley del ITPAJD lo impida. Por ejemplo, cuando se transmite una empresa y el adquirente tiene una prorrata de deducción muy baja, puede ocurrir que los activos inmobiliarios supongan un valor muy reducido en comparación con el resto de activos. Y en este supuesto, la normativa española permite que los activos de más valor se transmitan sin IVA y sin ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», puesto que no existe operación como tal sino subrogación en actividades empresariales.

Por tanto, este supuesto de tributación por el concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» del ITPAJD, no supondrá necesariamente evitar elusión fiscal alguna, sino que, en la práctica, lo único que provoca es una mayor recaudación por este impuesto. Todo ello siempre que los contribuyentes no pongan en práctica determinados esquemas de planificación fiscal, que, en general, deben calificarse como economías de opción. Basta simplemente con efectuar transmisiones parciales del patrimonio empresarial, que quedarán sujetas al IVA, para que el problema quede reducido a la tributación de la última porción de dicho patrimonio.

Si por algún motivo estratégico, en esta última porción no se incluyen los inmuebles –ya transmitidos en anteriores transmisiones parciales– el problema quedaría resuelto íntegramente. O también podría transmitirse todo el patrimonio empresarial menos los inmuebles, que se pueden ceder en arrendamiento sea sin opción de compra o con opción de compra pero sin compromiso de ejercitarla. Caben estas y algunas otras soluciones para afrontar esta situación.

No parece, en suma, que a una norma cuyos efectos se pueden eludir con relativa facilidad, se le pueda atribuir razonablemente el carácter de norma anti-elusión.

En el ámbito del IVA, la situación es, paradójicamente, peor puesto que la Ley del IVA permite que se produzcan distorsiones en el impuesto, que atentan contra la recaudación del IVA.

En efecto, la incorporación del contenido del artículo 5.8 de la Sexta Directiva a la Ley del IVA, no solo se ha efectuado de modo incorrecto, tal como se expondrá en el punto 8 siguiente, sino que también se ha efectuado de modo incompleto. A los efectos que ahora interesan, la Sexta Directiva establece una norma anti-elusión para que los Estados miembros adopten *«en los casos en que el beneficiario no esté plenamente sujeto al impuesto las medidas adecuadas a fin de evitar el falseamiento de la competencia»* y *«para evitar la evasión o el fraude fiscales»*.

Pues bien, el legislador español no ha adoptado ninguna medida para evitar este tipo de falseamientos o evasiones, de modo que una sociedad que no tenga derecho a deducir la totalidad del IVA soportado, por tener una prorrata inferior al 100%, puede adquirir un patrimonio empresarial sin soportar el IVA, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 7.1 a) de su Ley reguladora y siempre que no se trate de inmuebles que tributarían por el ITPAJD.

Sin embargo, si ese mismo empresario en prorrata adquiere los mismos bienes separadamente y no en bloque, soportaría unas cuotas del IVA que solo podría deducir en función de su porcentaje de prorrata.

Precisamente para evitar, entre otras cosas, que sujetos pasivos en prorrata adquieran bienes sin repercusión del IVA, la normativa comunitaria permite a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias, que, en este caso, deberían apuntar a la exclusión de la no sujeción al IVA de las transmisiones de empresas cuando el adquirente no pueda deducir todo el IVA soportado. De este modo, dicho adquirente en prorrata, soportaría las correspondientes cuotas del impuesto y deduciría exclusivamente las que resultasen de aplicar su prorrata de deducción.

En conclusión, mientras que los efectos del último párrafo del artículo 7.5 de la Ley del ITPAJD son relativamente evitables, los efectos del artículo 7.1.a) de la Ley del IVA, pueden provocar distorsiones que favorecen injustificadamente a sujetos pasivos en prorrata y que, además, significan pérdidas de recaudación del impuesto. Frente a esta situación, hay que insistir en que el legislador fiscal debe efectuar las modificaciones necesarias para obtener una mayor coherencia del sistema fiscal, máxime cuando ello conduce a la eliminación simultánea de mermas en la recaudación.

7. Algunos ejemplos de Derecho comparado.

Es significativo que numerosos países de nuestro entorno hayan resuelto el problema de la transmisión de inmuebles incluidos en la totalidad de un patrimonio empresarial de forma distinta a la existente en la normativa española.

Así, en Bélgica, tras haberse ejercitado la opción del artículo 5.8 de la Sexta Directiva, no se exige, en principio, ni el IVA ni ningún impuesto indirecto sobre las transmisiones de inmuebles, incluidos en una universalidad total o parcial de bienes que se transmiten, siempre que se cumplan determinados requisitos formales. Únicamente se exigen unos derechos simbólicos por el cambio de titularidad de los inmuebles en los registros públicos correspondientes.

Por su parte, el Reino Unido, si bien exige el Stamp Duty Land Tax (SDLT) con carácter general en las transmisiones inmobiliarias, otorga un tratamiento fiscal más favorable a las transmisiones de empresas, puesto que cuando se aplica el régimen de no sujeción al IVA, el SDLT se aplica sobre una base inferior, es decir, sobre el precio del inmueble sin IVA, ya que la transmisión del inmueble incluido en el patrimonio empresarial no está sujeta al IVA. Además, el tipo de gravamen del SDLT, es inferior al tipo del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», aproximadamente en un 50%.

Finalmente, la normativa aplicable en Francia a la tributación indirecta de las transmisiones de empresas, tras la modificación operada en el Código Fiscal Francés con efectos 1 de enero de 2006, se contiene en el artículo 257 bis de dicho Código, que establece la no sujeción al IVA de las transmisiones de patrimonios empresariales que cumplan los requisitos del artículo 5.8 de la Sexta Directiva. Como quiera que no se exige otro impuesto indirecto más que los derechos de registro de inmuebles en los correspondientes registros públicos, que son de importe poco significativo, la situación en Francia es de pleno respeto a la Sexta Directiva y a la finalidad de facilitar las transmisiones de empresas y evitar sobrecargar la tesorería del adquirente.

Todas estas soluciones parecen mucho más razonables y acordes con los objetivos de la Sexta Directiva, que someter los inmuebles incluidos en un patrimonio empresarial a gravamen por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», un impuesto no recuperable con un tipo de gravamen no simbólico —generalmente el 7%— y que además varía en función de la Comunidad Autónoma en la que estén ubicados los inmuebles.

8. El concepto de patrimonio empresarial después de la sentencia Zita Modes.

Como ya se ha expuesto, la redacción del artículo 5.8 de la Sexta Directiva es esencialmente idéntica a la del artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE, por lo que el análisis de la sentencia Zita Modes resulta plenamente aplicable aun después de la derogación de la Sexta Directiva.

La sentencia Zita Modes [(Asunto C-497/01), NFIJ015629] parte de la opción prevista en el artículo 5.8 de la Sexta Directiva, que permite a los Estados miembros considerar que no existe entrega de bienes en los supuestos que detalla dicho precepto, de transmisión de una universalidad total o parcial de bienes. Pero una vez ejercitada dicha opción, los Estados miembros deben aplicar la regla de la no entrega de bienes a toda transmisión, en los precisos términos que establece el artículo 5.8 de la Sexta Directiva. Es decir, los Estados miembros pueden optar por la sujeción o no al IVA de la transmisión de empresas, pero una vez ejercitada dicha opción no pueden separarse del concepto de transmisión de una universalidad total o parcial de bienes que contiene dicha Directiva.

Continúa la sentencia señalando que la regla de la no entrega de bienes constituye un concepto autónomo de Derecho Comunitario que tiene por objeto evitar divergencias de un Estado miembro a otro en la aplicación del IVA.

Dado que la Sexta Directiva no contiene ninguna definición del concepto «transmisión, a título oneroso o gratuito o bajo la forma de aportación a una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes», la referida sentencia establece que por las exigencias de aplicación uniforme del Derecho Comunitario, debe darse a dicho concepto una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, teniendo en cuenta que no existe ninguna norma de Derecho Comunitario que contenga una remisión al Derecho de los Estados miembros. En efecto, el artículo 5.8 de la Sexta Directiva no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para que estos, a través de su normativa nacional, puedan determinar el sentido y el alcance del concepto de transmisión de una universalidad total o parcial de bienes.

En consecuencia con lo anterior, la sentencia Zita Modes resulta de fundamental importancia para delimitar el alcance del artículo 5.8 y su finalidad, que es la de facilitar las transmisiones de empresas o partes de empresas, simplificándolas y evitando sobrecargar la tesorería del beneficiario. Por lo que se refiere al concepto de «Transmisión, a título oneroso o gratuito o bajo la forma de aportación a una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes», la referida sentencia señala que este concepto *«comprende la transmisión de un establecimiento mercantil o de una parte autónoma de una empresa con elementos corporales y, en su caso, incorporales que, conjuntamente constituyen una empresa o una parte de una empresa capaz de desarrollar una actividad económica autónoma, pero que no comprende la mera cesión de bienes, como la venta de existencias»*.

Ahora bien, si se analiza el contenido del artículo 7.1.º de la Ley del IVA y se compara con lo dispuesto en el artículo 5.8 de la Sexta Directiva y su interpretación por el TJCEE, se llega fácilmente a la conclusión de que el supuesto de no sujeción que prevé la normativa española es mucho más restrictivo que el concepto de la Sexta Directiva. En efecto, el referido artículo 5.8 no establece

la condición de que deba existir un único adquirente del patrimonio empresarial, como tampoco exige que dicho adquirente continúe las mismas actividades que el transmitente; ni exige que se cumplan los requisitos del régimen de neutralidad y diferimiento; ni tampoco exige que en los supuestos de transmisiones parciales se realice una operación societaria de escisión. Sin embargo, no es el objeto de este trabajo analizar estas contravenciones a la Sexta Directiva y sus consecuencias.

Solo interesa destacar en este momento el supuesto de aportación parcial de un patrimonio empresarial o, en términos de la Sexta Directiva, transmisión de una universalidad parcial de bienes. Siguiendo el concepto del artículo 5.8 bastaría con que una empresa transmitiese una parte de su patrimonio empresarial que sea capaz de desarrollar una actividad económica autónoma para que se considerase que no existe entrega de bienes.

No obstante, con la normativa española, o bien existe una escisión parcial o una aportación de rama de actividad que se pueda beneficiar del régimen de neutralidad y diferimiento en el Impuesto sobre Sociedades, en cuyo caso la operación estaría no sujeta al IVA en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 b) de la Ley del IVA, o bien se produce la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial en favor de un solo adquirente que continúa las mismas actividades del transmitente, en cuyo caso se aplicaría el supuesto de no sujeción del artículo 7.1 a) de la Ley del IVA. Pero si se procede a realizar una venta de una parte del patrimonio empresarial capaz de desarrollar una actividad económica autónoma, sin que se realice operación societaria alguna, puesto que se trata de una mera compra-venta, esta operación no tributaría por ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» puesto que según la normativa española la operación quedaría sujeta al IVA; sin embargo, la operación no quedaría sujeta al IVA en virtud de lo dispuesto en la normativa comunitaria.

Bastaría en este escenario imaginar un supuesto en el que una empresa proceda a transmitir vía compra-venta una parte de su patrimonio que cumple los requisitos para ser considerada como una «universalidad parcial» de bienes, considerando que, conforme a la Ley del IVA, la operación queda sujeta al IVA y reflejándolo así en las autoliquidaciones del impuesto. En un momento posterior, la empresa se percató de que, por aplicación de la normativa comunitaria, la operación debe ser considerada como no sujeta al IVA, por lo que procede a impugnar dichas autoliquidaciones. Una vez que el Tribunal correspondiente estimase la reclamación por aplicación del Derecho Comunitario, se declararía la operación no sujeta al IVA y cabría la tributación por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», salvo que en ese momento temporal hubiese ya prescrito el derecho a la Administración para liquidar el ITPAJD. Nos encontramos, por tanto, con nuevas posibilidades de evitar el ITPAJD en este tipo de operaciones. Otro supuesto destacable sería el de una empresa cuyo único activo estuviese constituido por un inmueble. En este supuesto habría que estar a la interpretación que da la sentencia Zita Modes de universalidad total o parcial de bienes, de tal modo que si dicho inmueble puede considerarse como una parte autónoma de una empresa capaz de desarrollar una actividad económica propia, la transmisión de dicho inmueble no estaría sujeta al IVA; pero si, por el contrario, el inmueble puede ser considerado como un mero «bien», entonces no se aplicaría el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 5.8 de la Sexta Directiva, con lo que la transmisión del inmueble quedaría sujeta al IVA. Si el inmueble está arrendado, no tiene la consideración de existencias que es el ejemplo que pone la referida sentencia Zita Modes para considerar que no se está transmitiendo una parte autónoma de una empresa, sino simplemente un bien, siendo

así que la mera transmisión de bienes queda sujeta al IVA. Ahora bien, aun no considerándose existencias, sino inmovilizado, podría aún considerarse como un «bien» y si fuese así su transmisión quedaría sujeta al IVA, lo que impediría la tributación por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas».

Como consecuencia de lo anterior, la aplicación del ITPAJD, concepto de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», va a depender en estos supuestos de transmisión de empresa con un único activo inmobiliario, de que dicho activo se pueda considerar una parte autónoma de una empresa o un mero «bien» lo que en la práctica será difícil de determinar y dará lugar a cierta inseguridad jurídica por tratarse de conceptos indeterminados.

En todo caso, hay que tener en cuenta que el tenor literal del artículo 7.5 de la Ley del ITPAJD, cuando establece la tributación por el concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», se refiere exclusivamente a «aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial». Dado que no se hace mención expresa a las transmisiones parciales, es decir, al conjunto de elementos que constituyan una unidad económica autónoma capaz de funcionar por sus propios medios, cabría plantearse la posibilidad de dejar fuera del ámbito del ITPAJD los inmuebles incluidos en las transmisiones de una universalidad parcial de bienes. Naturalmente esta posibilidad responde a una interpretación literal de la norma y no a la posible interpretación teleológica de la misma, que parece apuntar a la evitación de supuestos de no tributación de los inmuebles, de modo que su transmisión tribute, bien por el IVA, bien por el ITPAJD. Sin embargo, sobre la base de los argumentos que se han expuesto a lo largo de este trabajo, podría entenderse que el legislador ha dicho lo que ha querido decir y si hubiera querido decir otra cosa, lo debería haber hecho expresamente. En este sentido, hay que señalar que la interpretación contraria implicaría adentrarse en el proceloso e incierto mundo de las intenciones en el que cabe cualquier interpretación. Este es el sentido del artículo 3 de nuestro Código Civil que establece como primer criterio de interpretación de las normas atender al sentido propio de sus palabras.

III. CONCLUSIONES Y SOLUCIONES ALTERNATIVAS

La tributación de los inmuebles incluidos en un patrimonio empresarial por el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», cuando la operación no queda sujeta al IVA, no contraviene lo dispuesto en el artículo 33 de la Sexta Directiva, ni lo dispuesto en el artículo 401 de la Directiva 2006/112/CE. En efecto, el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», no reúne las características esenciales de un Impuesto sobre el Volumen de Negocios, puesto que no es susceptible de repercusión directa al destinatario, ni tampoco se puede considerar incluido en el precio, ya que es el adquirente del bien inmueble el que deberá auto-liquidar el ITPAJD.

Sin embargo, el ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», se contrapone frontalmente, en el contexto de las transmisiones de patrimonios empresariales, a la finalidad del artículo 5.8 de la Sexta Directiva, que ha sido explicitada por la sentencia Zita Modes y que consis-

te en facilitar las transmisiones de empresas, simplificándolas y evitar sobrecargar la tesorería del adquirente. Parece obvio que la exigencia de un impuesto no recuperable a un tipo de gravamen generalmente del 7% que se aplica sobre el valor real de los inmuebles, en nada facilita la transmisión de una empresa y castiga sensiblemente la tesorería del adquirente. Asimismo, la finalidad de la Directiva 90/434/CEE de aplicar a las reorganizaciones empresariales un régimen de neutralidad, se ve frustrada por la aplicación del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas». Hay que recordar que la normativa fiscal española por la que se transpone al ordenamiento español la Directiva anteriormente referida, incluye dentro del régimen fiscal privilegiado las aportaciones no dinerarias especiales y además declara exentas del ITPAJD, concepto «Operaciones Societarias», las fusiones, escisiones, disoluciones, aumentos de capital o contribución de sociedades que se produzcan en la reorganización empresarial.

Por otro lado, el hecho de que, tanto el artículo 5.8 de la Sexta Directiva, como el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE, establezcan que no existe entrega de bienes en las transmisiones de una universalidad total o parcial de bienes, es abiertamente contradictorio con la consideración como transmisión patrimonial onerosa de los inmuebles incluidos en un patrimonio empresarial que preconiza el artículo 7.5 de la Ley del ITPAJD. Y si se defiende esta contradicción sobre la base de la autonomía del IVA y del ITPAJD, entonces lo que no está justificado es que un acto indudablemente empresarial, como lo es la transmisión de una empresa, pueda quedar sujeto al ITPAJD, aunque solo sea respecto de los inmuebles incluidos en el patrimonio empresarial.

La transmisión del patrimonio empresarial es, sin duda alguna, un acto empresarial. Así se desprende de la normativa del IVA que califica a las sociedades mercantiles como empresarios en todo caso y establece, también en todo caso, que son actividades empresariales las transmisiones de la totalidad de los bienes y derechos que integren el patrimonio empresarial, incluso las efectuadas por cese de las actividades.

En consecuencia, si la transmisión de un patrimonio empresarial se califica como un acto empresarial, dicho acto no debe entrar dentro del ámbito del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas».

Adicionalmente hay que señalar que la intromisión del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», en las transmisiones de patrimonios empresariales no sujetas al IVA, significa una discriminación arbitraria. En efecto, si la Ley del IVA prevé la posibilidad de que determinadas operaciones inmobiliarias exentas queden sujetas al impuesto en virtud de la renuncia a la exención efectuada por el transmitente, no tiene ningún sentido que la transmisión de inmuebles que se produce como consecuencia de la transmisión de una empresa, tribute por el ITPAJD concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», sin posibilidad de que pueda utilizarse algún mecanismo para evitar esta tributación. Supone una discriminación no justificada que las segundas entregas de edificaciones puedan gozar de un régimen fiscal más favorable que las transmisiones de los inmuebles incluidos en la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial.

Indudablemente, resulta paradójico que todo este esfuerzo del legislador fiscal por establecer una norma distorsionadora, que contraviene objetivos de Directivas comunitarias y que resulta en

una discriminación injustificada, quede reducido en la práctica a un esfuerzo casi baldío, ya que existen diversas fórmulas, como por ejemplo las transmisiones parciales del patrimonio empresarial, que permiten evitar la aplicación del ITPAJD en estos supuestos. La pervivencia de una norma técnicamente incorrecta y que produce distorsiones y discriminaciones injustificadas no tiene ningún sentido cuando, además, existen ciertas alternativas o economías de opción para evitar su aplicación.

Lo anterior resulta particularmente grave cuando existen diversos países de nuestro entorno que han dado una solución a este problema totalmente distinta y en línea con los principios inspiradores tanto del IVA, como del fomento de las reorganizaciones empresariales mediante el establecimiento de un régimen de neutralidad fiscal.

Como solución a esta situación, no cabe sino modificar el artículo 7 de la Ley del IVA al objeto de acomodarlo al tenor literal y al espíritu de la normativa comunitaria. Ello incluiría, tanto eliminar las restricciones que impone la Ley del IVA y que no están en la normativa comunitaria, como introducir medidas para evitar el falseamiento de la competencia o la elusión fiscal.

Y respecto del ITPAJD, concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», resulta imperativo, con el fin de dotar de la coherencia necesaria al sistema fiscal, eliminar el último párrafo del artículo 7.5 de su ley reguladora, de tal modo que en caso de no sujeción al IVA de la transmisión del patrimonio empresarial, tampoco se produjese la sujeción al concepto «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» del ITPAJD, siendo suficiente a efectos de control con la tributación por el concepto «Actos Jurídicos Documentados» en el momento de producirse el cambio de titularidad registral de los inmuebles. La aplicación de este último impuesto, al tipo de gravamen en torno al 1% en función de la Comunidad Autónoma competente, justifica la exclusiva finalidad de control y no supone una traba para la reorganización empresarial, ni un elemento distorsionador. El trato más favorable de estas transmisiones de inmuebles incluidos en la totalidad de un patrimonio empresarial, respecto de las demás transmisiones empresariales de inmuebles, está plenamente justificado por la normativa comunitaria, al no existir entrega de bienes y continuar el beneficiario la personalidad del cedente.

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. LA TRIBUTACIÓN DE LOS GRUPOS EUROPEOS EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

(Comentario a la STJCE de 18 de julio de 2007, C-231/05, caso Oy AA) *

JUAN FRANCH FLUXÀ

*Doctor europeo en Derecho.
Universitat de les Illes Balears*

Extracto:

TRATADO CE. Libertad de establecimiento. Evasión fiscal. El artículo 43 del Tratado CE no se opone a un régimen establecido por la normativa de un Estado miembro, según el cual una filial, residente en ese Estado miembro, únicamente puede deducir de su renta imponible una transferencia financiera entre sociedades de un grupo realizada por esta a favor de su sociedad matriz en la medida en que esta última tenga su domicilio en ese mismo Estado miembro.

Palabras clave: libertad de establecimiento, restricción, grupos de sociedades europeos y transferencias transfronterizas.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núms. 293-294, agosto-septiembre 2007 o en *Normacef Fiscal* (NFJ025966).

Sumario

1. Introducción.
2. Compensación transfronteriza de rentas en la Unión Europea.
3. Caso y normativa enjuiciada por la sentencia.
4. Precedentes judiciales.
5. Evaluación de la infracción de las libertades fundamentales del Tratado: fallo favorable a la legislación nacional.
6. Consecuencias del fallo.
7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que es objeto de comentario pretende analizar la reciente resolución al caso Oy AA (de 18 de julio de 2007, C-231/05), en la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) examina la regulación prevista para los grupos de sociedades en la legislación tributaria finlandesa. El aumento de las cuestiones prejudiciales en materia de imposición directa implica que esta no sea su primera sentencia sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de aquellas medidas legislativas que abordan el tratamiento fiscal de las situaciones transfronterizas que se generan en un grupo de sociedades con presencia en distintos países de la Unión Europea. En este sentido, las interpretaciones del Tribunal están sentando las bases de cómo debe ser la regulación de los grupos de sociedades europeos. Sobre esta materia existen actualmente importantes propuestas que a duras penas van abriendo una vía de implantación. En este sentido, los pronunciamientos del TJCE pueden suponer un impulso a la modificación de las legislaciones nacionales que son ciertamente conservadoras y excesivamente reacias a regular determinadas relaciones que superan su ámbito territorial. En este sentido, la normativa interna aplicable a estas situaciones no puede restringir la libertad de establecimiento si tenemos en cuenta que cualquier organización empresarial en forma de grupo en distintos países debe entenderse creada al amparo de dicha libertad. Presentando notorias similitudes con el caso Marks&Spencer (M&S), esta nueva resolución aborda la compatibilidad con el Derecho comunitario de las transferencias de rentas entre sociedades que pertenecen a un mismo grupo de ámbito europeo. Dicha materia es actualmente objeto de debate y, hasta el momento, ha sido imposible alcanzar un acuerdo que permitiera la aprobación de normas relativas a la transferencia de rentas entre empresas de un grupo o a la consolidación transfronteriza. De este modo, el Derecho tributario se aleja de una realidad innegable, la importancia de los grupos de sociedades multinacionales en el mercado europeo y en el contexto actual de la globalización.

2. COMPENSACIÓN TRANSFRONTERIZA DE RENTAS EN LA UNIÓN EUROPEA

En el ámbito de la Unión Europea existen actualmente importantes diferencias entre los distintos regímenes de tributación de los grupos de sociedades, sin olvidar que algunos Estados miem-

bros carecen de un régimen especial que regule la tributación de los grupos de sociedades (Bélgica, Grecia, República Checa). La multiplicidad normativa puede encontrarse tanto en aspectos materiales del propio contenido tributario, así como en aspectos estrictamente formales que afectan a la aplicación del régimen de consolidación o tributación global del grupo ¹. Sucintamente cabe indicar que en el entorno europeo existen tres modalidades para regular la tributación de los grupos de sociedades cuyo contenido esencial se dedica a establecer el método de determinación de la base imponible: así se habla de unidad fiscal/consolidación, seguida en países como Alemania, Austria, Luxemburgo, Francia o España; otra opción sería el *Group contribution*, propio de los Estados escandinavos a excepción de Dinamarca (*Joint taxation*) y, finalmente, el *Group (loss) relief*, característico del ordenamiento jurídico del Reino Unido.

El modelo más extendido, de consolidación, parte del resultado contable de cada una de las entidades que forma el grupo y que posteriormente se computa a nivel de grupo mediante la práctica de determinados ajustes. En el modelo anglosajón, de desgravación de grupo, se produce una transferencia de pérdidas de un Estado miembro a otro, que se aplicará a los resultados positivos que obtenga en ese período otra sociedad del grupo. De este modo, observamos que propiamente no nos encontramos ante un sistema de consolidación sino más bien de compensación de pérdidas ². El sistema de *Group contribution* o aportación de grupo, enjuiciado en el presente caso por el TJCE, se caracteriza por la contribución de beneficios a otras sociedades del grupo que hayan obtenido pérdidas y que, por lo tanto, tras ser incluidas en los resultados de las sociedades receptoras, podrán deducirse por la sociedad aportante ³.

Si atendemos a las características de la mayoría de estos regímenes previstos para la tributación de los grupos, se observa claramente una orientación estrictamente nacional, a excepción de algunos países que contemplan bajo ciertos requisitos la compensación de resultados obtenidos en el extranjero. Este hecho impide y condiciona las propuestas normativas que desde las instituciones comunitarias se han realizado para superar esta situación ⁴.

Respecto al caso que ahora se comenta es importante tener presente que la Comisión Europea en su reciente Comunicación, *Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo*,

¹ Para un estudio más detallado pueden consultarse la ponencia europea y las distintas ponencias nacionales recogidas en AA.VV. *Group Taxation*, Cahiers de droit fiscal international (Vienna Congress of IFA), vol. 89 b, Kluwer law international, 2004.

² Un didáctico y clarificador comentario a este régimen puede encontrarse en el manual de TILEY, J. *Revenue Law* (vol. 2), Hart Publishing, London, 2000, págs. 862 y ss. También, en relación al régimen del Reino Unido puede consultarse SAUNDER/ANTCZACK. *Tolley's corporation tax 2003-04*, Lexis Nexis UK, 2003, págs. 369 y ss.

³ Una interesante y detallada descripción del sistema generalizado en los países escandinavos WIMAN, B. «Equalizing the Income Tax Burden in a Group of Companies», *Intertax*, vol. 28, núm. 10, 2000, págs. 352 y ss. Analizados comparativamente con el Derecho alemán y canadiense, LOCKWOOD, E/PANTALEO, N. «Group taxation and foreign affiliates: selected FAPI and surplus implications», *Canadian tax journal*, núm. 6, 2002, págs. 2.116 y ss.

⁴ Como documento principal podemos citar la Comunicación COM(2001)582 final, de 23 de octubre de 2001, *Hacia un Mercado interior sin obstáculos tributarios: una estrategia para proporcionar a las empresas una base consolidada del Impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria* que vino precedida de un extenso estudio previo SEC (2001)1681 final, *Fiscalidad de las empresas en el mercado interior*. Posteriormente, Comunicación COM (2003)726 final, de 24 de noviembre de 2003, *Un mercado interior sin obstáculos vinculados al impuesto de sociedades: logros, iniciativas actuales y retos pendientes*.

COM (2006) 824, de 19 de diciembre de 2006, manifiesta que la transferencia de pérdidas entre sociedades de un grupo (*intra-group loss transfer*) comprende tanto la transferencia de pérdidas o «deducción intragrupo» (*group relief*) como la transferencia de beneficios y dividendos o «aportación intragrupo» (*intra-group contribution*)⁵.

Existe una notoria reticencia por parte de los Estados miembros a esta opción. Como muy bien recoge la AG KOKOTT en sus conclusiones sobre este caso, independientemente de sus diferencias terminológicas y de calificación jurídica, la deducción de las transferencias financieras o pérdidas de sociedades que forman parte de un mismo grupo conlleva los siguientes riesgos⁶:

- El principio de coherencia o simetría tributaria implica que dicha deducción solo se permita en Finlandia cuando el fisco de ese país tenga igualmente el derecho a gravar los ingresos de la sociedad beneficiaria.
- Las empresas podrían elegir en qué Estado desean gravar sus ingresos, lo que sería contrario al reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.
- Puesto que no está garantizado que estas transferencias serán efectivamente gravadas en la sociedad beneficiaria en el extranjero, en determinadas circunstancias los ingresos quedarían totalmente exentos de impuestos (doble no imposición o los denominados «ingresos blancos»).

Estas consideraciones son un claro reflejo del temor y el recelo que muestran los Estados miembros ante la posibilidad de usar por duplicado las pérdidas o beneficios transferidos entre las sociedades de un grupo. En este sentido, respecto a la compensación de pérdidas, el TJCE se ha alineado de manera muy favorable a las pretensiones y alegaciones de los Estados como veremos en los siguientes apartados.

3. CASO Y NORMATIVA ENJUICIADA POR LA SENTENCIA

La Ley del impuesto sobre las transferencias financieras entre sociedades de un grupo –Laki konserniavustuksesta verotuksessa (825/1986) de 21 de noviembre de 1986 (en adelante, KonsAvL)– permite que las sociedades finlandesas pertenecientes a un grupo puedan deducir las transferencias financieras como gasto. La sociedad finlandesa Oy AA es filial de la empresa británica y forma parte de un grupo que tiene como sociedad dominante la matriz inglesa AA Ltd. La complicada situación económica de la matriz pretende paliarse a través de una «transferencia financiera entre sociedades de un grupo» (definida por el art. 2 de la KonsAvL) que la filial finlandesa ordena a favor de la sociedad británica. Este tipo de operación está permitida por la legis-

⁵ Comunicación COM (2006) 824, de 19 de diciembre de 2006, *Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo*, pág. 7.

⁶ Véase el apartado 33 de las conclusiones de la AG.

lación finlandesa siempre y cuando las sociedades implicadas formen parte de un mismo grupo y se encuentren domiciliadas en Finlandia ⁷. Por este motivo, la Administración tributaria finlandesa (Keskusverolautakunta) consideró que una transferencia realizada por Oy AA en favor de AA Ltd no constituía una transferencia financiera entre sociedades de un grupo, en el sentido del artículo 3 de la KonsAvL, y que, por lo tanto, no podía reputarse como un gasto deducible a efectos de la tributación de su ordenante. La sociedad AA Ltd, cuyo domicilio se encuentra en el Reino Unido, es titular indirectamente, a través de otras dos sociedades, del 100 % de las acciones de Oy AA y, según la normativa enjuiciada, se considera que dichas transferencias serán deducibles tanto en el caso de ser recibidas por una matriz o una filial cuando la matriz es «titular de al menos nueve décimas partes del capital social de otra sociedad por acciones nacional o de una participación en otra sociedad cooperativa nacional (filial)» o la matriz posea dicho porcentaje «junto con una o varias filiales» (art. 3 KonsAvL). Se observa pues que únicamente se cumpliría uno de los dos requisitos necesarios, la participación que permite configurarse como grupo, faltando la condición de residente en el país.

Ante la posible incompatibilidad del régimen tributario descrito con los artículos 43 y 48 del Tratado CE, el Tribunal competente (Korkein hallinto oikeus) solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la siguiente cuestión prejudicial:

«Habida cuenta del artículo 58 CE y de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, ¿deben interpretarse los artículos 43 y 56 CE en el sentido de que se oponen al régimen establecido por la Ley finlandesa sobre transferencias entre empresas de un grupo, que supedita la posibilidad de deducir las transferencias entre empresas de un grupo al requisito de que el autor y el beneficiario de la transferencia sean sociedades nacionales?».

Observamos que tanto la cuestión como algunos de los apartados de la sentencia hacen referencia a la Directiva 90/435 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, que regula el trato fiscal de la distribución de beneficios de una sociedad filial establecida en otro Estado miembro a su sociedad matriz. Por ello entendemos que la AG KOKOTT dictamine que su aplicación no es relevante en el presente caso, por regular una cuestión diferente a la que es objeto de litigio (apdos. 13 y 14 de las conclusiones generales) ⁸.

Podríamos por lo tanto concluir que la cuestión controvertida en este caso es la exigencia relativa a la nacionalidad (finlandesa) que se impone a la sociedad beneficiaria de la transferencia financiera y sus efectos sobre la libertad de establecimiento en el seno de la Unión.

⁷ Para una información detallada de la legislación finlandesa, véase la ponencia nacional en AA.VV. *Group Taxation...* ob.cit., págs. 257 y ss.

⁸ Ante esta posición WIMAN lamenta que el TJCE no aprovechara la ocasión para abordar la difícil cuestión de la interrelación entre el sistema de *group contribution* y el reparto de dividendos, ya que el primero puede suponer un reparto de dividendos o una aportación de capital. WIMAN, B. «Cross-border loss relief in Europe—the case of group contributions», en AA.VV. (ed. Luc and Philippe Hinneken) *Liber amicorum Frans Vanistendael* (próxima publicación).

4. PRECEDENTES JUDICIALES

En las sentencias AMID y Futura, sobradamente conocidas y estudiadas, el TJCE afronta por primera vez el análisis de la compensación de pérdidas transfronterizas con relación a los establecimientos permanentes ⁹. Sin embargo, hasta el reciente caso M&S ¹⁰, motivado por el régimen anglosajón de transferencia de pérdidas (*Group relief rules*), el Tribunal no se había pronunciado sobre la asunción de las pérdidas obtenidas por las filiales extranjeras de una empresa (en esta ocasión en Francia, Bélgica y Alemania) ¹¹. El Tribunal debe determinar, a falta de un derecho vigente que regule este tema, si al amparo de los preceptos del Tratado y desde la preeminencia de las libertades fundamentales, los Estados tienen la obligación de asumir las pérdidas obtenidas por filiales residentes en otros Estados miembros ¹².

Ante este primer caso de compensación transfronteriza de pérdidas entre distintas sociedades, el TJCE considera que «dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo por el valor de las pérdidas transferidas» (apdo. 46 de la sentencia).

Según el TJCE la verdadera exigencia del reparto de la potestad tributaria en el marco del Derecho comunitario «podría requerir que a las actividades económicas de las sociedades establecidas en uno de dichos Estados se les aplique únicamente la normativa tributaria de este, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas» (apdo. 45 de la sentencia al caso M&S).

Existe, por lo tanto, un importante paralelismo entre el caso M&S y el recientemente enjuiciado por el TJCE: la utilización de los beneficios imposables de una sociedad del grupo para cubrir las pérdidas de otra sociedad del grupo y evitar de este modo la tributación de dichos beneficios. El supuesto opuesto se enjuiciaba en M&S aunque el resultado económico de estos «trasvases de renta» sigue

⁹ Vid. STJCE de 14 de diciembre de 2000, asunto AMID (C-141/99) y STJCE de 15 de mayo de 1997, asunto Futura (C-250/95).

¹⁰ Sobre esta sentencia pueden consultarse, entre otros trabajos: SANZ GADEA, E. «La compensación de pérdidas de las filiales extranjeras: Marks&Spencer», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 276, págs. 89 y ss.; CALDERÓN CARRERO, J.M. «Consolidación fiscal e importación de pérdidas: el caso Marks&Spencer», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 257, 2006, págs. 23 y ss. En la doctrina internacional, entre muchos otros, LANG, M. «The Marks & Spencer Case-The Open Issues Following the ECJ's Final Word», *European Taxation*, 2006, págs.54 y ss.; CORDEWENER, A. «Case C-446/03, Marks&Spencer plc v. David Halsey (HM Inspector of taxes)», *Common market law review*, vol. 43, núm. 3, 2006, págs. 855 y ss.

¹¹ No podemos pasar por alto las discusiones doctrinales sobre el diferente trato que reciben las pérdidas de los establecimientos permanentes en el extranjero frente a las de las filiales extranjeras. GUTMANN, D. «The Marks&Spencer case: proposals for an alternative way of reasoning», *EC Tax review*, 2003/3, págs. 154 y ss.

¹² El marco jurídico en el que se produce este asunto puede resumirse de la siguiente manera: la normativa británica del impuesto de sociedades regula un régimen especial denominado *group relief* (desgravación de grupo), mediante el que toda sociedad miembro de un grupo puede ceder sus pérdidas a otra sociedad del mismo grupo que podrá deducir tales pérdidas de sus beneficios sujetos al impuesto. La sociedad cedente pierde por completo el derecho de utilizar a efectos fiscales las pérdidas que ha cedido. Como condición básica de la aplicación de este régimen, dicho mecanismo de desgravación solo puede concederse cuando la sociedad es residente en el Reino Unido o desarrolla allí una actividad comercial.

siendo el mismo: la compensación de bases imponibles que permite reducir el beneficio gravable. Encontramos, pues, en ambos casos una situación de profundo desequilibrio económico entre los distintos Estados donde las sociedades del grupo realizan sus actividades ¹³. Sin lugar a dudas, todas estas circunstancias y las conclusiones de la AG KOKOTT permitían vaticinar que el Tribunal sentenciaría el caso Oy AA de manera muy similar al asunto M&S, donde el equilibrio de las potestades tributarias entre Estados se ve afectado en menor medida que en el caso Oy AA.

Otra importante similitud que presentan ambos casos es el conflicto entre la soberanía fiscal de los Estados miembros a la hora de determinar el ámbito de la compensación de los resultados obtenidos por las sociedades de un grupo y las cuestiones relativas a la supresión de las barreras y obstáculos que impiden el efectivo funcionamiento del Mercado interior.

En el caso M&S el Tribunal afirma que la normativa nacional que impide la compensación transfronteriza de pérdidas no está prohibida por el Derecho comunitario cuando esta pretenda salvaguardar el equilibrio en el reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros interesados, evitar la doble utilización de las pérdidas o, como tercer motivo, prevenir el riesgo de evasión fiscal ante la posibilidad de transferir las pérdidas de una filial no residente a una sociedad residente, que conlleva el riesgo de que las transferencias de pérdidas se organicen dentro del grupo de sociedades y se imputen a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde el valor fiscal de las pérdidas sea mayor (*loss shopping*). En este sentido eran más favorables para la construcción de un nuevo Derecho comunitario las conclusiones del AG POIARES MADURO que la propia sentencia, cuya excesiva prudencia no pretende más que colmar los intereses de los Estados miembros ¹⁴.

Es cierto que este conjunto de riesgos no debe menospreciarse. No obstante, tampoco hay que sobreestimarlos. Es fácil encontrar una respuesta al mismo exigiendo, por ejemplo, que la concesión de la desgravación esté supeditada a determinados requisitos como que las pérdidas de las filiales extranjeras no puedan recibir un trato fiscal ventajoso en el Estado de residencia de las mismas. En este caso, si el Estado de establecimiento de las filiales extranjeras permite que estas imputen sus pérdidas a otra persona o las compensen posteriormente en otros ejercicios fiscales, el Reino Unido estará legitimado para oponerse a la solicitud de cesión transfronteriza de dichas pérdidas. En tales circunstancias, la desgravación deberá solicitarse en el Estado de establecimiento. De este modo, las sociedades no serán libres para elegir el lugar de imputación de sus pérdidas.

Acertadamente el AG POIARES MADURO consideró que la denegación impugnada en el presente asunto constituye una «restricción a la salida», caracterizada por el hecho de someter a un trato desfavorable a las sociedades que desean crear filiales en otros Estados miembros. Cabe destacar que la favorable opinión del AG POIARES MADURO fue asumida por la Comisión que, durante el procedimiento, apoyó las pretensiones del contribuyente al considerar que la compensación

¹³ Los pésimos resultados económicos de las filiales establecidas en Bélgica, Alemania y Francia obligaron a la matriz británica de M&S a cesar sus actividades en estos países y solicitar la compensación de las pérdidas sufridas en el extranjero.

¹⁴ Así lo hemos manifestado en FRANCH FLUXÀ, J. «La resolución del caso Mark&Spencer: ¿conclusión o nueva orientación del debate sobre la regulación de las pérdidas en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 264, 2007, págs. 93 y ss.

transfronteriza de pérdidas es un mecanismo esencial para el desarrollo de actividades a nivel europeo.

A pesar de todo ello, en el fallo se considera que las normas del Reino Unido en materia de grupos (*group relief*) son incompatibles con el Derecho comunitario por ser una medida restrictiva «que va más allá de lo necesario para alcanzar lo esencial de los objetivos perseguidos». Lamentablemente el Tribunal no profundiza en esta idea y establece una condición excesivamente abstracta y de difícil interpretación ¹⁵.

De este modo se observa que el TJCE autoriza de manera condicionada la transferencia de pérdidas entre sociedades residentes en diferentes Estados. Sin embargo, el fallo mantiene la criticable situación actual que imposibilita la efectiva compensación.

No podemos concluir este apartado sin recordar que en el caso Cadbury Schweppes –donde se enjuicia la compatibilidad del Derecho comunitario con el régimen de transparencia fiscal británica– el TJCE disiente del AG al interpretar que los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada en otro Estado miembro, cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado. Por consiguiente, la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros, que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada sociedad controlada está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas ¹⁶. Situación que no ocurre en los casos M&S y Oy AA donde todas las sociedades pertenecientes al grupo desarrollan actividades económicas y mantienen una presencia real y continuada en el territorio del Estado en el que son residentes. La trascendencia del caso M&S radica, como veremos, en la fijación por el órgano jurisdiccional de tres parámetros que permiten determinar la compatibilidad de las normas reguladoras de la transferencia de rentas con el Derecho comunitario.

5. EVALUACIÓN DE LA INFRACCIÓN DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DEL TRATADO: FALLO FAVORABLE A LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La norma finlandesa enjuiciada colisiona con la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, sin embargo, el hecho de que estas dos libertades puedan aplicarse de manera para-

¹⁵ En el caso ahora enjuiciado tanto el Tribunal como la AG KOKOTT consideran que la normativa finlandesa no va más allá de los tres objetivos que permiten restringir la libertad de establecimiento (apdos. 66 y ss. de las conclusiones).

¹⁶ El TJCE considera que las British CFC rules infringen la libertad de establecimiento. Continuada, como señala PALAO en su profuso estudio, de la doctrina sentada en el caso M&S, véase PALAO TABOADA, C. «Transparencia fiscal internacional y Derecho europeo: conclusiones del AG en el asunto Cadbury Schweppes», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 280, 2006, págs. 3 y ss.

lela sin desplazarse mutuamente hace que tanto la AG como el Tribunal examinen prioritariamente la libertad de establecimiento ¹⁷.

Como plantea la compañía litigante y a la luz de la doctrina LANKHORTS-HOHORST (C-324/00) la normativa finlandesa supone una restricción a la libertad de establecimiento, puesto que dichas reglas hacen menos atractivo el establecimiento de filiales en otros Estados miembros. De este modo, únicamente se comunitarizaría dicho régimen si las transferencias financieras también se extienden a las sociedades no residentes (residentes en otro Estado miembro). Esta medida debería reforzarse con el correspondiente reparto de poder tributario entre los Estados implicados que impediría que una corriente y lógica transferencia de rentas entre sociedades participadas pueda observarse como una práctica elusiva.

En este sentido, cabe observar si el tratamiento de los grupos internacionales o europeos recibe un trato discriminatorio respecto de aquellos grupos que tienen un matiz únicamente nacional. No podemos olvidar que el trato favorable a estos últimos puede suponer una medida restrictiva de las libertades previstas en el Tratado ante su potencial colisión con la libertad de establecimiento y de circulación de capitales (como así lo reconoce KOKOTT).

Brevemente debemos recordar que la libertad de establecimiento permite ejercer actividades por cuenta propia y constituir y administrar empresas en otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. En el caso de las personas jurídicas, con arreglo al artículo 48 CE, supone la posibilidad de ejercer su actividad en dicho Estado miembro por medio de una filial, sucursal o agencia.

Mediante este fallo el Tribunal pondera la fuerza de uno de los principios fundamentales, la libertad de establecimiento, que cede ante aquellas normas internas que pretenden impedir la evasión fiscal. No podemos olvidar que el TJCE ha recordado en distintas ocasiones que las medidas nacionales que pueden restringir o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales del Tratado son admisibles siempre y cuando persigan un objetivo de interés general, sean adecuadas a la obtención de este y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persigue (por todas, sentencia M&S, apdo. 35). La elusión fiscal se conecta con otro de los argumentos constantemente esgrimidos por los Estados miembros ante el que el TJCE ha adoptado una postura clara. En el apartado 44 de dicha resolución (C-446/03), el Tribunal de Justicia confirma en efecto su reiterada jurisprudencia según la cual la reducción de ingresos fiscales no constituye una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una restricción del ejercicio de las libertades garantizadas por el Tratado. El Estado miembro en el que está establecida la sociedad matriz no puede oponerse, por tanto, a la creación por esta de una filial en otro Estado miembro con el pretexto, por ejemplo, de que las actividades en él ejercidas por esta podrían serlo en su propio territorio y estar sujetas a su soberanía fiscal.

Tras lo que acabamos de indicar conviene recordar que el ejercicio de las competencias normativas en materia de fiscalidad directa deben ejercerse respetando el Derecho comunitario, abste-

¹⁷ Claramente expresado por las conclusiones de la AG KOKOTT en los apartados 16 a 18.

niéndose, por tanto, de cualquier discriminación manifiesta o indirecta basada en la nacionalidad o que pueda afectar a la integridad de las libertades fundamentales ¹⁸.

Vemos, pues, que el Tribunal, no plenamente coherente con la premisa anterior, permite la restricción de las libertades fundamentales, fortaleciendo las legislaciones nacionales frente a una concepción más europea de los distintos Derechos tributarios internos.

La norma finlandesa que regula las transferencias de beneficios supone un claro ejemplo de normativa interna donde se establecen diferencias de trato entre los contribuyentes residentes y los no residentes. Estamos en un supuesto donde es ciertamente discutible que tal circunstancia pueda ser un factor que justifique un trato diferente y, por ello, entendemos que los Estados puedan pronunciarse a favor de dicha situación, pero, desde una perspectiva comunitaria, no podemos olvidar que permitir al Estado miembro de establecimiento que aplique libremente un trato diferente atendiendo al domicilio social o residencia o nacionalidad de la entidad en otro Estado miembro deja sin contenido a la libertad de establecimiento.

En nuestra opinión, en aquellos casos en los que no exista *loss shopping* o posibilidad de utilizar dos veces las pérdidas o deducciones derivadas de la transferencia de resultados debería permitirse la compensación transfronteriza de rentas (como también lo consideran las últimas comunicaciones de la Comisión). Entendemos, como hace la AG KOKOTT, que no puede invocarse constantemente la evasión fiscal ante conductas que pueden ser lícitas y fruto de la economía de opción que permiten las diferencias legislativas de los distintos ordenamientos jurídicos.

La prevención de este tipo de «evasión fiscal» no constituye un motivo que pueda justificar por sí mismo la restricción de una libertad fundamental. Además de la legítima economía de opción, el hecho de que las empresas intenten aprovechar las diferencias entre los regímenes tributarios nacionales resulta inevitable en un mercado interior en el que la tributación de las empresas no está armonizada. Así, por ejemplo, no se puede impedir que una empresa traslade su sede a otro Estado miembro que ofrezca condiciones fiscales más favorables ¹⁹.

El Tribunal vuelve nuevamente a analizar el principio de la coherencia en el ámbito tributario ²⁰. A dicho principio recurren los Estados que junto a Finlandia presentan sus alegaciones ante el Tribunal. En este sentido la AG desestima esta argumentación alegando que si los sujetos pasivos que hacen uso de sus libertades fundamentales se encuentran en una situación similar a la de los sujetos pasivos

¹⁸ Al respecto véase, en especial, la sentencia de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros, asuntos acumulados (C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727) en su apartado 37, y la jurisprudencia allí citada.

¹⁹ Tras este razonamiento, matiza en el apartado siguiente (63) que las restricciones de las libertades fundamentales únicamente se justifican cuando esta «optimización fiscal» socava al mismo tiempo el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

²⁰ Comparando la doctrina Bosal (C-168/2001) con el caso M&S, LYONS, T.J. «Current Notes: Tax in a Single Market- Bosal and Marks and Spencer plc», *British Tax Review*, núm. 6, 2003, págs. 446 y ss. Hay que destacar que la AG KOKOTT mantiene la misma valoración que en el asunto Manninen (C- 319/02), conclusiones de 18 de marzo de 2004 (apdos. 57 y ss.). Sobre este principio, pueden consultarse las siempre interesantes aportaciones de VANISTENDAEL, F. «Cohesion: the Phoenix Rises from his Ashes», *EC Tax Review*, 2005, págs. 208 y ss.

favorecidos por el régimen tributario nacional, la normativa nacional debe aplicarse igualmente a los casos de naturaleza transfronteriza, siempre que ello no ponga en peligro la coherencia del régimen nacional ²¹. Así lo exige el principio de igualdad de trato que se deriva de la libertad de establecimiento (apdo. 36 de las conclusiones de la AG KOKOTT).

En definitiva, no cualquier argumento puede condicionar la libertad de establecimiento, ni tan siquiera el celo de los Estados por el impacto o los efectos presupuestarios de determinadas resoluciones del TJCE. Jurisprudencia reiterada nos recuerda que una reducción de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general susceptible de ser invocada para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental. Por consiguiente, una normativa nacional no puede considerarse coherente o compatible con el Derecho comunitario únicamente porque impida la reducción de los ingresos fiscales ²².

No cabe duda de que el pronunciamiento final de este caso viene marcado por las precedentes sentencias que permiten que un Estado miembro apruebe normativa que en mayor o menor medida es restrictiva de las libertades fundamentales. Es más, pensamos que el Tribunal pretende en cierta manera profundizar en las líneas de razonamiento iniciadas por M&S donde somete la compatibilidad de la legislación nacional a los parámetros o condicionantes ya comentados. En esta sentencia se reconoce expresamente que el hecho de dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo en el valor de las pérdidas transferidas a las sociedades ²³.

El Tribunal asume en M&S una teoría que favorece el mantenimiento de las legislaciones nacionales restrictivas. Según indica, los beneficios y las pérdidas constituyen, en materia tributaria, «las dos caras de una misma moneda, que habrán de tratarse de modo simétrico en el marco de un mismo sistema fiscal, con el fin de salvaguardar el equilibrio en el reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros interesados. En segundo lugar consideran que si las pérdidas se tomaran en consideración en el Estado miembro de la sociedad matriz, se correría el riesgo de que fueran objeto de una doble imputación. Por último, en tercer lugar, si no se tuvieran en cuenta en el Estado miembro de establecimiento de la filial, existiría un riesgo de evasión fiscal» ²⁴.

Claramente estamos ante los tres criterios (mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, el riesgo de doble desgravación de las pérdidas y el peligro de evasión

²¹ Acertadamente indica POIARES MADURO en sus conclusiones al caso M&S que la discriminación respecto a las sociedades extranjeras «en realidad, produce el resultado de introducir objetivos ajenos a la lógica del régimen, ya sea el de proteger los ingresos del Estado miembro de que se trata, ya el de favorecer a los grupos que desarrollen la totalidad de sus actividades económicas en su territorio. Tales objetivos serían, en todo caso, contrarios al Derecho comunitario» (apdo. 75).

²² Véase sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto Manninen (C-319/02), apartado 49, y la jurisprudencia allí indicada.

²³ Véanse las sentencias, antes citadas, M&S, apartado 46, o más recientemente, en Rewe Zentralfinanz, de 29 de marzo de 2007 (C-347/04), apartado 42.

²⁴ Posicionamiento que reproduce los argumentos de los Estados miembros, apartado 43 de la citada sentencia.

fiscal) que en el futuro serán utilizados para determinar la compatibilidad con el Derecho comunitario de normas relativas a la compensación transfronteriza de resultados. Un claro ejemplo son las conclusiones y la sentencia al caso Oy AA que los acogen y desarrollan en sus distintos apartados sin apartarse en lo general de la doctrina surgida tras el caso M&S ²⁵.

Aplicando la misma metodología interpretativa que en el caso M&S el Tribunal examina estos tres criterios determinando que, a pesar de las posibles restricciones que puedan generarse, las normas finlandesas son justas y proporcionales por los siguientes motivos que se detallan en distintos apartados del fallo:

- a) No cabe el doble uso de las pérdidas si se tiene en cuenta la transferencia financiera entre sociedades de un grupo al determinar el resultado imponible de su ordenante, pero no se considera un ingreso imponible de su beneficiario, y ello lleva consigo el riesgo de que los beneficios obtenidos por la filial ordenante de la transferencia queden al margen de toda tributación.
- b) Se tratan simétricamente pérdidas y ganancias en el mismo sistema fiscal, puesto que no cabe la doble desgravación al quedar la contribución sometida a gravamen. La necesidad de proteger el equilibrado reparto de poder tributario entre los Estados miembros con el fin de que se traten simétricamente pérdidas y beneficios en el mismo sistema tributario impide de la compensación transfronteriza que rompería dicho equilibrio.
- c) En cuanto a la evasión fiscal, la posibilidad de transferir los ingresos imposables de una filial a una sociedad matriz cuyo domicilio se encuentre en otro Estado miembro implica el riesgo de que, mediante montajes puramente artificiales se organicen transferencias de ingresos en el seno de un grupo de sociedades a favor de las sociedades cuyo domicilio se encuentre en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más moderados o en los Estados miembros en los que no se graven tales ingresos. Refuerza esta posibilidad el hecho de que el régimen finlandés de las transferencias financieras entre sociedades de un grupo no exija que el beneficiario de la transferencia financiera haya sufrido pérdidas.

A diferencia del caso M&S, el Tribunal cierra toda opción a este tipo de compensación y no permite que bajo ninguna circunstancia pueda llevarse a cabo. En este sentido, el TJCE ha resuelto de una manera mucho más estricta la posibilidad de aplicar un mecanismo como el *cross-border group contribution* finlandés.

La compensación transfronteriza de pérdidas permite en cierto modo que el contribuyente pueda distribuir sus resultados en diferentes Estados miembros. Sobre este punto el Tribunal considera que el contribuyente no puede decir el lugar donde deben tributar sus beneficios y cierra cualquier posibilidad a esta opción. Por lo tanto, puede decirse que la sentencia sigue respaldando los sistemas de consolidación cuya configuración es estrictamente nacional.

²⁵ Apartados 46 y 47 de las conclusiones de la AG KOKOTT donde recuerda que estos tres elementos deben valorarse en su conjunto.

Concluye el Tribunal sus apreciaciones alegando que «admitir la deducción de la transferencia financiera entre sociedades de un grupo cuando constituye un ingreso imponible de la sociedad beneficiaria o cuando las posibilidades de que la sociedad beneficiaria transfiera sus pérdidas a otra sociedad son limitadas, o incluso admitir únicamente la deducción de la transferencia financiera entre sociedades de un grupo realizada a favor de una sociedad cuyo domicilio se encuentra en un Estado miembro que aplica un tipo impositivo inferior al aplicado por el Estado miembro del ordenante de la transferencia cuando tal transferencia financiera entre sociedades de un grupo está justificada específicamente por la situación económica de la sociedad beneficiaria, como ha propuesto Oy AA, implicaría, no obstante, que la elección del Estado miembro de tributación dependería, en definitiva, del grupo de sociedades, que, de este modo, dispondría de un amplio margen de maniobra al respecto» (apdo. 65).

Es especialmente importante este último inciso por ser uno de los pilares que sustentan la decisión del Tribunal: entender que la potestad tributaria pueda quedar en manos de los contribuyentes; un argumento que, sin duda, contemplamos con total aquiescencia, puesto que facilitar que los contribuyentes eligieran el Estado miembro de tributación limitaría las competencias fiscales de los Estados miembros y supondría un menoscabo del equilibrio en el reparto de tales competencias ²⁶. En este punto es importante recordar la opinión del AG LÉGER en el caso Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas cuando indica que: «el hecho de que una sociedad centralice en otro Estado miembro de reducido nivel impositivo la realización de determinadas actividades útiles para el conjunto del grupo y que pretenda por este medio reducir la carga fiscal global soportada por el citado grupo no me parece tampoco que constituya en sí mismo una práctica abusiva. En tal supuesto, dado que la filial que realiza dichas prestaciones intragrupos ejerce una actividad económica real en el Estado de acogida, a cuya soberanía fiscal está sujeta, no se vulnera, *a priori*, el reparto territorial de la potestad tributaria de los Estados miembros. En efecto, la pérdida de beneficios imposables en el Estado de origen es el resultado de la actividad económica que se realiza en el Estado de acogida y se grava en este» (apdo. 102 de las conclusiones).

El fallo que comentamos permite concluir que el Tribunal ratifica el recelo de las políticas fiscales nacionales hacia las transferencias que las empresas pueden realizar entre distintos Estados miembros y que son contempladas como operaciones potencialmente defraudatorias o como decisiones que pueden crear efectos negativos en la competencia fiscal y en los ingresos tributarios internos.

De nuevo el Derecho comunitario cede ante la coherencia de los sistemas nacionales, el reparto del poder tributario entre los Estados miembros, la prevención de la evasión fiscal y el principio de territorialidad, motivos argumentados por Finlandia, Alemania, Holanda y el Reino Unido que son suficientes para ratificar la normativa nacional y rechazar las pretensiones del grupo multinacional.

Para pronunciarse a favor de la legislación nacional, sin la necesidad de tener que entrar en otras consideraciones, la AG argumenta que el presente procedimiento no tiene por objeto apreciar

²⁶ Como indica también la AG KOKOTT, «habría que considerar igualmente evasión fiscal en este sentido aquellos casos en que los ingresos son trasvasados selectivamente mediante transferencias financieras a sociedades que tienen su sede en países de baja presión fiscal». Motivo que no justifica la restricción de una libertad fundamental (apdos. 61 y 62).

un eventual régimen nacional que no se basara en la sede de la sociedad beneficiaria, sino en la tributación preceptiva de las transferencias correspondientes en la sede de esta sociedad (apdo. 31 de las conclusiones).

De manera clara la AG determina que «podemos señalar que la restricción de la desgravación de las transferencias financieras entre empresas de un grupo a las transferencias destinadas a sociedades residentes permite garantizar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, evitar la no imposición de los ingresos transferidos e impedir la evasión fiscal. Esta restricción permite asegurar que los ingresos obtenidos por las sociedades matrices en Finlandia sean gravados en ese país de conformidad con el principio de territorialidad» (apdo. 65).

Observamos, como ya ocurre en M&S, que el argumento de la «jurisdicción fiscal» es tenido en cuenta, pero no es relevante a la hora de resolver el caso. Así en M&S la falta de jurisdicción sobre las filiales residentes en otros Estados miembros se tomó en consideración, aunque tampoco fue determinante (apdos. 28 y ss. de la sentencia).

6. CONSECUENCIAS DEL FALLO

Como ya se ha reiterado en numerosas ocasiones, la fiscalidad directa es materia exclusiva de los Estados miembros y, prácticamente, tan solo se han adoptado medidas para evitar la evasión fiscal o la doble imposición²⁷, sin embargo, llama la atención el aumento de las propuestas que se suceden en el seno de una política fiscal comunitaria tendente a procurar una convergencia entre las legislaciones nacionales con objetivos tan dispares como reducir la competencia fiscal perniciosa o mejorar la tributación empresarial en Europa.

La AG, asumiendo esta ausencia armonizadora, califica las normas enjuiciadas como normas mínimas que permiten garantizar el examen bajo los parámetros enunciados. De este modo, considera que la preservación del reparto de la potestad tributaria, con la que están directamente relacionados los otros dos motivos de justificación, no podría lograrse con una normativa nacional menos restrictiva²⁸. Una normativa que impusiera al Estado de establecimiento de la sociedad que realiza

²⁷ Los Estados no han cedido su soberanía en materia de imposición directa y la armonización de las legislaciones internas en esta materia es facultativa en tanto no es una obligación directamente derivada del Tratado. En este tan solo existe la previsión, que requiere la unanimidad de los Estados miembros y que la materia tenga una repercusión directa en el establecimiento o mejor funcionamiento del Mercado Común, por lo que la armonización de la tributación directa solo debe acometerse en la medida en que sea necesaria para conseguir los objetivos del Tratado. También lo entiende la jurisprudencia más reciente del TJCE en las resoluciones *Metallgesellschaft* y otros (C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727), apartado 37; de 7 de septiembre de 2004, *Manninen* (C-319/02, Rec. p. I-7477), apartado 19, y de 7 de septiembre de 2006, *N* (C-470/04, Rec. p. I-0000), apartado 33.

²⁸ Conviene destacar en este punto las conclusiones del AG POIARES MADURO en el reciente caso *Rewe* donde retoma las reflexiones adoptadas para el caso *M&S*. Según su parecer: «a falta de armonización de las legislaciones fiscales, es de temer que el ejercicio de las libertades de circulación dé lugar a un verdadero "tráfico de pérdidas" a escala comunitaria. En efecto, tal como recuerda el Tribunal de Justicia en esa sentencia, "dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave

la transferencia financiera la obligación de aceptar la desgravación en caso de que fuera gravada en la sociedad beneficiaria, no excluiría precisamente el traslado de la potestad tributaria. Aunque se esgrima el hecho de que las legislaciones nacionales puedan ir «más allá de los objetivos perseguidos», entendemos que la preservación de la potestad tributaria es el elemento vertebrador de cualquier futuro juicio sobre este difícil e incipiente tema de debate.

Sin embargo, la compensación transfronteriza de pérdidas ya fue abordada por una propuesta de directiva en 1990 ²⁹ y cabe recordar que recientemente la Comisión ha vuelto a insistir en que la prohibición de dicha práctica supone uno de los mayores obstáculos al comercio a nivel europeo. La Comisión ha apoyado en distintos documentos la implantación de un mecanismo que permita a las sociedades de un grupo compensar las pérdidas con independencia del Estado en que se generan, condicionado a un mecanismo de recuperación (*clawback*) en el caso de que fuesen utilizadas previamente en el país donde se originan. El interés de la Comisión por una normativa que pueda regular esta materia puede también observarse en su apoyo al contribuyente en el caso M&S, pues una resolución favorable a la empresa británica hubiese impulsado un importante cambio legislativo ³⁰.

Nuestras críticas al TJCE son parciales, pues también aceptamos que en sus resoluciones priorice los objetivos de salvaguarda del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros y de prevención de la evasión fiscal que están íntimamente relacionados. En efecto, los comportamientos que consisten en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica con el fin de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios derivados de las actividades desarrolladas en el territorio nacional pueden comprometer el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con dichas actividades y, con ello, poner en peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros (sentencias, antes citadas, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, apdos. 55 y 56, así como *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, apdos. 74 y 75). Sin embargo, a diferencia de la resolución al caso Cadbury, el Tribunal no se enfrenta a una situación empresarial ficticia donde el empresario acuda a una sociedad pantalla o sin ningún tipo de actividad económica y cuya única justificación sea la evasión fiscal. Lejos de toda práctica elusiva o abusiva la concentración empresarial en forma de grupo debería ser una realidad que supere los límites estrictamente nacionales y, a este fin, poco contribuyen resoluciones como la presente.

peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo por el valor de las pérdidas transferidas". En este caso, sería posible que los operadores económicos organizaran la transferencia de sus pérdidas hacia sociedades establecidas en los Estados miembros que tuviesen los tipos impositivos más elevados, y en los que, en consecuencia, el valor fiscal de las pérdidas fuese mayor. Una situación de este tipo pondría en cuestión la neutralidad que debe tener el Derecho comunitario en relación con los regímenes fiscales nacionales». Apartado 32 de las conclusiones al caso *Rewe Zentralfinanz* (C-347/04).

²⁹ Propuesta recogida en los documentos COM (90) 595 final, de 6 de diciembre, o COM (84) 404 final, que para fortalecer la libre competencia establece como medida común la posibilidad de compensar pérdidas con beneficios posteriores sin límite temporal y con los obtenidos en los dos ejercicios anteriores, procediéndose a la devolución de lo pagado, retirada junto otras propuestas de la Comisión que ya no revisten carácter de actualidad (2004/C 5/02), publicado en el DOCE C 5, de 9 de enero de 2004.

³⁰ Así lo ha manifestado el comisario Kovács (resumen de prensa de 13 de diciembre de 2005 en la página web de la Comisión relativa a tributos y aduanas).

Por el contrario, sí puede rebatirse que el Tribunal ha mantenido, en la materia que nos ocupa, que las restricciones a la libertad de establecimiento están plenamente justificadas. El proceso interpretativo que el TJCE está implantando puede definirse de este modo: cualquier restricción, además de existir o no, se somete a un segundo examen: estar permitida o justificada, circunstancia que convierte la normativa enjuiciada en compatible con el Derecho comunitario. En este segundo caso el Tribunal está siendo realmente permisivo y, por ello, opinamos tras la resolución al caso Oy AA, que el TJCE evita inferir en la fiscalidad directa de los Estados miembros. Por otro lado, este pronunciamiento no favorece la plena instauración de la consolidación transfronteriza que, sin duda, presenta fuertes conexiones con los mecanismos de base común consolidada que la Comisión piensa adoptar en el futuro. Por el momento puede afirmarse que los grupos transfronterizos no pueden acogerse a los beneficios de compensación de bases imponibles o desgravación de pérdidas previstos para los grupos con un perímetro de consolidación netamente nacional. El TJCE no parece oponer serios problemas al trato discriminatorio en lo que se refiere a la transferencia de pérdidas al extranjero, circunstancia que no incita a otros países a seguir los pasos iniciados por Dinamarca, Francia, Italia o Austria.

Por lo tanto, la situación actual no permite hablar de un beneficio global del grupo (de la empresa europea) fruto de la agregación o compensación de las rentas o pérdidas procedentes de distintos Estados miembros.

Desde nuestro parecer, se está diseñando, a la espera de resoluciones pendientes como el caso LIDL Belgium ³¹, una línea jurisprudencial muy clara en materia del reconocimiento de pérdidas extranjeras y compensación transfronteriza de bases imponibles. Si bien opinamos que para evaluar la posible evolución normativa de esta cuestión tal vez sea más recomendable analizar las conclusiones emitidas por los AG, pues el Tribunal se muestra excesivamente cauteloso y ponderado debido a las consecuencias presupuestarias que se derivan de sus resoluciones en materia de fiscalidad directa.

7. CONCLUSIONES

La lectura de la sentencia y de las conclusiones de la AG KOKOTT dejan claro que la fiscalidad de los grupos societarios nacionales o con sociedades residentes en otros Estados miembros no tiene por qué ser igual. Sin embargo, entendemos que impedir la compensación de pérdidas transfronterizas y admitirla en el caso de las pérdidas generadas en el territorio nacional puede suponer una restricción a las libertades fundamentales del Tratado y una restricción a la libertad de establecimiento.

Desgraciadamente el TJCE no dará el impulso definitivo a materias que, como esta, requieren un consenso absoluto entre los Estados miembros, que estos se niegan a alcanzar ante las importantes consecuencias presupuestarias que podría suponer asumir la compensación de bases imponibles generadas en otros Estados.

³¹ Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesfinanzhof (Alemania), el 11 de octubre de 2006, Lidl Belgium GmbH & Co. KG/ Finanzamt Heilbronn (Asunto C-414/06).

Esta resolución fortalece aquellas legislaciones internas que impiden o dificultan una expansión de los grupos empresariales a nivel europeo que, en definitiva, soportan una carga fiscal más elevada al no poder compensar pérdidas o transferir beneficios como ocurriría en el caso de desarrollar sus actividades en el territorio nacional. De las distintas sentencias que recientemente se han dictado en materia de grupos parece que el Tribunal reconoce la posibilidad de los Estados de establecer medidas restrictivas hasta que en un momento posterior puedan ser sometidas a su consideración. El argumento, ciertamente comprensible, es que la libertad de establecimiento y el funcionamiento efectivo del Mercado Interior quedan supeditados a la lucha contra el fraude y la evasión fiscal que afrontan los distintos Estados miembros, aunque a nuestro parecer es reprochable que tal loable objetivo no se consiga por otras vías y deba realizarse a partir de normas nacionales que pueden ser restrictivas de las propias libertades fundamentales previstas en el Tratado.

Por el momento parece que la coordinación u homogeneización de los sistemas fiscales se sigue realizando a partir de la competencia fiscal y no de la armonización fiscal como sería deseable. Ante las dificultades que debe afrontar el proceso de armonización de la fiscalidad directa y la ausencia de unos controles o medidas de carácter formal que permitan la colaboración entre Estados y una eficiente aplicación de sus sistemas tributarios, los Estados tan solo pueden acudir al uso de medidas restrictivas que se someten a un examen de proporcionalidad comunitaria fácilmente superable a la vista de las últimas resoluciones en materia de consolidación de grupos europeos.

EL GOBIERNO DE LAS FUNDACIONES. LA CREACIÓN DE VALOR MÁS ALLÁ DE LA DISCIPLINA

MARÍA ELENA ROMERO MERINO

Profesora Adjunta en la Universidad Europea Miguel de Cervantes

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2007** en la Modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Leandro CAÑIBANO CALVO, don Valentín AZOFRA PALENZUELA, doña Zulima FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, don Jesús LIZCANO ÁLVAREZ, don Ricardo LOZANO ARAGÜES y don Carlos MALLO RODRÍGUEZ.

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

Extracto:

LAS fundaciones juegan un papel clave en el desarrollo de las sociedades modernas porque sirven para canalizar la riqueza privada hacia la financiación de servicios sociales y de actividades educativas e investigadoras. A partir de una muestra de fundaciones españolas, presentamos evidencia sobre el efecto que tiene un «modelo de gobierno ampliado» que reconoce funciones disciplinarias y cognitivas sobre la eficiencia organizativa. A tenor de los resultados, el tamaño y la independencia del patronato no tienen un efecto directo sobre la eficiencia de la fundación. En cambio, la diversidad de conocimientos de los patronos y su carácter proactivo en la toma de decisiones influyen de forma positiva en la eficiente asignación de recursos fundacionales. Además, los resultados obtenidos muestran los beneficios de un donante privado institucional que supervise de forma efectiva las decisiones directivas. En definitiva, el modelo de gobierno ampliado se presenta especialmente adecuado para explicar la realidad fundacional española.

Palabras clave: gobierno cognitivo, entidades no lucrativas, fundaciones, patronatos y eficacia.

Sumario

1. Introducción.
2. El modelo de gobierno disciplinario para las entidades no lucrativas.
3. El modelo de gobierno ampliado para las entidades no lucrativas.
 - 3.1. El patronato.
 - 3.2. Importancia y naturaleza de los donantes.
4. Recogida de información y descripción del modelo.
 - 4.1. Variables y descripción de la muestra.
 - 4.2. Modelo empírico y técnicas estadísticas.
5. Resultados del análisis empírico.
 - 5.1. Robustez de los resultados.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

Anexo.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la era de Andrew CARNEGIE y John D. ROCKEFELLER hasta los albores del siglo en que vivimos, el progreso de las fundaciones ha sido un fiel reflejo del carácter filántropo de un país (FLEISHMAN, 2007). La figura fundacional, con su vocación de permanencia y disposición patrimonial para amortiguar carencias temporales de recursos, se muestra libre de las presiones cortoplacistas que afectan a empresas y gobierno y, por ende, se presenta particularmente bien posicionada para gestionar algunos de los servicios que tradicionalmente eran públicos así como para dar solución a problemas endémicos que afectan hoy en día a la humanidad, tales como la pobreza, algunas enfermedades incurables o la destrucción medioambiental. La particular naturaleza de las fundaciones las ha convertido, por tanto, en el conducto perfecto para que la riqueza actual de familias acaudaladas y corporaciones privadas pueda ser transferida a unos beneficiarios futuros previamente definidos (SANSING y YETMAN, 2006).

Aunque el fenómeno altruista occidental tuvo su origen en Europa, se ha desarrollado de forma mucho más lenta que en la sociedad americana durante el siglo XX. La razón de este fenómeno se encuentra, por un lado, en el empobrecimiento de las fortunas familiares derivado de las dos guerras mundiales de las que fue escenario y, por otro lado, en la elevada presión fiscal a la que eran sometidas empresas y ciudadanos individuales con el fin de sostener un estado de bienestar (seguridad social completa, educación pública, etc.) proporcionado por el Estado más que a través de medios privados.

Actualmente, no obstante, somos testigos de un auge en la figura fundacional como protagonista del tercer sector europeo. En España, un tratamiento fiscal más favorable, derivado de la aprobación de las Leyes 49/2002 y 50/2002, ha permitido que la importancia de las fundaciones crezca hasta adecuarse al patrón europeo. De las 7.150 fundaciones que contabilizaba el *European Foundation Centre* en el año 2001 hemos pasado a más de 8.600, según datos del directorio recientemente publicado por la Asociación Española de Fundaciones. Atendiendo a estas cifras, la publicación de las mencionadas leyes ha significado una aceleración indiscutible del proceso de constitución de fundaciones. Este fenómeno no es tanto consecuencia de la constitución de fundaciones a partir de grandes fortunas familiares, como especialmente de la creación de las denominadas «fundaciones de empresa» favorecidas en Europa por la reducida obligación legal de separación entre la corporación fundadora y la propia entidad. Ejemplos como la Fundación Carlsberg en Dinamarca o la Fundación Bertelsmann en Alemania son ejemplos que ilustran a la perfección los argumentos que acabamos de esgrimir.

No obstante, a medida que aumenta el volumen de recursos que maneja el sector fundacional, son muchas las sombras que se ciernen sobre las entidades que lo conforman. Durante mucho tiempo el control y la asignación óptima de los recursos por parte de estas organizaciones han sido cuestiones olvidadas. Por una parte, la indefinición de la propiedad que caracteriza a estas entidades y, por otra, su incapacidad legal para el reparto de beneficios entre aquellos que controlan los fondos aportados, han servido a lo largo de los años para establecer una base de confianza pública capaz de eliminar cualquier género de duda acerca de la óptima utilización de las donaciones.

Pero, el incremento de su presupuesto global, y del poder de sus directivos en la sociedad, hace más necesario el establecimiento de unos mecanismos de gobierno que aseguren la correcta utilización de sus recursos. Necesidad que se acentúa cuando se detectan graves anomalías en el ámbito no lucrativo nacional ¹ e internacional ² que hacen saltar la alarma social. Los escándalos a los que nos referimos han supuesto una ruptura con la concepción *weberiana* de los dirigentes del tercer sector como «hombres políticos» que mantenían donantes y poderes públicos.

Se comprende a la postre que cuando los intereses de los trabajadores de entidades no lucrativas como las fundaciones (en especial cuando ocupan cargos con poder de decisión) no coinciden con los de aquellos que las financian, surge la necesidad de establecer unos mecanismos de gobierno, adicionales a la conocida restricción legal de no distribución de beneficios, que eviten la malversación y/o utilización subóptima de los fondos aportados. En este contexto, la conformación de órganos de gobierno efectivos que supervisen y asesoren a la dirección constituye el reto central al que debe hacer frente el gobierno de las organizaciones del tercer sector, y más en particular, de las fundaciones.

Aunque tanto los profesionales del sector como los poderes públicos y la sociedad en general resuelven que la definición de un buen modelo de gobierno es crítica para el éxito de estas entidades, hasta el momento pocos autores han analizado la relación definida entre los mecanismos de gobierno y los resultados de las organizaciones no lucrativas (*e.g.*, BRADSHAW, MURRAY y WOLPIN, 1992; CALLEN y FALK, 1993; CALLEN, KLEIN y TINKELMAN, 2003; BROWN, 2005; ANDRÉS, MARTÍN y ROMERO, 2006) y aún menos se centran en el estudio de esta relación en el campo fundacional (*e.g.*, STONE, 1975; SANSING y YERMAN, 2006). Es precisamente en este punto donde enmarcamos el objetivo de nuestra investigación, esto es, en la elaboración de un modelo de gobierno adecuado para explicar la realidad de las fundaciones y en la búsqueda de evidencia empírica que permita identificar aquellas «buenas prácticas» teóricas que tengan un efecto patente en la eficiente utilización de los recursos fundacionales.

Al igual que sucede en el campo corporativo, muchos de los autores que intentan explicar los problemas derivados de las relaciones que se establecen entre los partícipes que conforman las enti-

¹ Nos referimos en concreto a casos como la reciente detención del presidente de Anesvad a principios del pasado mes de marzo («Detenido en Bilbao el presidente de Anesvad por apropiación indebida de fondos», *El País*, 8 de marzo de 2007) o la investigación de Intervida por desvío de fondos («Intervida desmiente el desvío de fondos procedentes de apadrinamientos», *El Mundo*, 4 de abril de 2007).

² Hablamos de sucesos como el desvío de fondos desde algunas ONG hacia la financiación de las cédulas de Al-Qaeda («Follow the money», *The Economist*, 30 de mayo de 2002) o la implicación de altos cargos de la ONU en el caso de corrupción del programa «petróleo por alimentos» en Irak (Artículo «Torturing the United Nations», *The Economist*, 31 de marzo de 2005).

dades no lucrativas recurren con frecuencia a los argumentos de la teoría de la agencia. Bajo el enfoque tradicional de agencia, los mecanismos de gobierno son comprendidos como mecanismos disciplinarios o de control que dirimen las diferencias existentes entre las partes para evitar la destrucción o la malversación de recursos que puede derivarse de los conflictos de interés. Así, el tradicional enfoque disciplinario de agencia limita la función de los mecanismos de gobierno a una reducción de los costes de agencia soslayando las vías positivas de la creación de valor (LANGLOIS y FOSS, 1999).

Ahora bien, el proceso de creación de valor no siempre toma el camino de la disciplina y el control, sino también el de la construcción de capacidades. La clave del desempeño organizativo, especialmente en las organizaciones que desarrollan su actividad en un entorno con elevado nivel de incertidumbre, se encuentra más en la capacidad de la dirección para innovar, es decir, para imaginar, percibir y generar nuevas oportunidades (MILLIKEN y VOLLRATH, 1991; PRAHALAD, 1994; LAZONICK y O'SULLIVAN, 1998, 2000) que en la reducción de costes de agencia. De esta forma, se recupera la denominada «función perdida» del empresario, es decir, la «dimensión cognitiva» del emprendedor adquiere una relevancia especial en la generación de valor organizativo (PRAHALAD, 1994) y requiere, por tanto, una mayor atención en la definición del modelo de gobierno más adecuado para las realidades caracterizadas por las asimetrías de información y la incertidumbre (como el sector no lucrativo).

El «modelo de gobierno ampliado» que aquí presentamos, está inspirado en las obras de CHARREAUX (2004 y 2005) y establece una vinculación más compleja entre los mecanismos de gobierno y la creación de valor organizativo. Este modelo se construye a partir de los tradicionales argumentos disciplinarios de la teoría de la agencia pero incorpora, de forma simultánea, los aspectos esenciales de la dimensión cognitiva. Al incluir en el modelo de gobierno la dimensión disciplinaria, estamos considerando los efectos que sobre el valor de la organización podrían tener los conflictos de interés entre las partes con respecto a la asignación de recursos. Pero además, al introducir la dimensión cognitiva, estamos asumiendo que el sistema de gobierno también influye sobre las decisiones estratégicas, particularmente sobre aquellas relacionadas con el proceso de innovación (CHARREAUX, 2005).

La inclusión de la dimensión cognitiva en el modelo de gobierno que elaboramos para el sector no lucrativo es especialmente pertinente tanto por el entorno en el que trabajan las entidades, como por la mayor implicación de sus consejos en las funciones gerenciales. Por un lado, en presencia de fuertes asimetrías de información o de un elevado grado de incertidumbre, tanto los clientes como los donantes parecen tener más confianza en entidades no lucrativas que en empresas con ánimo de lucro (ARROW, 1963; HANSMANN, 1980). Las asimetrías de información y la incertidumbre no solo suponen una fuente de problemas de agencia y, por tanto, la necesidad de unos mecanismos de control eficaces (JENSEN y MECKLING, 1976), sino que también se relacionan con la necesidad de procesos más críticos y reflexivos de decisión interactiva (FORBES y MILLIKEN, 1999). En este tipo de entornos, es recomendable aprovechar los esquemas mentales divergentes o en conflicto porque estimulan la discusión y la consideración de un mayor número de alternativas y puntos de vista conduciendo a una evaluación final más exacta de las distintas opciones que existen. Este cuidadoso proceso de toma de decisiones ayuda a crear valor en ambientes donde existe elevada incertidumbre (FORBES y MILLIKEN, 1999).

Por otro lado, siguiendo algunos de los trabajos específicos del tercer sector, la implicación de los *consejos de fideicomisarios* en la planificación estratégica se acentúa de forma significativa así como su influencia sobre los resultados organizativos (BRADSHAW *et al.*, 1992; BROWN, 2005). Incluso cuando se comparan con sus homólogos del sector corporativo, los consejos de fideicomisarios destacan por su elevada participación en los procesos de decisión y planificación estratégica (JUDGE y ZEITHMAL, 1992). Sin duda, eliminar este papel del análisis del modelo de gobierno de una entidad no lucrativa como la fundación empobrecería su capacidad explicativa.

La confección de un modelo de gobierno «a medida» para las fundaciones españolas supone la redefinición de algunas de las buenas prácticas relacionadas con la efectividad de los distintos mecanismos. De hecho, en contra de lo que los códigos de buenas prácticas respaldan, nuestros resultados muestran que no existe un tamaño óptimo del consejo para toda organización y que no siempre es recomendable aumentar el número de consejeros independientes. Atendiendo a nuestros datos, el tamaño y la independencia del consejo no tienen un efecto directo sobre la eficiencia de la fundación. En cambio, la diversidad del conocimiento de sus consejeros es particularmente relevante para determinar la mejor asignación de los recursos de la fundación. Además, y aunque las fundaciones carecen de propietarios en el sentido legal de la palabra, encontramos evidencia empírica que soporta que algunos tipos de donante supervisan cuidadosamente la asignación de sus contribuciones y, por ende, se convierten en una influencia positiva para la eficiencia de la entidad.

El desarrollo de estos argumentos y la consecución de los resultados que acabamos de apuntar se producen como sigue. En primer lugar, revisamos los estudios más representativos sobre gobierno en las entidades sin ánimo de lucro para identificar aquellos mecanismos que son especialmente efectivos en el entorno no lucrativo desde el punto de vista tradicional de la teoría de la agencia. Pasamos después a introducir la dimensión cognitiva para construir el modelo ampliado de gobierno. Este marco teórico nos permite definir las hipótesis sobre la relación entre las características de los principales mecanismos de gobierno de las fundaciones y su eficiencia. Posteriormente, describimos nuestra recogida de información, el modelo empírico a contrastar y la técnica estadística utilizada para el análisis y, por último, presentamos los resultados de las estimaciones realizadas y las conclusiones más notables que se derivan de nuestro trabajo.

2. EL MODELO DE GOBIERNO DISCIPLINARIO PARA LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS

La definición de un sistema de gobierno organizativo conlleva de manera inherente una asignación de poder al tiempo que influye en las decisiones de los directivos, en otras palabras, a través de este sistema se «gobierna» la conducta de los directivos y se limita su discrecionalidad. La descripción de un modelo eficiente de gobierno es especialmente relevante, en el contexto no lucrativo en general, y en las fundaciones en particular, puesto que al carecer de propietarios en sentido estricto no existe una figura legal con derechos residuales económicos a la que asignar de forma directa el control sobre los activos que conforman el patrimonio de la entidad.

En la presente investigación, la búsqueda de un modelo eficiente de gobierno nos condujo a exportar el modelo planteado por la teoría de la agencia, habitualmente utilizado para explicar la realidad de las grandes corporaciones, a las relaciones que se establecen en el marco de una fundación. La exportación del marco teórico de agencia para el mundo no lucrativo tiene algunos obstáculos derivados de la inexistencia de derechos de propiedad que caracteriza a las entidades sin ánimo de lucro. La mencionada indefinición de la propiedad convierte en inefectivos o vagos algunos de los mecanismos que funcionan en el campo corporativo. Nos referimos en particular a la remuneración directiva, al mercado de tomas de control, y a la supervisión activa de los propietarios. En las fundaciones, algunas de las formas de remuneración por objetivos son ilegales, y cuando estas formas existen, no influyen en el desempeño directivo o en la eficiencia organizativa (HARTARSKA, 2005). Adicionalmente, como no existen mercados de tomas de control (GLAESER, 2003; O'REGAN y OSTER, 2005) o propietarios con derechos de control (HANSMANN, 1980; BRODY, 1996; GLAESER, 2003), la responsabilidad de supervisar y aconsejar a los directivos retorna al consejo y, cuando existen, a aquellos donantes especialmente comprometidos con la misión de la entidad. De acuerdo con estudios previos, el consejo y los donantes significativos son los únicos mecanismos efectivos en el área no lucrativa (O'REGAN y OSTER, 2002, 2005; CALLEN *et al.*, 2003; ANDRÉS *et al.*, 2006).

Los patronatos de las fundaciones, como órgano de gobierno de la entidad, son responsables de la supervisión y consejo del equipo directivo de la organización no lucrativa. Además y, al igual que sucede en las grandes corporaciones, entre los partícipes de las organizaciones sin ánimo de lucro, y más concretamente de las fundaciones, es posible identificar algunos individuos y/o instituciones que, aun careciendo de incentivos o intereses económicos directos, están motivados y capacitados para participar activamente en la toma de decisiones velando así por una óptima utilización de los recursos.

Por un lado, están motivados para ejercer funciones de gobierno como consecuencia del riesgo residual que soportan. Así, los fundadores –como impulsores de la entidad– y los donantes –como aportantes de fondos– se posicionan como partícipes interesados en el control de la actuación directiva puesto que son ellos los que asumen el coste derivado de una gestión inadecuada de los recursos organizativos.

Por otro lado, muchos de estos partícipes motivados para gobernar cuentan, además, con la capacidad para hacerlo. La aportación de recursos a las fundaciones, en su condición de entidades no lucrativas, no siempre supone un derecho *de iure* al donante para ejercer un control directo sobre la asignación de su contribución. Sin embargo, cuando existe un donante cuya aportación se considera clave para la supervivencia financiera de la fundación, este adquiere un derecho *de facto* que puede ejercer en el caso de que adicionalmente se preocupe por el destino de sus recursos. Además, y de forma ocasional, estos aportantes alcanzan un mayor nivel de implicación con la fundación cuando pasan a formar parte del órgano de gobierno interno en el caso de ser nombrados patronos de la misma. En ese momento adquieren el derecho legal a participar en la toma de decisiones de la fundación y, como miembros del patronato, se convierten en responsables solidarios de la misma.

En este contexto, el concepto de gobierno, tradicionalmente entendido, concierne a los mecanismos con los que los mencionados partícipes de la organización (motivados y capacitados para

gobernar) ejercen el control sobre los agentes internos con el fin de proteger sus intereses. Con esta definición, el modelo de gobierno quedaría reducido a la dimensión disciplinaria habitualmente estudiada bajo un enfoque de agencia.

El enfoque puramente disciplinario describe el proceso de producción y la creación de valor a través de un conjunto de decisiones centralizadas que se caracterizan por la presencia de asimetrías de información y conflictos de interés entre los agentes económicos. En consecuencia, desde esta perspectiva, la jerarquía se revela como un sistema de asignación de poder capaz de reducir los costes de los conflictos de interés erigiéndose como una fórmula más eficiente que la negociación espontánea en el mercado.

Supone esta una visión bastante restrictiva y negativa de la producción en la que, cuestiones relacionadas con la explotación del conocimiento, la innovación y el aprendizaje, se han mantenido al margen y constituyen, por tanto, una fuente esencial de análisis para todos aquellos investigadores que pretendan superar las limitaciones de los modelos de gobierno existentes y mejorar la comprensión de su papel en las organizaciones.

3. EL MODELO DE GOBIERNO AMPLIADO PARA LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS

La visión positiva de la creación de valor implica el reconocimiento que la generación del mismo se produce no solo a través de la disciplina o de la reducción de los costes de agencia derivados de los conflictos de interés, sino también de la identificación y aprovechamiento de oportunidades de inversión. Pero la generación de una oportunidad de inversión inédita, por ejemplo, gracias a la innovación tecnológica, no depende únicamente de la información (concepto al que se circunscriben los teóricos de la agencia), sino también del conocimiento específico (y a menudo tácito) de sus diseñadores (WIRTZ, 2005). Conocimiento e información, conceptos a menudo no claramente diferenciados en los trabajos elaborados bajo la perspectiva contractual, aparecen nítidamente separados en las teorías cognitivas. Mientras la información se define como un elemento externo al sujeto, objetivo, acumulable y que todos los individuos pueden adquirir; el conocimiento representa un conjunto de interpretaciones individuales de la información según los esquemas mentales de cada uno (CHARLOT, 1997; FRANSMAN, 1998).

Tanto la innovación como la mera adaptación a la evolución del entorno son cuestiones favorecidas por la coexistencia de esquemas cognitivos o mentales en conflicto (FOSS, 1996). Dicho en otras palabras, la presencia de «asimetrías cognitivas» o «de conocimiento» beneficia la generación de valor en aquellas organizaciones en las que la innovación tiene un papel esencial ³.

³ Este tipo de argumentos, que surgen al asimilar la importancia de los conceptos cognitivos y del conocimiento en un universo incierto, ya fueron introducidos por algunos de los precursores del enfoque contractual. ALCHIAN (1950: 216) advierte en su trabajo que «donde hay incertidumbre, las opiniones y los juicios de las personas, incluso cuando se basen en la mejor evidencia disponible, diferirán». Aunque el autor no desarrolla este argumento, en su obra apunta la importancia de las representaciones personales como base de acción y la del conocimiento para la generación de oportunidades productivas.

La «asimetría de conocimiento» o «asimetría cognitiva» tiene una naturaleza claramente diferenciada de las «asimetrías de información» (DEMSETZ, 1988)⁴ y, como tal, puede generar «conflictos cognitivos» de naturaleza diferente a la de los «conflictos de agencia directiva». Mientras los conflictos de agencia se explican por la existencia de intereses divergentes entre las partes contratantes, los conflictos cognitivos proceden de discrepancias debidas a representaciones subjetivas divergentes del conjunto de oportunidades productivas abiertas para una organización (WIRTZ, 2003).

Por un lado, este desacuerdo o conflicto entre los esquemas mentales de los individuos supone unos costes derivados de las emociones negativas que surgen entre ellos (NEMETH y STAW, 1989). Autores como SCHWEIGER, SANDBERG y RAGAN (1986) y JEHN (1995) han demostrado que un elevado nivel de conflicto cognitivo en un grupo genera insatisfacción entre sus componentes y el deseo de abandonar el equipo. MACE (1986) evidenciaba que este razonamiento es perfectamente aplicable a los órganos de gobierno de las organizaciones, como el consejo, en los que sus componentes se enfrentan a tomas de decisiones complejas y cruciales para la entidad.

Por otro lado, el conflicto cognitivo, como ya hemos avanzado, también es fuente de valor organizativo, es lo que se denomina «valor cognitivo». La presencia de asimetrías y conflictos cognitivos genera la necesidad de procesos de decisión interactiva mucho más críticos y reflexivos que puedan incrementar el desempeño del órgano de gobierno en sus funciones (FORBES y MILLIKEN, 1999). Además, la presencia de este tipo de conflictos en un grupo fomenta la consideración de un mayor número de alternativas en las discusiones y de una evaluación más cuidadosa de las mismas, lo que contribuye a crear valor en entornos de elevada incertidumbre (MILLIKEN y VOLLRATH, 1991; JACKSON, 1992; EISENHARDT, KAHWAJY y BOURGEOIS, 1997; FORBES y MILLIKEN, 1999).

La introducción de este tipo de conceptos, aunque de forma básica, en la literatura sobre gobierno encuentra parte de sus raíces en algunos de los trabajos de los años 90, en los que los autores se alejan de la concepción del consejo como un órgano legitimador y consideran la estrategia y la generación de opciones como elementos esenciales de su papel en la organización (DEMB y NEUBAUER, 1992; HILL, 1995; STILES y TAYLOR, 1996; McNULTY y PETTIGREW, 1999; WESTPHAL, 1999). Se empiezan a analizar en ese momento características de los consejos que pueden influir sobre los resultados organizativos y que van más allá de cuestiones generales como el tamaño o la independencia, tales como el *stock* de conocimientos de sus miembros (CARPENTER y WESTPHAL, 2001), su experiencia o su especialización (FERLIE, ASHBURNER y FITZGERALD, 1994; GOLDEN y ZAJAC, 2001), su pertenencia a otros órganos de gobierno (CARPENTER y WESTPHAL, 2001)⁵, la diversidad del gru-

⁴ DEMSETZ (1988), entre otros, atrae la atención sobre el desigual trato que recibe tanto el conocimiento sobre las oportunidades productivas (básico en las teorías cognitivas) como la información sobre las oportunidades del directivo para expropiar (elemento central en las teorías contractuales). «*Aunque la información es tratada como costosa para los propósitos de transacción o control directivo, se presume implícitamente como libre de los propósitos productivos. Lo que una empresa puede producir, puede producirlo otra igualmente (...)*» (DEMSETZ, 1988: 148).

⁵ Esta última cuestión, la pertenencia a múltiples consejos que, según el enfoque de agencia, resulta ineficiente porque reducen el nivel de implicación de los consejeros en cada organización a la que prestan servicios, se comprende desde la perspectiva cognitiva como una práctica especialmente relevante y beneficiosa para las organizaciones (MELCHER, 1996). Los vínculos que mantienen los consejeros con otras entidades proporcionan experiencia estratégica de forma directa y un acceso indirecto, a través del contacto con otros consejeros, a una información que resulta provechosa para la entidad, lo que permite mejorar crucialmente las estructuras de conocimiento organizativo (CARPENTER y WESTPHAL, 2001). Ade-

po (GOODSTEIN, GAUTAM y BOEKER, 1994, BEEKUN, STEDHAM y YOUNG, 1998) o variables demográficas como la edad (GOLDEN y ZAJAC, 2001).

Algunos de estos trabajos, antesala de los nuevos modelos de gobierno de las organizaciones, utilizan enfoques teóricos como el de recursos y capacidades (BOEKER y GOODSTEIN, 1991; JUDGE y ZEITHMAL, 1992; HILL, 1995; McNULTY y PETTIGREW, 1999; STILES, 2001), que se encuentran considerablemente alejados de la dimensión cognitiva proactiva que introducen autores como CHARREAUX (2002a y 2004). Bajo la perspectiva defensiva que plantea el enfoque de la dependencia de recursos la supervivencia de la organización está condicionada por su capacidad para controlar ciertos recursos imprescindibles para el desarrollo de su actividad. En ese sentido, los consejos se comprenden como un mecanismo para reducir la incertidumbre del entorno (PFEFFER, 1972; PEARCE y ZAHRA, 1991). Por el contrario, bajo la concepción dinámica de la eficiencia que proponen las nuevas teorías de gobierno y, en concreto, el modelo cognitivo, los sistemas de gobierno y la integración de las consideraciones estratégicas se analizan desde una perspectiva proactiva ayudando a la dirección a generar oportunidades y estrategias ⁶.

En los mencionados trabajos CHARREAUX (2002a y 2004) se propone la introducción de los argumentos cognitivos para aumentar la capacidad explicativa de los enfoques tradicionales de agencia. La combinación de los modelos disciplinarios con las nociones cognitivas permite diferenciar entre los habitualmente utilizados «costes de agencia directivos informativos» (hasta ahora denominados simplemente «costes de agencia») y los que denomina «costes de agencia cognitivos», que reflejan las percepciones (esquemas mentales o cognición directiva) heterogéneas que directivos y partícipes tienen de las oportunidades de creación de valor que se le presentan a una organización (WIRTZ, 2003) ⁷.

Si bien la convergencia buscada entre los esquemas mentales origina los que acabamos de definir como costes de agencia cognitivos, utilizando esta nueva perspectiva teórica basada en la generación de conocimientos, estos dejan de comprenderse como meros generadores de pérdidas de valor y se convierten en causantes de un conocimiento organizativo que favorece la innovación y la adaptación al entorno. En otras palabras, nos enfrentamos a una oposición entre la «eficiencia estática», en la que primaba la reducción de conflictos de interés en la organización y la «eficiencia dinámica», en la que la ganancia de potencial para la innovación y la adaptación derivada de los conflictos cognitivos compensa con creces la pérdida de valor derivada de estos conflictos.

El concepto de eficiencia organizativa subyacente en la perspectiva disciplinaria procede de la adaptación del criterio de eficiencia asignativa de Pareto y depende no solo del valor creado sino

más, algunos estudios empíricos muestran que este tipo de diversidad conlleva un menor número de problemas de integración en el grupo (en comparación con la diversidad ocupacional o funcional) proporcionando los mismos beneficios en cuanto a variedad de perspectivas y conocimientos (RINDOVA, 1999; CARPENTER y WESTPHAL, 2001).

⁶ En concreto, teorías como la comportamental inspirada en SIMON (1947) o en CYERT y MARCH (1963), la evolucionista de NELSON y WINTER (1982) o las de recursos y capacidades de PENROSE (1959) conceden al consejo de administración un papel en la producción de nuevas oportunidades y, por tanto, en el proceso de innovación.

⁷ La fuente del coste cognitivo no es el riesgo en sí mismo sino más bien la incertidumbre radical en el sentido de KNIGHT (1921).

también de su asignación. El método de asignación de recursos y resultados, por tanto, influye en el nivel de valor generado y, excepto en casos particulares (recogidos en el teorema de Coase), la creación y la asignación del valor en una organización son comprendidas como funciones inseparables (CHARREAUX, 2004).

Al abandonar el concepto de eficiencia asignativa (paretiana) o eficiencia productiva estática en pro de un enfoque dinámico y de adaptación se da especial importancia a la innovación y a la flexibilidad así como a la capacidad para crear valor sostenible a través de la creación de oportunidades de crecimiento. Esto implica una concepción de la organización más compleja, como un sistema abierto, que rechaza la noción de equilibrio a favor del concepto de proceso.

El concepto ampliado de eficiencia conocido como «eficiencia dinámica» sigue dependiendo de la tecnología pero también de la motivación y de las habilidades de los trabajadores, de la organización y de la supervisión directiva (siendo estas dos últimas cuestiones basadas en las estructuras y rutinas institucionales) así como de las normas culturales heredadas del pasado (CHARREAUX, 2004). Los nuevos modelos de gobierno deben velar, en definitiva, por una eficiencia organizativa que va más allá de la óptima asignación de recursos y resultados y que comprende cuestiones añadidas como la innovación y la creación de valor de forma sostenible en el tiempo.

Siguiendo este hilo argumental, las teorías basadas en el conocimiento no solo son compatibles con las teorías tradicionales en los temas relativos al gobierno, sino que las complementan de forma que se incrementa su poder explicativo (CHARREAUX, 2002b). La apertura del gobierno a las dimensiones cognitivas no conlleva el descuido de las dimensiones referentes a los conflictos de interés y a la asignación de resultados, sino que introduce adicionalmente las dimensiones relativas a los conflictos cognitivos y a la generación de oportunidades de inversión creativas.

De esta manera, la construcción de un modelo de gobierno que aúne la tradicional dimensión disciplinaria y la incipiente dimensión cognitiva supone un notable incremento en la capacidad explicativa del modelo teórico. En concreto, la tesis central de nuestra investigación es que un funcionamiento efectivo de los mecanismos de gobierno en ambas dimensiones (disciplinaria y cognitiva) redundará en una mejor asignación de los recursos (evitando comportamientos oportunistas de la dirección) y, por ende, en una mayor contribución al bienestar social y económico perseguido por las fundaciones. El presente trabajo ahondará en el análisis de esta relación así como en su verificación empírica.

Hasta aquí, la inclusión de la dimensión cognitiva se ha realizado de forma genérica para todo tipo de organización, no obstante, su introducción en el campo no lucrativo requiere la redefinición de un modelo de gobierno adaptado a la realidad a explicar puesto que, como ya introducimos previamente, en este entorno la incertidumbre es elevada y la implicación de los órganos de gobierno en la toma de decisiones es más elevada que en el sector empresarial. En concreto, siguiendo la argumentación que iniciamos en el apartado anterior, los mecanismos de gobierno más efectivos (independientemente de las funciones que les sean asignadas) se resumen básicamente en dos, el consejo de fideicomisarios (patronato si hacemos referencia a las fundaciones) y los donantes significativos.

Cuando incorporamos la dimensión cognitiva en la elaboración de un modelo de gobierno adecuado para el sector fundacional hemos de rediseñar algunas de las buenas prácticas relacionadas con la efectividad de los mecanismos de gobierno tradicionales. En primer lugar, la composición del órgano de gobierno, tradicionalmente definida en términos de tamaño e independencia, requiere una definición más compleja cuando la integramos en un modelo de gobierno ampliado. Al admitir la dimensión cognitiva del patronato, la acumulación de conocimientos heterogéneos (esquemas mentales dispares o en conflicto) y la proactividad de sus miembros se convierten en factores más importantes que el número total de consejeros o su objetividad. En segundo lugar, la presencia de donantes significativos en una fundación, no solo se percibe como una supervisión más minuciosa, sino también como un control sobre la toma de decisiones que conduce a una asignación más eficiente de los recursos manejados por la entidad.

3.1. El patronato.

Bajo un modelo de gobierno ampliado, las funciones del consejo de una organización se comprenden desde una perspectiva más amplia que cuando utilizamos un enfoque puramente disciplinario. Los consejeros o patronos no limitan sus funciones a la supervisión del equipo directivo, sino que también juegan un papel activo en la toma de decisiones estratégicas, en la definición de la misión organizativa y en la asignación de recursos. Así, la composición del consejo o patronato (tamaño, independencia y características individuales de sus miembros) debe ser definida de forma que no solo se incremente su capacidad disciplinaria, sino que también se tenga en cuenta el conocimiento crítico para la toma de decisiones constructivas.

a) Tamaño e independencia.

Tal y como hemos mencionado previamente, la teoría tradicional de agencia define la efectividad del consejo en términos de tamaño e independencia. Generalmente, los argumentos de la teoría de agencia apuntan a que un aumento sustancial en el tamaño del consejo podría derivar en una nociva ralentización de la toma de decisiones haciendo que los costes de la misma se incrementen perjudicando los resultados de la organización (YERMACK, 1996; CALLEN *et al.*, 2003; O'REGAN y OSTER, 2005). Y, respecto a la independencia del consejo, tanto los códigos de buen gobierno como los investigadores de la materia destacan los beneficios de un aumento en el número de *outsiders*. Los consejeros independientes aseguran su objetividad al supervisar al equipo directivo limitando los potenciales comportamientos oportunistas de la dirección y, por ende, aumentando la eficiencia organizativa (BAYSINGER y HOSKISSON, 1990; O'REGAN y OSTER, 2005). Sin embargo, no existe una evidencia empírica concluyente respecto a la influencia del tamaño e independencia del consejo sobre la eficiencia de las entidades no lucrativas.

Cuando incorporamos el papel cognitivo del consejo, el efecto del tamaño y de la independencia sobre la eficiente asignación de recursos en las organizaciones se torna bastante más ambiguo. La introducción de consejeros adicionales implica un mayor acceso a fuentes de información (HAMBRICK y MASON, 1984; OLSON, 2000) y un mayor volumen de recursos cognitivos útiles para la toma

de decisiones (BANTEL y JACKSON, 1989; OLSON, 2000). Así, un consejo más grande no tiene por qué influir de forma negativa en la asignación de recursos. De forma específica para el sector no lucrativo, este argumento resulta particularmente apropiado. Puesto que los consejos de fideicomisarios representan la «voz de la sociedad» (HERZLINGER y KRASKER, 1987: 104), su composición ha de reflejar muchos intereses dispares y, en definitiva, su tamaño debería ser mayor. Además, según los trabajos específicos sobre esta materia, los órganos de gobierno del sector no lucrativo asumen un mayor número de tareas que sus homólogos empresariales (HOULE, 1989; O'REGAN y OSTER, 2005), de modo que necesitan un mayor número de miembros para llevarlas a cabo.

Con relación a la independencia del consejo, esta se convierte en un factor bastante menos favorable cuando integramos la dimensión cognitiva. Dada su desconexión con la realidad interna de la organización, la presencia de consejeros independientes podría resultar nociva para la innovación y la creatividad de sus directivos (HILL y SNELL, 1989; BAYSINGER y HOSKISSON, 1990). Además, en el sector no lucrativo el carácter voluntario de los consejeros podría traducirse en la reducción del esfuerzo y del tiempo que dedican a las entidades, especialmente cuando su puesto de trabajo no está vinculado con la organización a cuyo consejo pertenecen (BRODY, 1996). De este modo, la composición de un patronato a partir de un número de *outsiders* demasiado elevado podría tener más efectos nocivos que favorables sobre la óptima utilización de sus recursos.

Al hilo de todos estos argumentos sería imposible definir un único sentido para la influencia que el tamaño y la independencia del consejo puede tener sobre la eficiencia de la entidad. Para definir de forma precisa el efecto que la composición del consejo tiene sobre la eficiencia organizativa esta necesita ser complementada con la descripción de los recursos (tales como conocimientos y actitud) que cada nuevo consejero puede aportar al conjunto. Así, podemos proponer que:

Hipótesis 1. El tamaño e independencia del patronato no tienen un efecto directo sobre la eficiencia de la fundación.

b) Conocimiento y carácter proactivo de los consejeros.

Como mecanismo generador de valor a través de la contribución de experiencia y conocimientos (DONALDSON, 1990; CASTANIAS y HELFAT, 1991), el consejo se beneficia de los diferentes tipos de conocimiento que cada consejero aporta de forma individual al órgano de gobierno. Este argumento ha sido contrastado empíricamente no solo en el campo corporativo (BOEKER y GOODSTEIN, 1991; JUDGE y DOBBINS, 1995), sino también en el sector no lucrativo (BOWEN, 1994). Así, nuestra segunda hipótesis se define en los siguientes términos para el caso concreto que analizamos:

Hipótesis 2. La acumulación de conocimiento en el patronato tiene un efecto positivo en la eficiencia de la fundación.

Pero no es solo la acumulación de conocimiento la que influye favorablemente en las decisiones de la organización, según algunos estudios previos, la heterogeneidad de este conocimiento es aún más importante porque es germen eficaz para la creatividad del consejo (BANTEL y JACKSON,

1989) y, por ende, incrementa la calidad de las decisiones del mismo. Los grupos heterogéneos pueden ofrecer más soluciones potenciales a un mismo problema, porque tienen muy distintas fuentes de información (HAMBRICK y MASON, 1984) y, gracias a la diversidad de puntos de vista, están capacitados para elegir la mejor de las opciones para cada problema (OLSON, 2000). De esta forma, los grupos heterogéneos parecen favorecer la asignación óptima de los recursos de todo tipo de organizaciones y, en este sentido, podemos plantear la tercera hipótesis para el caso concreto de las fundaciones en los siguientes términos:

Hipótesis 3. La diversidad de conocimientos de los patronos tiene un efecto positivo en la eficiencia de la fundación.

Por último, conviene apuntar que aunque la acumulación y heterogeneidad del conocimiento en el consejo son elementos favorables para la generación de valor, en ningún caso garantizan el uso efectivo de tal conocimiento (FORBES y MILLIKEN, 1999). El modelo ampliado de gobierno difiere del enfoque de recursos y capacidades por considerar no solo la acumulación de recursos (*e.g.*, conocimientos, experiencias y capacidades), sino también su utilización activa. Aunque la evidencia previa es bastante limitada, sus resultados apuntan a que los consejos más efectivos presentan altos niveles de dinamismo y proactividad en la toma de decisiones (AXELROD, GALE, NASON, 1990; CHAIT, HOLLAND y TAYLOR, 1996). Así, proponemos que:

Hipótesis 4. El carácter proactivo de los patronos tiene un efecto positivo en la eficiencia de las fundaciones.

3.2. Importancia y naturaleza de los donantes.

Además del patronato como órgano de gobierno esencial de las fundaciones, existe otro mecanismo de gobierno que también puede influir en la asignación eficiente de los recursos de la fundación. De forma asimilable a los accionistas de una empresa, pero sin derechos residuales, los donantes significativos pueden supervisar (y lo hacen) las decisiones que se adoptan en las entidades a las que entregan sus recursos de forma voluntaria (OLSON, 2000). Estos partícipes han sido llamados «cuasi-propietarios» (BEN-NER y VAN HOOMISSEN, 1994) y han sido considerados también como la mejor forma para impulsar al consejo a desarrollar de forma efectiva su papel supervisor (VANDERWARREN, 2002).

Actualmente, es muy común encontrar familias acaudaladas y grandes corporaciones financiando fundaciones que se convierten en la imagen social de dicha familia o corporación. Cuando los donantes realizan una contribución sustancial a una fundación, generalmente se interesan por el uso eficiente de los recursos aportados, especialmente si se trata de compañías privadas o donantes públicos (O'REGAN y OSTER, 2002; ANDRÉS *et al.*, 2006). En este sentido, argumentamos que:

Hipótesis 5. La presencia de un donante significativo, especialmente si es una institución pública o una compañía privada, tiene un efecto positivo en la eficiencia de la fundación.

4. RECOGIDA DE INFORMACIÓN Y DESCRIPCIÓN DEL MODELO

Introducidas las hipótesis, comentaremos brevemente la muestra y los métodos de recogida de información utilizados para el estudio. Dado que el sector no lucrativo depende de forma esencial de los recursos económicos y humanos aportados voluntariamente por los ciudadanos, se esperaría de las organizaciones que lo componen un elevado nivel de transparencia y visibilidad. En España, sin embargo, la mayoría de las organizaciones no lucrativas han adoptado una postura suspicaz y reservada desde un punto de vista informativo según los expertos en el sector. En concreto, en el sector fundacional español, todos los estudios monográficos realizados durante los años 90 y hasta la fecha actual apuntan y reprobaban las carencias informativas del sector y la opacidad de las fundaciones (RUIZ, 2000; GARCÍA, JIMÉNEZ, SÁEZ y VIAÑA, 2004). En concreto, a principios de siglo se reconocían en España más de 7.000 fundaciones, aunque más de dos tercios de ellas aparecían como entidades inactivas (GARCÍA *et al.*, 2004).

Esta falta de fuentes de información secundaria unificadas sobre organizaciones no lucrativas españolas nos obligó a acudir a fuentes primarias, como el cuestionario postal, para el trabajo empírico. En octubre de 2004 enviamos el cuestionario a todas las fundaciones de los registros estatales y a las fundaciones de registros regionales pertenecientes a la Asociación Española de Fundaciones. En total, se enviaron más de 2.200 cuestionarios, desconociendo *a priori* cuáles de las fundaciones contactadas continuarían activas, aunque extrapolando los datos globales de GARCÍA y otros (2004), tan solo 650 entidades continuarían desarrollando su actividad.

Finalmente, tras contactar por vía postal, telefónica y electrónica ⁸, recibimos 144 cuestionarios (124 contenían información completa), lo que supone una tasa de respuesta cercana al 22% sobre la población activa esperada (19% si tenemos en cuenta solo los completos). Esta tasa de respuesta es muy reducida, pero debe corregirse por los coeficientes de inactividad del sector fundacional en España. GARCÍA *et al.* (2004) señalan que dos tercios de las fundaciones eran entidades inactivas a pesar de continuar inscritas en los protectorados correspondientes. Por tanto, la muestra de nuestra investigación asciende al 22% de las fundaciones activas (un 16% si consideramos solo los cuestionarios completos) ⁹.

Además, en términos económicos esta tasa de respuesta se traduce en un elevado nivel de significación. Las 124 fundaciones de la muestra manejaron en el año 2003 más de 360 millones de

⁸ Tras el envío postal realizado en octubre del 2004, la recepción de las respuestas se produjo de una forma lenta y en un porcentaje muy inferior al esperado (a principios de noviembre se habían recibido 76 cuestionarios cumplimentados y 105 devoluciones por desconocimiento de destinatario). Posteriormente, se extrajeron todas aquellas fundaciones para las que se disponía de una dirección electrónica activa (un total de 822 correos no devueltos) y se realizó un envío intensivo utilizando esta vía y adjuntando el cuestionario en varios formatos (pdf y word) para facilitar su cumplimentación informática. Paralelamente, se contactó por teléfono con aquellas fundaciones pertenecientes a la Asociación Española de Fundaciones inscritas en Protectorados nacionales. En total se realizaron 275 llamadas consiguiéndose un total de 134 contactos que facilitaron un correo electrónico o un fax al que remitir de nuevo el cuestionario.

⁹ Sobre el total de cuestionarios enviados, los 144 no superarían el 6,5%. Sin embargo, a tenor de los datos del estudio de GARCÍA *et al.* (2004) así como de los ejemplos extraídos por los propios investigadores a través del contacto telefónico y electrónico con las mismas, la inactividad de las fundaciones tras su constitución es un fenómeno que se repite con demasiada frecuencia en el tercer sector español.

euros, lo que supone más de un tercio de los recursos totales que gastaron las fundaciones españolas según datos del reciente estudio del *European Foundation Centre* (EFC, 2005).

4.1. Variables y descripción de la muestra.

La descripción general de la muestra así como de las diferentes variables utilizadas para contrastar las hipótesis está resumida en la **tabla 1**.

Hemos medido la eficiencia de las fundaciones utilizando tres variables diferentes. La primera de ellas es una de las ratios utilizadas en el sector no lucrativo y que habitualmente se denomina eficiencia administrativa o técnica (EFAD). Esta ratio indica la proporción de gastos que se dedica a funciones administrativas, de modo que cuanto más pequeño sea su valor, menor será la cantidad destinada a gastos administrativos y, por ende, mayor será la eficiencia de la entidad.

Según estudios previos realizados en el tercer sector (CALLEN y FALK, 1993) y algunas agencias supervisoras del mismo (SARGEANT y KAEHLER, 1998), la principal preocupación de los donantes es la cuantía de su contribución que es finalmente destinada a la misión de la organización. Sin embargo, es sencillo para los directivos manipular las cantidades que integran los costes administrativos. Para eludir este problema, era aconsejable utilizar otras medidas que dieran entrada a un mayor número de conceptos y, por lo tanto, reflejaran de forma más exacta la eficiencia de la entidad en la asignación de sus recursos. Para ello, hemos calculado dos medidas adicionales utilizando el *Data Envelopment Analysis* (EFEC1 y EFEC2). El análisis envolvente de datos ha sido ampliamente utilizado para valorar la eficiencia de las organizaciones que emplean múltiples factores (*inputs*) para obtener múltiples productos y servicios (*outputs*) y cuando resulta problemático definir los pesos y precios de cada uno y/o especificar la función de producción más adecuada para el análisis (FÄRE, GROSSKOPF y LOVELL, 1985). El análisis DEA genera una eficiencia que incluye todos los *inputs* y *outputs* que consideremos oportunos en el sector analizado y que da lugar a un concepto de «eficiencia multidimensional» que se ha popularizado especialmente en el sector público y voluntario (CALLEN y FALK, 1993; CALLEN, 1994).

TABLA 1. Hipótesis, variables y estadísticos descriptivos

	NOMBRE de la variable	SIGNO de la RELACIÓN	DESCRIPTIVOS		
			Media	Des.Est.	Mín. Máx.
Variables dependientes:					
Eficiencia administrativa (costes administrativos / costes totales)	EFAD	---	0,18	0,16	0,00 0,67
Eficiencia económica multidimensional (utilizando <i>Data Envelopment Analysis</i>)					
INPUTS: ingresos totales, número de trabajadores, activos totales; y OUTPUTS: recursos destinados a la misión de la fundación, número de actividades y dispersión geográfica*	EFEC1	---	0,30	0,36	0,00 1,00
INPUTS: ingresos totales, número de trabajadores y voluntarios, activos totales; y OUTPUTS: recursos destinados a la misión de la fundación, número de actividades y dispersión geográfica*	EFEC2	---	0,29	0,36	0,00 1,00
Para la hipótesis 1 sobre tamaño e independencia del patronato:					
Tamaño del patronato (número total de patronos)**	TAM	no relación	12,02	7,54	3,00 41,00
Independencia del patronato (% patronos sin cargo ejecutivo en la fundación)	INDEP	no relación	0,87	0,23	0,00 1,00
Para la hipótesis 2 sobre la acumulación de conocimiento en el patronato:					
% patronos que son también consejeros de otras entidades no lucrativas	CON1	positivo	0,30	0,28	0,00 1,00
% patronos que son directivos de otras entidades no lucrativas	CON2	positivo	0,15	0,23	0,00 1,00
% patronos que son empresarios o directivos de empresa	CON3	positivo	0,33	0,32	0,00 1,00
% patronos que son expertos en leyes	CON4	positivo	0,15	0,15	0,00 1,00
% patronos que son expertos en auditoría	CON5	positivo	0,06	0,09	0,00 0,55
Para la hipótesis 3 sobre la diversidad de conocimientos del patronato:					
Suma de variables <i>dummy</i> que reconocen la existencia de patronos con conocimientos de tipo 1 a 5 (CON1 a CON5) dividida entre 5 (tipos de conocimiento)	DIVER	positivo	0,64	0,29	0,00 1,00
					.../...

.../...

Para la hipótesis 4 sobre el carácter proactivo de los patronos: % patronos que son proactivos en el proceso de toma de decisiones (proponen nuevas ideas y futuras líneas de actuación para la fundación)		PROAC	positivo	0,37	0,34	0,00	1,00
Para la hipótesis 5 sobre donantes significativos:							
% ingresos totales proporcionados por un donante público		PUBL	positivo	0,16	0,25	0,00	1,00
% ingresos totales proporcionados por un donante privado corporativo		CORP	positivo	0,23	0,32	0,00	1,00
% ingresos totales proporcionados por un donante privado individual		INDIV	positivo	0,05	0,15	0,00	1,00
Variables de control							
Tamaño de la fundación (total de gastos en miles de euros)**		INGR	positivo	2.907,60	6.672,17	1,30	44.100,00
Edad de la fundación (número de años desde su constitución)**		EDAD	positivo	14,20	17,20	1,00	112

* Multiplicativa entre número de sectores a los que abastece y variable categórica para la dispersión geográfica (1= local; 2= regional; 3= nacional; 4= internacional).

** Dada la elevada dispersión de los datos en esta variable, en el posterior análisis *tobit* procedimos a normalizarla para evitar que perjudicase los resultados.

Nuestra selección de *inputs* y *outputs* está basada en las ratios de eficiencia financiera, ampliadas para introducir algunas dimensiones adicionales tanto en la parte de los factores de producción como en la de servicios y productos elaborados. Así, valoramos positivamente aquellas fundaciones que destinen mayor volumen de recursos a los beneficiarios últimos de la organización, es decir, el *output* principal que introducimos en el análisis es el importe total de los recursos destinados a la actividad propia de la entidad (MARCUELLO, 1999). Además, el carácter multidimensional de la técnica permite incluir además el número de sectores y actividades que abarcan así como el ámbito geográfico al que destinan su actividad como *outputs*¹⁰. Por otro lado, como *inputs*, se incluyen no solo los recursos financieros (ingresos totales), sino también los humanos (voluntarios y remunerados) y los materiales (activos totales) de los que dispone la entidad para la consecución de su fin.

El tamaño medio del patronato (TAM) de las fundaciones españolas asciende a 12 consejeros, lo que se aproxima al promedio (16-19 miembros) de un consejo norteamericano del tercer sector (O'REGAN y OSTER, 2005). Aunque más de la mitad de los patronatos de nuestra muestra no tienen ningún patrono con un cargo directivo en la propia fundación, el porcentaje de independencia medio español (INDP) es menor que el que muestra algunos estudios americanos: 87% de *outsiders* en las fundaciones españolas comparado con el 98% de los consejos americanos (CALLEN *et al.*, 2003).

Al examinar el conocimiento, la diversidad y el carácter proactivo de los miembros del patronato, encontramos que aproximadamente el 45% de los patronos son también consejeros (30%) o directivos (15%) de otras entidades no lucrativas (CON1 y CON2, respectivamente), y que un tercio del patronato es también empresario o directivo de empresa (CON3). Finalmente, el 21% de los consejeros son expertos en leyes (15%) o en auditoría (6%) (CON4 y CON5, respectivamente). Además, cada patronato incluye al menos un miembro que aporta uno de los tipos de conocimiento específico definidos en nuestro estudio (DIVER) e, independientemente del conocimiento que posean estos consejeros, por término medio solo 3 de los 12 consejeros adoptan una posición activa en la toma de decisiones de la fundación (PROAC).

En relación con la naturaleza e importancia de los donantes, evidenciamos al observar nuestros datos que un 16% de los recursos manejados por las fundaciones españolas en el 2003 procedieron de una fuente pública (PUBL), un 23% de una institución privada (CORP) y, por último, un marginal 5% se deriva de una fuente individual privada (INDIV). El resto de los fondos utilizados por estas entidades para la consecución de sus fines se derivan de pequeñas donaciones (inferiores al 5% de sus ingresos totales), de su actividad económica, o de los rendimientos de la inversión financiera de su patrimonio.

En la investigación específica del tercer sector, la edad y el tamaño de las entidades están generalmente asociados con la legitimidad y la reputación de la organización. Ambas dimensiones han estado siempre relacionadas con la generación de sinergias y con una acumulación de conocimiento

¹⁰ No es lo mismo una unidad monetaria destinada a una única actividad de ámbito local que la misma unidad monetaria destinada a dos actividades y de ámbito internacional. En el mismo sentido que algunos autores miden el número de proyectos como *output* de las entidades dedicadas a la cooperación al desarrollo (MARTÍN, MARTÍN y HERNÁNDEZ, 2005), reconocemos en la medición de la eficiencia organizativa cuántos beneficiarios últimos podrán ser favorecidos con la misión fundacional.

que, en última instancia, tiene un reflejo positivo sobre los resultados y la eficiencia organizativa (MARCUELLO y SALAS, 2001; O'REGAN y OSTER, 2002; CALLEN *et al.*, 2003). Según nuestros datos, las fundaciones españolas que conforman nuestra muestra fueron constituidas hace 12 años (EDAD) y manejan un promedio de 3 millones de euros al año (ING).

4.2. Modelo empírico y técnicas estadísticas.

El modelo empírico a contrastar toma la siguiente forma:

$$\text{EFICIENCIA}_i = \alpha + \beta_1 \text{TAM}_i + \beta_2 \text{INDP}_i + \beta_3 \text{CON1}_i + \beta_4 \text{CON2}_i + \beta_5 \text{CON3}_i + \beta_6 \text{CON4}_i + \beta_7 \text{CON5}_i + \beta_8 \text{DIVER}_i + \beta_9 \text{PROAC}_i + \beta_{10} \text{PUBL}_i + \beta_{11} \text{CORP}_i + \beta_{12} \text{INDIV}_i + \beta_{13} \text{ING}_i + \beta_{14} \text{EDAD}_i + \mu_i$$

Con este modelo se explica la eficiencia, medida a través de tres variables diferentes (EFAD, EFEC1 y EFEC2), a partir de una serie de variables independientes que representan el tamaño (TAM) e independencia (INDP) del patronato, los diferentes tipos de conocimiento de los patronos (CON1, CON2, CON3, CON4 y CON5), la heterogeneidad de este último (DIVER) y el carácter proactivo en su utilización (PROAC) además de diversas medidas que recogen la importancia y naturaleza de los principales donantes (PUBL, CORP, INDIV). Por último, se incluyen dos variables adicionales para controlar el tamaño de la fundación (ING) y los años que lleva en funcionamiento (EDAD).

Proponemos un modelo con una única ecuación a estimar a través de un análisis *tobit* dadas las características particulares de las variables dependientes. Nuestra variable dependiente está censurada entre cero y uno independientemente de la medida utilizada, es decir, sus valores tienen un límite inferior y también superior. En estos casos, cuando la variable objeto de estudio es una medición continua que se distribuye según una ley normal en la que existen uno o varios puntos de censura, no es adecuado utilizar los habituales modelos de regresión lineal estimados por mínimos cuadrados ordinarios (MCO), porque proporcionan estimaciones incorrectas del efecto y de su variabilidad (LONG, 1997; GREENE, 1999). Cuando existe uno o varios puntos de censura, la técnica econométrica más adecuada es la estimación por máxima verosimilitud y, concretamente, a través del modelo de regresión censurado o modelo *tobit* (TOBIN, 1958).

El modelo *tobit* fue propuesto por TOBIN en 1958 para definir la distribución de una variable censurada con un único punto de censura. En su trabajo, el autor subraya que, en el contraste de hipótesis con variables dependientes limitadas o censuradas, ha de tenerse en cuenta la posible concentración de observaciones en ese valor límite o punto de censura. La explicación de este tipo de hipótesis con variables dependientes censuradas requiere predecir, no solo los valores de las variables intermedias, sino la probabilidad de ocurrencia de los valores límites. El modelo *tobit* ofrece un híbrido entre los análisis *probit* y de regresión múltiple que resulta el más apropiado para la estimación de nuestro modelo (TOBIN, 1958) ¹¹.

¹¹ En concreto, hemos realizado el análisis estadístico utilizando el paquete estadístico STATA, versión 9.0. Las instrucciones utilizadas para estimar este tipo de modelos se inician con la orden *tobit* y se concluyen con el establecimiento de los límites superior e inferior (a través de los comandos *ul* y *ll*, respectivamente).

5. RESULTADOS DEL ANÁLISIS EMPÍRICO

Los resultados de la estimación del modelo teórico presentado en el anterior apartado se presentan en la **tabla 2**. Como podemos observar en la tabla, el contraste del modelo global ha requerido a su vez dos modelos diferentes para evitar problemas de multicolinealidad (véase **tabla I** del Anexo).

Los resultados obtenidos señalan que el tamaño (TAM) y la independencia (INDP) no tienen un efecto significativo sobre ninguna de las variables utilizadas para medir la eficiencia de la fundación. De hecho, la capacidad explicativa del modelo se ve claramente favorecida al excluir estas dos variables (véase **tabla II** del Anexo). Estos resultados nos permiten verificar la primera de nuestras hipótesis y, con ello, ratificar que el modelo de gobierno puramente disciplinario tiene una limitada capacidad explicativa en el sector fundacional, al menos cuando utilizamos las características tradicionales (tamaño e independencia) del órgano de gobierno para definirlo.

TABLA 2. Resultados de la estimación del modelo

V. dependiente	EFAD			EFEC1			EFEC2		
	Análisis <i>tobit</i>	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 1	Modelo 2
H1	TAM	-0,0022 (0,883)	-0,0081 (0,590)	0,0610 (0,200)	0,0705 (0,120)	0,0606 (0,206)	0,0687 (0,133)	0,0687 (0,133)	0,0687 (0,133)
	INDP	0,0205 (0,748)	0,0267 (0,678)	0,0110 (0,956)	0,0032 (0,987)	0,0314 (0,875)	0,0199 (0,919)	0,0199 (0,919)	0,0199 (0,919)
H2	CON1	0,0372 (0,502)	-----	-0,0626 (0,726)	-----	-0,0786 (0,662)	-----	-----	-----
	CON2	-----	0,0043 (0,947)	-----	0,5470 (0,008)	-----	0,5246 (0,011)	-----	0,5246 (0,011)
	CON3	0,0401 (0,431)	-----	-0,0403 (0,805)	-----	-0,0376 (0,819)	-----	-----	-----
	CON4	-----	0,0261 (0,791)	-----	-0,1117 (0,738)	-----	-0,1622 (0,631)	-----	-0,1622 (0,631)
	CON5	-----	0,0935 (0,572)	-----	0,3677 (0,466)	-----	0,3898 (0,443)	-----	0,3898 (0,443)
H3	DIVER	-0,0930 (0,095)	-----	0,3125 (0,080)	-----	0,3056 (0,089)	-----	-----	-----
H4	PROAC	-0,0778 (0,065)	-0,0813 (0,059)	-0,0354 (0,793)	-0,0670 (0,617)	-0,0412 (0,762)	-0,0695 (0,607)	-0,0695 (0,607)	-0,0695 (0,607)
H5	PUBL	-0,0109 (0,861)	-0,0203 (0,744)	0,1082 (0,592)	0,0697 (0,720)	0,0593 (0,771)	0,0238 (0,903)	0,0238 (0,903)	0,0238 (0,903)
	CORP	-0,0347 (0,477)	-0,0270 (0,586)	0,4375 (0,006)	0,4390 (0,005)	0,4516 (0,005)	0,4503 (0,005)	0,4503 (0,005)	0,4503 (0,005)
	INDIV	0,1260 (0,205)	0,1544 (0,122)	0,4442 (0,152)	0,4418 (0,141)	0,4397 (0,159)	0,4329 (0,152)	0,4329 (0,152)	0,4329 (0,152)
	IND	-0,0194 (0,187)	-0,0242 (0,098)	0,1631 (0,002)	0,1665 (0,001)	0,1661 (0,002)	0,1693 (0,001)	0,1693 (0,001)	0,1693 (0,001)
EDAD	-0,0284 (0,064)	-0,0285 (0,071)	-0,1062 (0,059)	-0,1316 (0,021)	-0,1058 (0,061)	-0,1296 (0,023)	-0,1296 (0,023)	-0,1296 (0,023)	-0,1296 (0,023)
C	0,2215 (0,002)	0,1700 (0,010)	-0,0874 (0,690)	0,0209 (0,915)	-0,0915 (0,678)	0,0204 (0,918)	0,0204 (0,918)	0,0204 (0,918)	0,0204 (0,918)
Observaciones	124	124	124	124	124	124	124	124	124
Prob > chi2	0,1046	0,2154	0,0014	0,0002	0,0012	0,0002	0,0002	0,0002	0,0002

Los coeficientes de estimación de las variables se muestran con sus niveles de significación entre paréntesis.

Modelo 1 incluye CON1, CON3 y DIVER; Modelo 2 incluye CON2, CON4 y CON5.

La composición del patronato en términos cognitivos, por su parte, ofrece resultados discordes en función del tipo de conocimiento al que hagamos referencia. A tenor de los datos expuestos en la **tabla 2**, solo aquellos patronos que son simultáneamente directivos de otra entidad no lucrativa (CON2) tienen un claro efecto positivo en la asignación eficiente de recursos. Aunque este efecto solo resulta significativo cuando utilizamos las medidas multidimensionales de la eficiencia.

En este sentido, no podemos verificar la segunda de las hipótesis planteadas para todo tipo de conocimiento puesto que no todos ellos favorecen la eficiente consecución de la misión. De hecho, cuando observamos el resto de los conocimientos o experiencias definidos en este estudio, comprobamos que su influencia es negativa (aunque no significativo) tanto para la eficiencia administrativa como para la multidimensional o económica. Aunque ninguno de los estimadores es significativo, según nuestros resultados, la acumulación de conocimiento a través de los consejeros que son empresarios, consejeros de empresas o de otras entidades del tercer sector, expertos en leyes o en auditoría, no supone un incremento en la capacidad supervisora o cognitiva del patronato.

En realidad, los datos confirman que la diversidad o heterogeneidad de conocimientos que conforman el patronato es mucho más eficaz que la acumulación de consejeros con un solo tipo de conocimiento específico. La variable DIVER presenta un efecto favorable y significativo para todas y cada una de las medidas de la eficiencia que hemos utilizado. Verificamos así nuestra tercera hipótesis en la que planteábamos que la inclusión de consejeros con conocimientos y experiencias dispares (esquemas cognitivos en conflicto) dentro del mismo grupo enriquece la toma de decisiones y, en definitiva, favorece la eficiencia de la fundación. Este resultado también aporta evidencia empírica que nos permite confirmar el incremento en la capacidad explicativa de un modelo de gobierno que incluye, además de los tradicionales argumentos disciplinarios, una dimensión cognitiva.

Al contrario de este resultado, la conveniencia de un carácter proactivo de los patronos en la toma de decisiones no resulta tan concluyente. Esta variable (PROAC) parece tener un efecto positivo en la reducción de los costes administrativos pero, cuando incluimos la dimensión humana y material en la eficiencia económica, este efecto desaparece. Así, con nuestros datos no se puede verificar la cuarta de las hipótesis propuestas.

Para la última de las hipótesis planteadas, la relacionada con la importancia y naturaleza de los donantes, nuestros resultados ilustran que no todo tipo de donante juega un papel efectivo en la supervisión de la fundación aunque su contribución a la misma sea especialmente significativa. En concreto, los donantes institucionales privados (CORP), esencialmente grandes corporaciones y entidades financieras, parecen especialmente favorables para las fundaciones. Aunque no intervienen de forma significativa en la reducción de los gastos administrativos, cuando utilizamos una medida multidimensional de la eficiencia, encontramos que los donantes privados de naturaleza institucional se presentan como los más cualificados para diseñar o velar por una asignación eficiente de aquellos recursos que, al menos parcialmente, han sido aportados por ellos mismos. No podemos extraer este tipo de conclusiones para ninguno de los otros dos donantes mencionados (PUBL e INDIV).

Las variables de control que introdujimos en el modelo ofrecen resultados en línea con la literatura previa en términos de tamaño (ING), es decir, el volumen de recursos que maneja una fundación afecta favorablemente a la eficiencia de la misma. Pero cuando examinamos la edad de la fundación (EDAD), los efectos se muestran más confusos. Aunque la acumulación de experiencia se vincula a una reducción en los gastos administrativos, al incluir más dimensiones en la medición de la eficiencia, la edad cambia de signo mostrando un efecto inverso sobre la misma. A tenor de estos resultados, a medida que la organización madura, pierde creatividad y, con esa pérdida, aunque mantenga controlados los gastos de administración general, la utilización global de sus recursos se torna menos eficiente.

5.1. Robustez de los resultados.

Si observamos los resultados de la **tabla 2**, podemos comprobar que la capacidad explicativa del modelo respecto a la eficiencia técnica es bastante limitada. Sin embargo, si reestimamos el modelo eliminando las dos variables cuyo efecto sobre la eficiencia no consideramos directo (tamaño e independencia) su poder explicativo aumenta considerablemente (**tabla II** del Anexo)¹². Al excluir las variables que no influyen de forma significativa sobre la eficiencia, la capacidad explicativa global del modelo aumenta (según indica la $\text{prob} > \chi^2$) y el resto de los estimadores mantienen su signo y significatividad.

Para verificar la robustez de los resultados, también estimamos un modelo básico (**tabla III** del Anexo) en el que incluimos solo aquellas variables relacionadas con las características del consejo (TAM, INDP, CON1 a CON5, DIVER y PROAC) y con los donantes (PUBL, CORP e INDIV). Observamos así que incluso cuando el modelo se reduce a las variables propiamente explicativas eliminando las de control, los principales resultados que hemos presentado en el estudio mantienen su signo y significación. En definitiva, los resultados discutidos en este trabajo parecen consistentes tanto para la muestra que analizamos como para el resto de fundaciones españolas.

6. CONCLUSIONES

El acercamiento a la población fundacional global nos ha permitido identificar algunas de las relaciones más significativas entre los mecanismos de gobierno y la eficiencia fundacional. El modelo de gobierno ampliado que hemos ensayado para la muestra de fundaciones de la que disponíamos nos permitió verificar la influencia vital de la dimensión cognitiva de un patronato conformado por consejeros con diversidad de conocimientos y, aunque con un reflejo parcial en la eficiencia, el efec-

¹² Al contrario que sucede con la estimación por mínimos cuadrados ordinarios, con la técnica de análisis *tobit* la capacidad explicativa global del modelo no aumenta a medida que se incluyen más variables independientes en el mismo, sino que, si estas no influyen sobre la variable a explicar, la capacidad explicativa disminuye.

to favorable del carácter proactivo de los patronos. A la vista de estos resultados, la capacidad explicativa del modelo disciplinario, al menos para este tipo de organizaciones, es discutible. Las características tradicionalmente abordadas para definir el órgano de gobierno empresarial, tales como la independencia o el número de consejeros, se evidencian poco relevantes a la hora de explicar la eficiencia de las fundaciones españolas. La primera conclusión que podemos extraer de nuestros resultados es que la eficiencia organizativa está más relacionada con factores de tipo cognitivo, como por ejemplo, la diversidad de conocimientos que se engloban en el patronato, que con aspectos disciplinarios. De modo que el modelo de gobierno ampliado se presenta especialmente adecuado para explicar la parcela de realidad que estamos estudiando. Aportamos así evidencia empírica, para el sector no lucrativo, de las carencias del modelo de gobierno disciplinario abogando, al mismo tiempo, por la ampliación de las funciones de los mecanismos tradicionalmente llamados «de control» con el fin de dar cabida a factores relacionados con una adecuada adaptación al entorno y con el aprovechamiento de las oportunidades que este ofrece.

A priori puede parecer que, en un sector carente de fines económicos vinculados con la maximización de beneficios, la supervivencia financiera no depende de la acertada valoración de las diversas alternativas que ofrece el contexto económico en el que se enmarca la actividad desarrollada por la fundación. Nada más lejos de la realidad. La evidencia muestra que esta cuestión, no solo es importante, sino que marca la diferencia entre la asignación de recursos de las organizaciones. En este sentido, contrastamos que el adecuado asesoramiento que proporciona un patronato conformado por expertos en múltiples áreas de conocimiento tiene un efecto favorable y significativo sobre la eficiencia económica.

Estos resultados abren una nueva y enriquecedora perspectiva para que las futuras investigaciones sobre el gobierno de las organizaciones, sin olvidar la dimensión supervisora original de los mecanismos de gobierno, atiendan cuestiones más relacionadas con la generación de valor independientemente del tipo de organización y del contexto en el que nos encontremos. El modelo de gobierno ampliado se presenta como un punto de encuentro entre dos líneas de investigación que se habían desarrollado de forma paralela e inconexa. Nos referimos, por un lado, a los estudios que abordan los mecanismos de gobierno como elementos de control de los directivos, esencialmente desarrollados desde un enfoque tradicional de agencia. Y, por otro lado, a los análisis que introducen nociones relacionadas con el conocimiento aunque entendidas como una forma de incrementar la autonomía organizativa respecto del entorno. Desde la óptica de enfoques más cognitivos como la dependencia de recursos, la acumulación de conocimientos y capacidades en el órgano de gobierno de una entidad reduce la necesidad de buscarlos fuera de la organización, disminuyendo así su exposición a la incertidumbre exterior y favoreciendo, en definitiva, el desempeño organizativo. La conexión entre ambos campos de conocimiento (teoría tradicional de agencia y teorías basadas en conocimiento) junto con el carácter proactivo en la utilización de los conocimientos acumulados y la comprensión de la incertidumbre y el conflicto cognitivo como fuentes de valor aprovechables, supone un progreso en la investigación sobre el gobierno de las organizaciones y permite incrementar la capacidad explicativa de la teoría de la agencia, no solo para el restringido ámbito del tercer sector, sino incluso, de manera más genérica, para las grandes corporaciones.

Además, los análisis realizados apuntan, aunque de forma menos robusta, que existe una relación significativa entre la naturaleza del donante y la asignación eficiente de los recursos dentro de la fundación. Los datos extraídos de nuestro análisis empírico evidencian que cuanto mayor es el volumen de fondos aportado por una institución privada –principalmente entidades financieras o empresas–, mejor utilización global de los recursos hace la fundación. A la luz de los resultados obtenidos, este tipo de donantes vela por la correcta asignación de los recursos en las fundaciones a las que confían su dinero tal que se contrasta que, a medida que aumenta el volumen de fondos que los mismos aportan, estos van adquiriendo unos derechos de control *de facto* que ejercen de forma activa influyendo en el papel del patronato en la fundación.

Estamos siendo testigos de lo que se ha denominado «un nuevo modelo de donaciones caritativas corporativas»¹³, en el que los benefactores han dejado de ser agentes pasivos de las organizaciones en las que participan, para convertirse en socios activos de las mismas. Cuando la reputación de una empresa o de una entidad financiera y, por ende, la riqueza de sus accionistas, está directamente relacionada con la actuación de una fundación (porque se ha convertido en su principal financiador), esta se responsabiliza de que funcione de forma eficiente, es decir, que con un volumen de recursos más reducido se consigan los objetivos previamente establecidos. La fundación y su papel en la sociedad se convierten en la imagen pública de la institución que las financia, de ahí su preocupación por el «buen hacer» de la entidad. En la historia económica más reciente encontramos varios ejemplos que constatan esta afirmación. Por ejemplo, Rockefeller, Carnegie o Ford son apellidos vinculados a algunas de las mayores corporaciones americanas de la era moderna que, sin embargo, no son habitualmente citados o recordados por estas empresas sino por las fundaciones que en su momento promovieron y que hoy siguen llevando su nombre.

En definitiva, de nuestros resultados se deriva que, a pesar de que las entidades no lucrativas han sido caracterizadas como una forma de *no propiedad*, a pesar de que la ventaja competitiva que ha supuesto la restricción de la no distribución las ha permitido ser elegidas por clientes y aportantes de recursos por delante de sus homólogos lucrativas en el desarrollo de determinadas actividades y, a pesar de que los objetivos perseguidos se alejan de los intereses económicos del mundo empresarial, una vez más la estructura de propiedad es un factor esencial en el estudio de todas las organizaciones con independencia de la forma legal que utilice para disfrazarse.

Este papel controlador de determinados donantes se inserta perfectamente en la dimensión disciplinaria del modelo tradicional de gobierno. No obstante, el reconocimiento simultáneo de la función supervisora que desarrollan ciertos suministradores de recursos no hace sino servir de sustento adicional al modelo de gobierno ampliado propuesto en esta investigación. Si bien nuestros resultados destacan que la dimensión cognitiva de los consejeros genera valor a través de la acumulación de conocimientos heterogéneos y de su utilización diligente, la dimensión disciplinaria de los mecanismos de gobierno tampoco debe ser obviada. Cada organización, según sus características intrínsecas y el entorno en el que desarrollan sus actividades, ha de buscarse el equilibrio

¹³ Véase «Un nuevo modelo de donaciones caritativas corporativas» publicado el 15 de diciembre de 2004 en *Ética Empresarial* de *Universia Knowledge@Wharton*.

entre las funciones supervisora y cognitiva de los mecanismos de gobierno de forma que les permita configurar el modelo de gobierno más adecuado para generar valor. En términos prácticos, los resultados obtenidos pueden servir como guía para aquellos partícipes del sector, tales como donantes, patronos y protectorados, que estén interesados en la identificación de aquellas organizaciones más eficientes en la consecución de sus fines a partir de la conformación de sus mecanismos de gobierno.

Bibliografía

- ALCHIAN, A. [1950]: «Uncertainty, Evolution, and Economic Theory». *Journal of Political Economy*, 58 (3): 211-221.
- ANDRÉS, P.; MARTÍN, N. y ROMERO, M.E. [2006]: «The Governance of Nonprofit Organizations. Empirical Evidence from Nongovernmental Development Organizations in Spain». *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 35 (4): 588-604.
- ARROW, K. [1963]: «Uncertainty and the welfare economics of medical care». *American Economic Review*, 53: 941-973.
- AXELROD, N.; GALE, R. y NASON, J. [1990]: *Building an Effective Nonprofit Board*. San Francisco: Jossey-Bass.
- BANTEL, K. y JACKSON, S. [1989]: «Top Management and Innovations in Banking: Does the Composition of the Top Team Make a Difference?». *Strategy Management Journal*, 10: 107-124.
- BAYSINGER, B.D. y HOSKISSON, R.E. [1990]: «The composition of boards of directors and strategic control: Effects on corporate strategy». *Academy of Management Review*, 15: 72-87.
- BEEKUN, R.I.; STEDHAM, Y. y YOUNG, G.J. [1998]: «Board characteristics, managerial controls and corporate strategy: A study of U.S. Hospitals». *Journal of Management*, 24 [1]: 3-19.
- BEN-NER, A. y VAN HOOMISSEN, T. [1994]: «The Governance of Nonprofit Organizations: Law and Public Policy». *Nonprofit Management & Leadership*, 4 (4): 393-414.
- BOEKER, W. y GOODSTEIN, J. [1991]: «Organizational Performance And Adaptation: Effects Of Environment And Performance On Changes In Board Composition». *Academy of Management Journal*, 34 (4):805-826.
- BOWEN, W.G. [1994]: *Inside the boardroom*. New York: John Wiley.
- BRADSHAW, P.; MURRAY, V. y WOLPIN, J. [1992]: «Do Nonprofit Boards Make a Difference? An Exploration of the Relationships Among Board Structure, Process, and Effectiveness». *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 21: 227-249.

- BRODY, E. [1996]: «Agents Without Principals: The Economic Convergence of The Nonprofit and Forprofit Organizational Forms». *New York Law School Law Review*, 40: 457-528.
- BROWN, W.A. [2005]: «Exploring the Association Between Board and Organizational Performance in Non-profit Organizations». *Nonprofit Management & Leadership*, 15 (3): 317-339.
- CALLEN, J.L. [1994]: «Money donations, volunteering and organizational efficiency». *The Journal of Productivity Analysis*, 5: 215-228.
- CALLEN, J.L. y FALK, H. [1993]: «Agency and Efficiency in Nonprofit Organizations». *Accounting Review*, 68: 48-65.
- CALLEN, J.L.; KLEIN, A. y TINKELMAN, D. [2003]: «Board Composition, Committees, and Organizational Efficiency: The Case of Nonprofits». *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 32 (4): 493-520.
- CARPENTER, M. y WESTPHAL, J. [2001]: «The strategic context of external network ties: Examining the impact of director appointments on board involvement in strategic decision making». *Academy of Management Journal*, 44 [4]: 639-660.
- CASTANIAS, R.P. y HELFAT C.E. [1991]: «Managerial Resources and Rents». *Journal of Management*, 17 (1): 155-171.
- CYERT, R.M. y MARCH, J.G. [1963]: *A Behavioral Theory of the Firm*. Prentice Hall: Englewood Cliffs, 1963.
- CHAIT, R.P.; HOLLAND, T.P. y TAYLOR, B.E. [1996]: *Improving the Performance of Governing Boards*. Phoenix, Arizona: Oryx Press.
- CHARLOT, B. [1997]: *Du rapport au savoir, Elements pour une théorie*. Anthropos.
- CHARREAUX, G. [2002a]: «Variation sur le thème "A la recherche de nouvelles fondations" pour la finance et la gouvernance d'entreprise». *Finance Contrôle Stratégie*, 5 [3]: 5-68.
- [2002b]: «L'actionnaire comme apporteur de ressources cognitives». Dossier spécial «L'actionnaire». *Revue française de gestion*, 28 [141]: 77-107.
 - [2004]: «Corporate Governance Theories: From Micro Theories to National Systems Theories». *Working Paper of FARGO* n.º 1040101. Université de Bourgogne.
 - [2005]: «Pour une gouvernance d'entreprise "comportementale": une réflexion exploratoire... Toward a Behavioral Corporate Governance Theory: An Exploratory View». *Working Paper*. FARGO-Centre de recherche en Finance, ARchitecture et Gouvernance des Organisations.
- DEMB, A. y NEUBAUER, F.F. [1992]: *The Corporate Board*. New York: Oxford University Press.
- DEMSETZ, H. [1988]: «The Theory of the Firm Revisited». *Journal of Law, Economics and Organization*, 4: 141-163.
- DONALDSON, L. [1990]: The Ethereal Hand: Organizational Economics and Management Theory. *Academy of Management Review*, 15 (3), 369-381
- EISENHARDT, K.; KAHWAJY, J. y BOURGEOIS, L. [1997]: «How management teams can have a good fight». *Harvard Business Review*, 75: 77-85.

- EUROPEAN FOUNDATION CENTRE (EFC) [2005]: *Dimensions of the Foundation Sector in the European Union. A survey of the EFC European Union Committee Research Task Force with the support of the King Baudouin Foundation.*
- FÄRE, R.; GROSSKOPF, S. y LOVELL, C.A.K. [1985]: *The Measurement of Efficiency of Production.* Boston: Kluwer-Nijhoff.
- FERLIE, E.F.; ASHBURNER, L. y FITZGERALD, L. [1994]: *The Non-executive Director and the Board-Some Evidence from the NHS.* Centre for Corporate Strategy and Change. University of Warwick.
- FLEISHMAN, J.L. [2007]: *The foundation. A great American secret.* New York: PublicAffairs.
- FORBES, D.P. y MILLIKEN, F.J. [1999]: «Cognition and corporate governance: Understanding boards of directors as strategic decision-making groups». *Academy of Management Review*, 24 (3): 489-505
- FOSS, N.J. [1996]: «Capabilities and the Theory of the Firm». *Revue d'Economie Industrielle*, 77, 3^{er} trimestre: 7-28.
- FRANSMAN, M. [1998]: «Information, Knowledge, Vision and Theories of the Firm», en DOSI, G.; TEECE, D.J. y CHITRY, J. (eds.) *Technology, Organization and Competitiveness-Perspectives on Industrial and Corporate Change*, Oxford: University Press.
- GARCÍA, J.L.; JIMÉNEZ, J.C.; SÁEZ, J. y VIAÑA, E. [2004]: *Las Cuentas de la Economía Social. El Tercer Sector en España.* Biblioteca Civitas Economía y Empresa. Colección Economía. Madrid: Civitas.
- GLAESER, E.L. [2003]: Introduction. En GLAESER, E.L. (ed.) *The Governance of Not-For-Profit Organizations.* Chicago: University of Chicago Press.
- GOLDEN, B.R. y ZAJAC, E.J. [2001]: «When will boards influence strategy? Inclination x Power = Strategic change». *Strategic Management Journal*, 22 (12): 1.087-1.111.
- GOODSTEIN, J.; GAUTAM, K. y BOEKER, W. [1994]: «The effects of board size and diversity on strategic change». *Strategic Management Journal*, 15 (3): 241-250.
- GREENE, W.H. [1999]: *Análisis Económico.* 3.^a ed. Prentice may Iberia: Madrid.
- HAMBRICK, D.C. y MASON, P. [1984]: «Upper Echelons: The Organization as a Reflection of its Top Managers». *Academy of Management Review*, 9: 193-206.
- HANSMANN, H.B. [1980]: «The role of nonprofit enterprise». *Yale Law Review*, 89, 835-899.
- HARTARSKA, V. [2005]: «Governance and Performance of Microfinance Institutions in Central and Eastern Europe and the Newly Independent Status». *World Development*, 33 (10), 1.627-1.643.
- HERZLINGER, R.E. y KRASKER, W. [1987]: «Who profits from nonprofits». *Harvard Business Review*, 65 [1]: 93-106.
- HILL, S. [1995]: «The social organisation of boards of directors». *British Journal of Sociology*, 46 [2]: 245-278.
- HILL, C.W. y SNELL, S.A. [1988]: «External control, corporate strategy, and firm performance in research-intensive industries». *Strategic Management Journal*, 9: 577-590.

- HOULE, C.O. [1989]: *Governing Boards: Their Nature and Nurture*. San Francisco: Jossey-Bass Inc.
- JACKSON, S. [1992]: «Consequences of group composition for the interpersonal dynamics of strategic issue processing». En DUTTON, J.; HUFF, A. y SHRIVASTAVA, P. (eds.). *Advances in strategic management*, 8: 345-382. Greenwich, CT: JAI Press.
- JEHN, K. [1995]: «A multimethod examination of the benefits and detriments of intragroup conflict». *Administrative Science Quarterly*, 40: 256-282.
- JENSEN, M.C. y MECKLING, W.H. [1976]: «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure». *Journal of Financial Economics*, 3 (4): 305-360.
- JUDGE, W.Q. y DOBBINS, G. [1995]: «Antecedents and effects of outside director's awareness of CEO decision style». *Journal of Management*, 21 (1): 43-64.
- JUDGE, W.Q. y ZEITHAML, C.P. [1992]: «Institutional and strategic choice perspectives on board involvement in the strategic decision process». *Academy of Management Journal*, 35 (4): 766-794.
- KNIGHT, F.H. [1921] [1965]: *Risk, Uncertainty, and Profit*. New York: Augustus M. Kelley.
- LANGLOIS, R. y N. FOSS [1999]: «Capabilities and governance: The rebirth of production in the theory of economic organization». *Kyklos*, 52: 201-218.
- LAZONICK, W. y O'Sullivan, M. [1998]: «Corporate Governance and the Innovative Economy: Policy Implications». STEP Report. ISSN 0804-8185, Oslo.
- [2000]: «Perspectives on Corporate Governance, Innovation and Economic Performance». *Working Paper*. CGEP, *The European Institute of Business Administration (INSEAD)*.
- LONG, J.S. [1997]: *Regression models for categorical and limited dependent variables*. Thousand Oaks: Sage.
- MACE, M.L. [1986]: *Directors: Myth and Reality* (2.ª edición). Boston, MA: Harvard University Graduate School of Business Administration.
- MARCUELLO, C. [1999]: «Análisis de la conducta y eficiencia de las Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo españolas». *Información Comercial Española*, 778: 181-196.
- MARTÍN, V.; MARTÍN, N. y HERNANGÓMEZ, J. [2005]: «La Valoración de los Resultados de las Entidades Sin Fines de Lucro. Una Aplicación en el Análisis de la Eficiencia de la Arquitectura Organizativa de las ONGs Españolas». *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, 71: 34-41.
- M McNULTY, T. y PETTIGREW, A. [1999]: «Strategists on the Board». *Organization Studies*, 20 (1): 47-74.
- MELCHER, R. [1996]: «The best and the worst boards». *Business Week*, November: 82-98.
- MILLIKEN, F. y VOLLRATH, D. [1991]: «Strategic decision-making tasks and group effectiveness: Insights from theory and research on small group performance». *Human Relations*, 44: 1-25.
- NELSON, R.R. y WINTER, S.G. [1982]: *An Evolutionary Theory of Economic Change*. Cambridge: Harvard University Press.

- NEMETH, C. y STAW, B. [1989]: «The tradeoffs of social control and innovation in groups and organizations». *Advances in Experimental Social Psychology*, 22: 175-210.
- O'REGAN, K. y OSTER, S. [2002]: «Does Government Funding Alter Nonprofit Governance? Evidence from New York City Nonprofit Contractors». *Journal of Policy Analysis and Management*, 21 (3): 359-379.
- [2005]: «Does the Structure and Composition of the Board Matter? The Case of Nonprofit Organizations». *Journal of Law, Economics and Organization*, 21: 205-227.
- OLSON, D.E. [2000]: «Agency Theory in the Not-for-Profit Sector: Its Role at Independent Colleges». *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 29 (2): 280-296.
- PEARCE II, J.A. y ZAHRA, S.A. [1991]. «The relative power of CEOs and boards of directors», *Strategic Management Journal* 12 (2): 135-153.
- PEFFER, J. [1972]: «Size and composition of corporate boards of directors: The organisation and its environment». *Administrative Science Quarterly*, 17: 218-228.
- PRAHALAD, C.K. [1994]: «Corporate Governance or Corporate Value Added?: Rethinking the Primacy of Shareholder Value». *Journal of Applied Corporate Finance*, 6 (4): 40-50.
- RINDOVA, V.P. [1999]: «What corporate boards have to do with strategy: A cognitive perspective». *Journal of Management Studies*, 36 (7): 953-975.
- RUIZ, J.I. (dir.) [2000]: *El sector no lucrativo en España*. Fundación BBVA. Madrid.
- SANSING, R., y YETMAN, R. [2006]: «Governing private foundations using the tax law». *Journal of Accounting and Economics*, 41(3), 363-385.
- SARGEANT, A. y KAEHLER, J. [1998]: «Benchmarking Charity Costs». *CAF Research Programme. Research Report 5*.
- SCHWEIGER, D.; SANDBERG, W. y RAJAN, J. [1986]: «Group approaches for improving strategic decision making: A comparative analysis of dialectical inquiry, devil's advocacy and consensus». *Academy of Management Journal*, 28: 51-71.
- SIMON, H.A. [1947]: *Administrative Behavior: A Study of Decision-making Processes in Administrative Organizations*. Chicago: MacMillan.
- STONE, L.M. [1975]: «The Charitable Foundation: Its Governance». *Law and Contemporary Problems*, 39 (4), 57-74.
- STILES, P. [2001]: «The impact of board on strategy: an empirical examination». *Journal of Management Studies*, 38: 5 (625-650).
- STILES, P. y TAYLOR, B. [1996]: «The Strategic Role of the board». *Corporate Governance, An International Review*, 4 (1): 3-10.
- TOBIN, J. [1958]: «Estimation of relationships for limited dependent variables». *Econometrica*, 26, 24-36.

- VANDERWARREN, K. [2002]: «Financial Accountability in Charitable Organisations: Mandating an Audit Committee Function». *Chicago-Kent Law Review*, 77, 963-988.
- WESTPHAL, J. [1999]: «Collaboration in the boardroom: Behavioral and performance consequences of CEO-Board social ties». *Academy of Management Journal*, 42: 7-24.
- WIRTZ, P. [2003]: «A resource based interpretation of performance enhancing capital structure changes: The O.M. Scott LBO revisited». *Working Paper. FARGO-Centre de recherche en Finance, ARchitecture et Gouvernance des Organisations*.
- [2005]: «Compétences, conflits et création de valeur: vers une approche intégrée de la gouvernance». *Working Paper*. Université Lumière (Lyon 2) COPISORG.
- YERMACK, D. [1996]: «Higher market valuation of companies with a small board of directors». *Journal of Financial Economics*, 40, 185-211.

ANEXO

TABLA I. Matriz de Correlaciones.

+	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
1	EFAD	1,000															
2	EFEC1	-0,142	1,000														
3	EFEC2	-0,145	0,995	1,000													
4	TAM	-0,024	0,103	0,104	1,000												
5	INDP	0,001	0,094	0,104	0,157	1,000											
6	CON1	0,003	-0,028	-0,034	0,124	0,071	1,000										
7	CON2	-0,09	0,193	0,181	0,066	0,014	0,358	1,000									
8	CON3	0,073	0,084	0,097	-0,006	0,049	0,284	-0,016	1,000								
9	CON4	-0,004	-0,129	-0,145	-0,132	-0,054	0,114	-0,099	0,171	1,000							
10	CON5	0,076	0,102	0,107	0,023	0,032	0,031	0,086	0,178	0,183	1,000						
11	DIVER	-0,187	0,206	0,203	0,288	0,045	0,289	0,365	0,230	0,188	0,398	1,000					
12	PROAC	-0,154	0,022	0,021	-0,079	0,047	0,047	0,098	0,096	0,083	0,033	0,080	1,000				
13	PUBL	-0,032	-0,016	-0,046	-0,031	-0,018	-0,015	0,124	-0,260	0,031	-0,087	0,027	-0,006	1,000			
14	CORP	-0,015	0,185	0,193	-0,141	-0,019	-0,025	-0,089	0,175	-0,110	0,007	-0,058	-0,017	-0,293	1,000		
15	INDIV	0,207	0,007	0,010	-0,088	0,056	-0,147	-0,158	0,107	-0,124	0,025	-0,183	-0,017	-0,087	-0,146	1,000	
16	ING	-0,178	0,280	0,284	0,074	0,131	-0,006	0,129	0,014	-0,057	0,008	0,233	0,079	0,082	-0,158	-0,074	1,000
17	EDAD	-0,139	-0,193	-0,189	0,017	0,038	0,013	0,158	-0,203	0,112	-0,126	-0,059	-0,091	-0,103	-0,158	-0,095	-0,005

TABLA II. Modelo de estimación sin tamaño ni independencia.

V. dependiente	EFAD		EFEC1		EFEC2	
Análisis tobit	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 1	Modelo 2
CON1	0,0379 ----	----	----	----	----	----
CON2	----	0,0028 (0,965)	----	----	----	----
H2 CON3	0,0410 ----	----	----	----	----	----
CON4	----	0,0319 (0,742)	----	----	----	----
CON5	----	0,0924 (0,576)	----	----	----	----
H3 DIVER	-0,0951 (0,078)	----	0,3713 (0,033)	----	0,3649 (0,038)	----
H4 PROAC	-0,0765 (0,067)	-0,0784 (0,067)	-0,0597 (0,657)	-0,0899 (0,503)	-0,0649 (0,632)	-0,0912 (0,501)
PUBL	-0,0100 (0,872)	-0,0172 (0,780)	0,0768 (0,702)	0,0348 (0,857)	0,0284 (0,888)	-0,0099 (0,960)
H5 CORP	-0,0333 (0,490)	-0,0217 (0,656)	0,4058 (0,010)	0,3884 (0,011)	0,4211 (0,008)	0,4018 (0,010)
INDIV	0,1293 (0,191)	0,1643 (0,096)	0,4227 (0,172)	0,3741 (0,208)	0,4216 (0,176)	0,3688 (0,218)
ING	-0,0188 (0,198)	-0,0237 (0,102)	0,1639 (0,002)	0,1698 (0,001)	0,1677 (0,001)	0,1730 (0,001)
EDAD	-0,0280 (0,067)	-0,0276 (0,078)	-0,1091 (0,053)	-0,1364 (0,017)	-0,1082 (0,056)	-0,1336 (0,020)
C	0,2392 (0,000)	0,1895 (0,000)	-0,0924 (0,533)	0,0605 (0,573)	-0,0800 (0,592)	0,0732 (0,498)
Observaciones	124	124	124	124	124	124
Prob > chi2	0,0487	0,1250	0,0007	0,0001	0,0007	0,0001

Los coeficientes de estimación de las variables se muestran con sus niveles de significación entre paréntesis.

Modelo 1 incluye CON1, CON3 y DIVER; Modelo 2 incluye CON2, CON4 y CON5.

TABLA III. Modelo de estimación sin variables de control.

V. dependiente	EFAD				EFECI				EFEC2			
	Sin TAM e INDP				Sin TAM e INDP				Sin TAM e INDP			
	Mod. 1	Mod. 2	Mod. 1	Mod. 2	Mod. 1	Mod. 2	Mod. 1	Mod. 2	Mod. 1	Mod. 2	Mod. 1	Mod. 2
Análisis <i>tobit</i>												
H1	TAM	0,000 (0,987)	-0,007 (0,636)	-----	0,065 (0,198)	0,082 (0,092)	-----	-----	0,064 (0,205)	0,080 (0,102)	-----	-----
	INDP	0,001 (0,988)	0,005 (0,941)	-----	0,054 (0,796)	0,033 (0,874)	-----	-----	0,076 (0,717)	0,053 (0,801)	-----	-----
	CON1	0,037 (0,509)	-----	0,037 (0,508)	-----	-0,140 (0,459)	-----	-0,118 (0,534)	-0,157 (0,411)	-----	-0,134 (0,484)	-----
H2	CON2	-----	-0,029 (0,658)	-----	-----	0,511 (0,017)	-----	0,525 (0,016)	-----	0,491 (0,023)	-----	0,505 (0,021)
	CON3	0,058 (0,257)	-----	0,058 (0,255)	-----	0,039 (0,816)	-----	0,020 (0,905)	0,041 (0,808)	-----	0,022 (0,896)	-----
	CON4	-----	0,012 (0,900)	-----	-----	-0,273 (0,431)	-----	-0,365 (0,290)	-----	-0,322 (0,360)	-----	-0,413 (0,237)
H3	CON5	-----	0,146 (0,381)	-----	-----	0,594 (0,270)	-----	0,633 (0,242)	-----	0,611 (0,261)	-----	0,652 (0,233)
	DIVER	-0,105 (0,059)	-----	-0,105 (0,050)	-----	0,458 (0,015)	-----	0,524 (0,004)	0,453 (0,016)	-----	0,520 (0,005)	-----
	PROAC	-0,073 (0,086)	-0,075 (0,084)	-0,073 (0,084)	-0,073 (0,089)	0,013 (0,929)	0,012 (0,930)	-0,009 (0,948)	0,008 (0,957)	0,010 (0,946)	-0,014 (0,924)	-0,010 (0,947)
.../...												

.../...

H5	PUBL	0,013 (0,837)	0,002 (0,973)	0,013 (0,835)	0,005 (0,940)	0,204 (0,329)	0,164 (0,423)	0,173 (0,408)	0,126 (0,537)	0,156 (0,458)	0,118 (0,569)	0,125 (0,552)	0,081 (0,695)
	CORP	-0,007 (0,887)	0,003 (0,947)	-0,007 (0,888)	0,008 (0,873)	0,421 (0,010)	0,430 (0,009)	0,389 (0,017)	0,371 (0,020)	0,435 (0,009)	0,440 (0,008)	0,403 (0,015)	0,383 (0,018)
	INDIV	0,158 (0,116)	0,187 (0,065)	0,158 (0,114)	0,194 (0,053)	0,457 (0,162)	0,435 (0,177)	0,441 (0,178)	0,357 (0,265)	0,452 (0,171)	0,424 (0,192)	0,439 (0,184)	0,350 (0,279)
	C	0,227 (0,007)	0,179 (0,008)	0,228 (0,000)	0,180 (0,000)	-0,254 (0,268)	-0,032 (0,880)	-0,228 (0,142)	0,039 (0,736)	-0,262 (0,259)	-0,035 (0,869)	-0,218 (0,166)	0,051 (0,658)
Observaciones		124	124	124	124	124	124	124	124	124	124	124	124
Prob > chi2		0,2146	0,4793	0,1013	0,3044	0,0731	0,0407	0,0663	0,0441	0,0694	0,0397	0,0528	0,0414

Los coeficientes de estimación de las variables se muestran con sus niveles de significación entre paréntesis.

Modelo 1: modelo en el que se incluye CON1, CON3 y DIVER; Modelo 2: modelo en el que se incluye CON2, CON4 y CON5.

ACTIVOS FINANCIEROS (II) (Borrador del Nuevo PGC)

FRANCISCO SEBASTIÁN CASTRO
Inspector de Seguros del Estado

Extracto:

EN este artículo, segundo correspondiente a los instrumentos financieros de activos, se acaban de analizar las carteras de activos financieros que desarrolla la norma de valoración y registro 9.^a del PGC: otros activos financieros a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias, inversiones financieras en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, y activos financieros disponibles para la venta. También se analizan los procesos de su reclasificación entre las diferentes categorías así como su baja y el tratamiento de los intereses y dividendos de estos elementos de activo.

Por último, se realiza el estudio de los casos particulares contemplados en la norma: instrumentos financieros híbridos, derivados y cobertura contables.

Palabras clave: borrador PGC, activos financieros e instrumentos financieros.

Sumario

1. Otros activos financieros a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias.
2. Inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas (GMA).
3. Activos financieros disponibles para la venta.
4. Reclasificación de activos financieros.
5. Baja de activos financieros.
6. Intereses y dividendos recibidos en activos financieros.
7. Casos particulares.

1. OTROS ACTIVOS FINANCIEROS A VALOR RAZONABLE CON CAMBIOS EN PÉRDIDAS Y GANANCIAS

Esta cartera es absolutamente novedosa y resulta imposible encontrar algo parecido en el Plan General de Contabilidad de 1990 (PGC de 1990). La literalidad de la norma establece lo siguiente sobre su contenido:

«En esta categoría se incluirán los activos financieros híbridos a los que hace referencia el último párrafo del apartado 5.1 de esta norma.

También se podrán incluir los activos financieros que designe la empresa en el momento del reconocimiento inicial para su inclusión en esta categoría. Dicha designación solo se podrá realizar si resulta en una información más relevante, debido a que:

- a) Se eliminan o reducen de manera significativa inconsistencias en el reconocimiento o valoración (también denominadas asimetrías contables), que en otro caso surgirían por la valoración de activos o pasivos o por el reconocimiento de las pérdidas o ganancias de los mismos con diferentes criterios.
- b) El rendimiento de un grupo de activos o de activos y pasivos financieros se gestione y evalúe sobre la base de su valor razonable de acuerdo con una estrategia documentada.»

Por lo tanto, esta cartera se utiliza para recoger los siguientes activos financieros:

- Activos híbridos del apartado 5.1 (se tratan más adelante).
- Aquellos que la empresa designe en el momento inicial debido a alguna de las siguientes razones: a) Así se otorga información más relevante. b) Existencia de asimetrías contables.

El tratamiento valorativo es análogo en todo a la cartera de Negociación y, por ello, nos remitimos a aquella.

Las razones que llevan a una empresa a designar en el momento inicial un activo como disponible para la venta son verdaderamente novedosas. De este modo, los conceptos de «asimetría» e «información más relevante» son poco familiares en nuestro entorno y, por ello, debemos acudir por el momento a la Norma Internacional de Contabilidad 39 para concretar los mismos:

- En primer lugar, se define la «asimetría contable» como la «que surgiría, al utilizar diferentes criterios para valorar activos y pasivos, o para reconocer pérdidas y ganancias de los mismos sobre bases diferentes». Sirvan a modo de ejemplo las que pueden derivarse de la cobertura del valor razonable de un instrumento de patrimonio de una entidad asociada. En ese caso surgiría la asimetría siguiente: las variaciones en el valor del derivado se recogen en Pérdidas y Ganancias, mientras que la participación se valora a coste. Por lo tanto, estaremos imputando variaciones tan solo de la partida de cobertura, y no de la cubierta. Esto no refleja la realidad financiera de cobertura que se está realizando. Y esta asimetría podría ser solucionada incorporando la participación cubierta en esta cartera.

Otro ejemplo sería la cesión temporal de activos con pacto de recompra no opcional. La asimetría contable también podría ocurrir en el caso de activos calificados como disponibles para la venta que estuvieran vinculados a pasivos cuyas variaciones no acaben en patrimonio neto. No obstante, el Borrador incorpora una serie de normas específicas (como la de coberturas contables) para deshacer todas esas asimetrías. Por lo tanto, los casos más evidentes de asimetría contable serán aquellos en los que exista una relación entre un activo y un pasivo que se compense en términos de riesgo, pero que debido a una calificación contable dispar, esa compensación no se materialice en la contabilización.

En las situaciones cotidianas de las compañías pueden existir otras que no estén previstas específicamente en la norma novena, y para lo cual, el uso de definiciones como las anteriores puede ser útil. Además, pueden darse coberturas financieras que no cumplan los requisitos para ser tratadas como cobertura contable y, por tanto, aplicar la norma novena al respecto. Pero la existencia de esta cartera puede ser útil para superar dicho inconveniente.

- El objetivo de proporcionar información más relevante entraría dentro de la política contable de la compañía y deberá, por tanto, ser delimitado formalmente.

2. INVERSIONES EN EL PATRIMONIO DE EMPRESAS DEL GRUPO, MULTIGRUPO Y ASOCIADAS (GMA)

La valoración de las inversiones en el patrimonio de empresas del GMA es, en apariencia, un concepto que apenas cambia respecto al PGC de 1990. Pero la realidad es que este apartado envuelve una complejidad tanto teórica como práctica que está muy alejada del tratamiento sencillo otor-

gado por la anterior norma. En consecuencia, aunque aparentemente inocua, la presente norma presenta cierta complejidad. Además, hay que considerar el elevadísimo número de compañías que se verán obligadas a utilizar los criterios de valoración aquí contenidos.

La denominación de esta cartera es muy explícita al delimitar lo que en ella incorporaremos: inversiones en el patrimonio de compañías GMA. Aunque en la mayor parte de los casos se tratará de acciones de esas compañías, es destacable el hecho de que existan instrumentos distintos que son computables como patrimonio del emisor y que, por lo tanto, parece lógico incorporar aquí también. Respecto a esto, resulta paradigmático el caso de algunos derivados (generalmente *warrants*) emitidos por la propia compañía sobre su propio patrimonio, los cuales pueden tener la consideración de patrimonio para el emisor, y parece adecuado, por tanto, considerarlos instrumento de patrimonio para el inversor. Por lo tanto, sería posible incorporar derivados en esta cartera.

Al referirnos a la cartera de instrumentos de patrimonio de empresas del GMA, es necesario analizar en primer lugar el Código de Comercio, y lo que allí se dispone en relación con estas compañías, así como su reciente modificación por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. Los aspectos más relevantes de dicha modificación normativa están recogidos en los artículos 42 y 47 del Código de Comercio. El 42 se refiere al alcance de la consolidación y nos delimita el concepto de grupo de la siguiente manera:

«[...] 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.»

El artículo 47 hace referencia a las sociedades multigrupo (gestión conjunta) y asociadas:

«1. Cuando una sociedad incluida en la consolidación gestione conjuntamente con una o varias sociedades ajenas al grupo otra sociedad, esta podrá incluirse en las cuentas consolidadas aplicando el método de integración proporcional, es decir, en proporción al porcentaje que de su capital social posean las sociedades incluidas en la consolidación.

[...]

3. Cuando una sociedad incluida en la consolidación ejerza una influencia significativa en la gestión de otra sociedad no incluida en la consolidación, pero con la que esté asociada por tener una participación en ella que, creando con esta una vinculación duradera, esté destinada a contribuir a la actividad de la sociedad, dicha participación deberá figurar en el balance consolidado como una partida independiente y bajo un epígrafe apropiado.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe una participación en el sentido expresado, cuando una o varias sociedades del grupo posean, al menos, el 20% de los derechos de voto de una sociedad que no pertenezca al grupo.»

Si bien ambos artículos hacen referencia al régimen de consolidación, resultan relevantes para la calificación de dichas compañías como dependientes, multigrupo o asociadas, y lo cual además afecta a la contabilidad individual.

Adicionalmente, a lo dispuesto en el Código de Comercio, también hay que tener en cuenta lo que se concreta en el apartado 13 de la «Norma para la elaboración de las cuentas anuales», recogida en la tercera parte del Borrador:

«[...] En este sentido, se entiende que existe influencia significativa en la gestión de otra empresa, cuando se cumplan los dos requisitos siguientes:

- a) La empresa o una o varias empresas del grupo, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, participan en la empresa, y
- b) Se tenga el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control.

Asimismo, la existencia de influencia significativa se podrá evidenciar a través de cualquiera de las siguientes vías:

- 1. Representación en el consejo de administración u órgano equivalente de dirección de la empresa participada;
- 2. Participación en los procesos de fijación de políticas;
- 3. Transacciones de importancia relativa entre el inversor y la participada;
- 4. Intercambio de personal directivo; o
- 5. Suministro de información técnica esencial.»

De todo lo anterior se deduce un cambio fundamental que afecta a la consideración empresa asociada, respecto al concepto antiguo. Si bien en ambos casos se establece la necesidad de existen-

cia del ejercicio de una «influencia significativa», se modifican los supuestos de presunción de la misma, introduciéndose los conceptos cualitativos anteriores.

Además, desde un punto de vista cuantitativo es destacable que no se recoja la regla del 3% de participación para la consideración de asociada en las sociedades cotizadas, junto con la regla del 20% anterior.

La valoración inicial se realiza «inicialmente al coste, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada más los gastos de transacción que les sean directamente atribuibles, debiéndose aplicar, en su caso, el criterio incluido en el apartado 2.1 contenido en la norma relativa a operaciones entre empresas del grupo». El criterio del apartado 2.1 al que se hace referencia es el siguiente, relativo a las aportaciones no dinerarias:

«En las aportaciones no dinerarias a una empresa del grupo o a aquellas en virtud de las cuales dos empresas pasan a formar parte del mismo grupo, se presumirá, salvo prueba en contrario, que se trata de una operación de permuta de carácter no comercial en el aportante de los bienes.»

A su vez, el régimen de permutas se recoge en el apartado 1.3 de la norma 2.^a, sobre el Inmovilizado material, y a ella nos remitimos.

Es destacable que, en este caso, al no usarse el valor razonable no se aplica la presunción de equivalencia del valor razonable con la contraprestación, lo cual es habitual en el resto de carteras. Esto tendrá un efecto diferenciador de esta cartera con las demás en los casos en que la contraprestación no coincida con el valor razonable de la inversión. En el resto de carteras la valoración debería realizarse por el valor razonable, mientras que aquí en todo caso coincidirá con la contraprestación.

También se establece en la norma en cuanto a la valoración inicial:

«No obstante, si existiera una inversión anterior a su calificación como empresa del grupo, multigrupo o asociada, se considerará como coste de dicha inversión el valor contable que debiera tener la misma inmediatamente antes de que la empresa pase a tener esa calificación. En su caso, los ajustes valorativos previos asociados con dicha inversión contabilizados directamente en el patrimonio neto, se mantendrán en este hasta que se produzca alguna de las circunstancias descritas en el apartado 2.5.3 siguiente.»

Por lo tanto, si con anterioridad a la adquisición de la condición de entidad del grupo, multigrupo o asociada existiera una participación sobre la que se hubieran realizado ajustes valorativos con cargo o abono a patrimonio neto, éstos se deben mantener hasta que se dé de baja la participación o se produzca una corrección valorativa por deterioro. Los siguientes ejemplos tratan este tema:

En la adquisición también tendremos que tener en cuenta lo siguiente:

- Los derechos preferentes de suscripción ejercidos para adquirir el instrumento de patrimonio incrementan el valor de la participación, al igual que en el Plan General de 1990.

- Los dividendos devengados que no se hayan hecho efectivos se segregan, al igual que en el Plan General de 1990, reflejándose por separado (ver apartado 2.9 de la norma novena, comentado más adelante).

Respecto a la valoración sucesiva, el Borrador de julio establece lo siguiente:

«Las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, se valorarán por su coste, menos, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro.

Cuando deba asignarse valor a estos activos por baja del balance u otro motivo, se aplicará el método del coste medio ponderado por grupos homogéneos, entendiéndose por éstos los valores que tienen iguales derechos.»

Por lo tanto, la valoración posterior de estos instrumentos se debe realizar por el coste, debiendo practicar en su caso las correcciones valorativas por deterioro que procedan.

Además, cuando tengamos que valorar los instrumentos de esta cartera se aplica el criterio de coste medio ponderado, al igual que en el PGC de 1990.

En los aspectos analizados hasta ahora en los instrumentos de patrimonio de las empresas del GMA no existen verdaderas diferencias con el Plan de 1990. Los cambios más significativos se producen en las correcciones valorativas por deterioro, por cuanto su concepto es sustancialmente diferente de las provisiones por depreciación de la norma antigua.

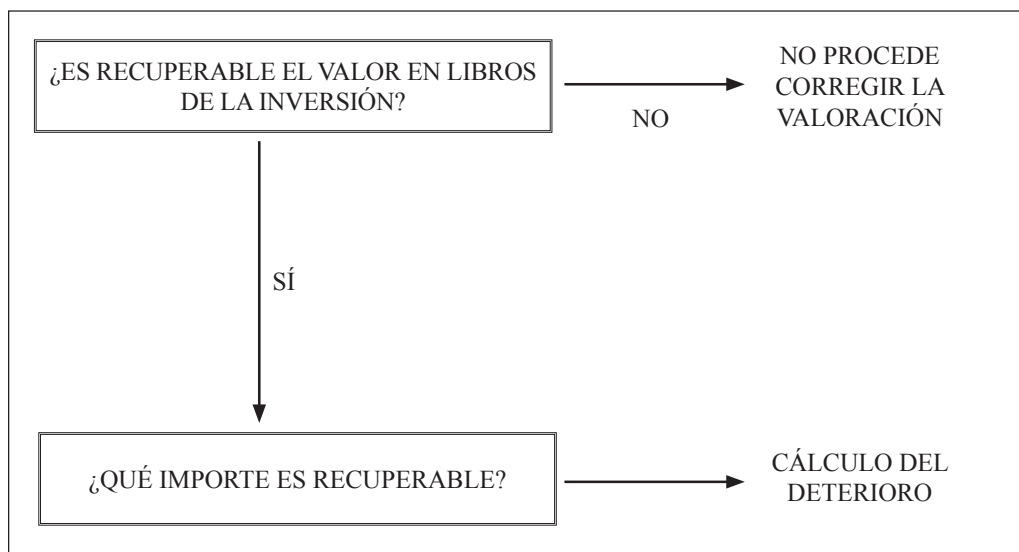
La norma novena del Borrador establece en cuanto a la estimación del deterioro lo siguiente:

«Al menos al cierre del ejercicio, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor en libros de una inversión no será recuperable.

El importe de la corrección valorativa será la diferencia entre su valor en libros y el importe recuperable, entendido este como el mayor importe entre su valor razonable menos los gastos de venta y el valor actual de los flujos de efectivo futuros derivados de la inversión, calculados, bien mediante la estimación de los que se espera recibir como consecuencia del reparto de dividendos realizado por la empresa participada y de la enajenación o baja en cuentas de la inversión en la misma, bien mediante la estimación de su participación en los flujos que se espera sean generados por la empresa participada, procedentes tanto de sus actividades ordinarias como de su enajenación o baja en cuentas. Salvo mejor evidencia del importe recuperable de las inversiones, en la estimación del deterioro de esta clase de activos se tomará en consideración el patrimonio neto de la entidad participada corregido por las plusvalías tácitas existentes en la fecha de la valoración. En la determinación de ese valor, y siempre que la empresa participada participe a su vez en otra, deberá tenerse en cuenta el patrimonio neto que se desprende de las cuentas anuales consolidadas elaboradas aplicando los criterios incluidos en el Código de Comercio y sus normas de desarrollo.»

Como ya mencionamos anteriormente, el concepto de deterioro en los instrumentos de patrimonio significa una falta de recuperabilidad del valor en libros de la inversión. En todo caso, se trata de una corrección valorativa sobre un elemento del activo, al igual que las provisiones por depreciación, y su mecánica contable va a ser la misma.

Pero para determinar si existe o no deterioro tendremos que llevar a cabo el siguiente proceso deductivo:



La norma 8.^a del PGC de 1990 establece que cuando el valor de la participación, medido a partir del valor teórico contable corregido por las plusvalías tácitas que existan inicialmente y que subsistan en el momento de la valoración, sea inferior al valor neto contable de la misma, se debe realizar corrección valorativa. Por lo tanto, no existe la primera pregunta de este proceso, sino que únicamente atendemos al valor de la participación mirando al pasado, que ha resultado en el patrimonio vigente. En cambio, el enfoque del Borrador va mucho más allá, ya que la primera pregunta implica una mirada al futuro para analizar si realmente el importe reflejado en balance está justificado con el retorno esperado, o si por el contrario debemos disminuir su importe hasta alcanzar un equilibrio con el valor actual de los flujos futuros. En cualquier caso, la posición del Borrador parte de la base de que quien mejor conoce a su participada es el inversor y, por lo tanto, no establece criterios rígidos para realizar esas correcciones. De nuevo se pone de manifiesto el espíritu liberal de la norma, muy enfocado en la autorregulación.

Una vez hemos respondido afirmativamente a la primera pregunta, debemos calcular el importe de la corrección valorativa por deterioro, que será:

$$DETERIORO = V - R$$

Donde:

V = Valor en libros.

R = Importe recuperable.

A su vez, el Borrador define el importe recuperable como el mayor entre los dos siguientes:

- Valor razonable menos los costes de venta.
- Valor actual de los flujos de efectivo derivados de la inversión.

Bajo el PGC de 1990 se consideraba que en todo caso el valor de la participación en el momento presente era el dato a tener en cuenta cuando se producía un caída en el mismo respecto al importe contabilizado inicialmente. Para ello nos aproximábamos a ese valor de la participación a través de los datos contables que extraíamos del balance, junto con una serie de cálculos extracontables sobre las plusvalías tácitas. En cualquier caso, el grado de subjetividad era reducido, y esta medida fácil de calcular. No obstante, aproximarse al verdadero valor de una participación por esos medios resulta extremadamente cauteloso, pero en la mayor parte de los casos inapropiado, debido a las siguientes razones:

- Estamos teniendo en cuenta exclusivamente datos contables, y por lo retrospectivos en su mayor parte. Esto tiene el inconveniente adicional de estar los elementos patrimoniales valorados bajo el criterio de precio de adquisición.
- Solo computamos las plusvalías tácitas iniciales, y no las que pudieran haber surgido con posterioridad: cuando la participación llevaba bastante tiempo en el balance de la sociedad, esas plusvalías estarían en buena parte amortizadas, si correspondían a elementos amortizables. En cambio, otras plusvalías tácitas adicionales que hubieran surgido no habrían aflorado y tampoco serían computables.
- Este método de valoración no tiene en cuenta plazos ni características de las inversiones. Un mal resultado puntual podía dar lugar a una provisión, sin que eso reflejara un verdadero empeoramiento en la situación del negocio que se está valorando.

Por lo tanto, sobre el sistema del Plan General de 1990 sabemos que obtiene resultados que son *a priori* incompatibles con la imagen fiel, debido a la excesiva cautela.

En cambio, este sistema permite ir más allá de los meros datos contables para analizar el futuro y tener también en cuenta el horizonte temporal de la participación:

- Mediante la utilización del procedimiento de descuento estamos considerando no solo el valor de unos activos materiales, inmateriales y financieros sino, sobre todo, la capacidad de la compañía para utilizarlos y extraer de ellos rendimientos.

- Además, podremos tener en cuenta condiciones del entorno económico que afectan al negocio pero que no son reflejadas por la contabilidad.
- También podemos incorporar en la valoración elementos que introduzcan conceptos de gestión de riesgos, valorando los flujos atendiendo a su mayor o menor verosimilitud.

La introducción de este procedimiento valorativo resulta ciertamente rompedor con el criterio del PGC de 1990 por las siguientes razones:

- Para la valoración estamos tomando el mayor de dos valores, lo cual resulta manifiestamente contrario al principio de prudencia. Además, en determinadas situaciones, la utilización del mayor de dos valores puede dar lugar a incongruencias.
- Este proceso de valoración tiene un fuerte componente subjetivo derivado de la estimación de los flujos de efectivo futuros y, sobre todo, de la tasa que utilizaremos para descontar dichos flujos.

El PGC de 1990 establecía que la valoración para dotar provisión debía realizarse mediante «criterios valorativos racionales admitidos en la práctica», que daba lugar al criterio del patrimonio neto contable corregido de plusvalías existentes en el momento inicial y que subsistieran. La presente norma va mucho más allá, al reconocer un criterio financiero como válido para la valoración. No obstante, dado el elevado coste y dificultad de cálculo a partir de los flujos estimados, el Borrador reconoce el criterio del patrimonio neto ajustado por plusvalías tácitas como preferente salvo que se demuestre una mejor valoración y, por lo tanto, simplifica esta cuestión sustancialmente.

La cuestión de la valoración va más allá de un problema teórico-práctico de valoración financiera y se puede convertir en una cuestión controvertida por las siguientes razones:

- Las valoraciones empresariales generalmente requieren la contratación de expertos (tasadores, consultores, financieros, etc.), que suelen percibir grandes honorarios por realizar su trabajo. Todo esto puede contribuir a incrementar fuertemente los costes de la administración de una sociedad.
- Los procedimientos de valoración están dotados de una importante carga de subjetividad. Esto resulta especialmente relevante en el Borrador que aquí se analiza, dado que el procedimiento de valoración expuesto apenas se define con claridad.

En cualquier caso, estos inconvenientes se ven en buena medida reducidos por la consideración de la valoración partiendo de los datos contables como preferente frente al criterio de descuento de flujos. No obstante, esa valoración contable no deja de tener su dificultad y coste, sobre todo por el lado de la estimación de plusvalías tácitas.

A pesar de las dificultades que estos procedimientos de valoración conllevan, consideramos un avance la incorporación de procedimientos valorativos más acordes con los que la práctica

financiera realiza, en ocasiones lejos de los meros datos contables. Además, no hay que olvidar que en todo caso esto se aplica para reflejar el deterioro y, por lo tanto, minusvalías y no plusvalías.

El **ejemplo 1** trata la cuestión de la valoración inicial de las participaciones en entidades dependientes, multigrupo y asociadas. Las correcciones valorativas y sus reversiones en todo caso acabarán en los resultados del ejercicio. Además, el Borrador del PGC establece también al tratar esta cuestión lo siguiente:

EJEMPLO 1:

«ABC, SA» adquiere el 01-05-X7 el 60% de las acciones de «BETA» por un importe de 200.000 €, adquiriendo el control de la misma en ese momento. Los gastos de la operación han ascendido a 2.000 €. Además, hay un dividendo pendiente de pago de 0,12 € por acción, acordado el 15-04-X7, y que se hará efectivo el 15-05-X7.

Contabilizar dichas operaciones.

Solución

+ Valor de lo entregado	200.000
+ Gastos	2.000
– Dividendo pendiente	(3.600)
= Coste	198.400

01-05-X7	Debe	Haber
Participaciones l/p empresas del grupo (2403)	198.400	
Dividendo a cobrar (545)	3.600	
Tesorería (57)		202.000

15-05-X7	Debe	Haber
Dividendo a cobrar (545)		3.600
Tesorería (57)	3.600	

Las correcciones valorativas y sus reversiones en todo caso acabarán en los resultados del ejercicio. Además, el Borrador del PGC establece también al tratar esta cuestión lo siguiente:

«Las correcciones valorativas por deterioro y, en su caso, su reversión, se registrarán como un gasto o un ingreso, respectivamente, en la cuenta de Pérdidas y Ganancias. La reversión del deterioro tendrá como límite el valor en libros de la inversión que estaría reconocida en la fecha de reversión si no se hubiese registrado el deterioro del valor.

No obstante, en el caso de que se hubiera producido una inversión en la empresa, previa a su calificación como empresa del GMA, y, con anterioridad a esa calificación, se hubieran realizado ajustes valorativos imputados directamente al patrimonio neto derivados de tal inversión, dichos ajustes se mantendrán tras la calificación hasta la enajenación o baja de la inversión, momento en el que registrarán en la cuenta de Pérdidas y Ganancias, o hasta que se produzcan las siguientes circunstancias:

- a) En el caso de ajustes valorativos previos por aumentos de valor, las correcciones valorativas por deterioro se registrarán contra la partida del patrimonio neto que recoja los ajustes valorativos previamente practicados hasta el importe de los mismos y el exceso, en su caso, se registrará en la cuenta de Pérdidas y Ganancias.
- b) En el caso de ajustes valorativos previos por reducciones de valor, cuando posteriormente el importe recuperable sea superior al valor contable de las inversiones, este último se incrementará, hasta el límite de la indicada reducción de valor, contra la partida que haya recogido los ajustes valorativos previos y a partir de ese momento el nuevo importe surgido se considerará coste de la inversión. Sin embargo, cuando exista una evidencia objetiva de deterioro en el valor de la inversión, las pérdidas acumuladas directamente en el patrimonio neto se reconocerán en la cuenta de Pérdidas y Ganancias.»

Por lo tanto, la corrección por deterioro tiene especial complicación cuando existiera una participación anterior a la consideración como GMA de la que existieran ajustes valorativos bloqueados en el patrimonio neto. En ese caso establece la norma lo siguiente:

- Si el ajuste previo fue positivo, a la hora de practicar el deterioro consumiremos en primer lugar el incremento patrimonial. La parte del deterioro que en su caso exceda del incremento patrimonial previo se cargará en Pérdidas y Ganancias.
- Si el ajuste previo fue negativo y posteriormente se recupera el valor de la inversión (una vez hemos calificado la participación inicial como GMA), se puede revalorar la participación hasta dejarla en el importe inicial (anterior a la disminución de valor). Una vez consumido dicho ajuste el precio resultante será el nuevo coste.

No obstante, si existe una evidencia objetiva de deterioro, las pérdidas acumuladas en patrimonio neto se deben llevar a Pérdidas y Ganancias.

El **ejemplo 2** y siguientes tratan las correcciones valorativas por deterioro en empresas del GMA:

EJEMPLO 2:

Considerando los datos del supuesto anterior, suponemos adicionalmente:

- El patrimonio neto de «BETA» el 01-05-X7 es de 217.333 €.
- Las plusvalías existentes se atribuyen a un terreno.

A 31-12, el patrimonio neto es de 180.000 y las plusvalías iniciales se han reducido en un 50%. Considérense los siguientes supuestos:

- i. Las perspectivas del negocio han mejorado desde la fecha 01-05.
- ii. Existen dudas sobre las perspectivas futuras. Los analistas valoran la participación mediante el descuento de dividendos esperados en 150.000 €.

Solución

Inicialmente:

$$60\% \times \text{Patrimonio} = 130.400$$

$$\text{Plusvalía total del terreno} = (196.400 - 130.400) / 0,6 = 110.000$$

A 31-12:

$$60\% \times \text{Patrimonio} = 108.000$$

$$60\% \times \text{Plusvalía del terreno} = 110.000 \times 0,5 \times 60\% = 33.000$$

i. Patrimonio neto correspondiente a la participación a 31-12 + Plusvalía tácita que persiste = $108.000 + 33.000 = 141.000 < 198.400$

El valor teórico de la participación es notablemente inferior al coste inicial. No obstante, dado que no existen razones para pensar que no se pueda recuperar el importe de la inversión, no se practica corrección valorativa por deterioro.

ii. Del enunciado se deduce el posible deterioro. En este caso, habrá que dotar la oportuna corrección valorativa, a partir de los datos que disponemos:

$$198.400 - 141.000 = 57.400$$

$$198.400 - 150.000 = 48.400$$

$$150.000 > 141.000 \Rightarrow \text{tomamos la segunda}$$

.../...

.../...

31-12-X7	Debe	Haber
Pérdidas por deterioro de participaciones y valores repr. deuda l/p (696)	48.400	
Deterioro de valor de participaciones a l/p en empresas del grupo (2933)		48.000

EJEMPLO 3:

Considerando los datos del supuesto anterior, y partiendo del punto ii. del mismo:

- El patrimonio neto de «BETA» el 31-12-X8 es de 700.000 €.
- Las plusvalías iniciales del terreno han desaparecido.

Se considera que no existen dudas sobre la recuperabilidad de la inversión.

Solución

Valoración a 31-12-X8: $700.000 \times 0,6 = 420.000$

Ya no existen dudas sobre la recuperabilidad, por lo tanto revierte el deterioro.

31-12-X7	Debe	Haber
Deterioro de valor de participaciones a l/p en empresas del grupo (2933)	48.400	
Reversión deterioro de participaciones y valores representativos de deuda l/p (796)		48.400

EJEMPLO 4:

Considerando los datos del supuesto 1, suponemos adicionalmente: el patrimonio neto de «BETA» el 01-05-X7 es de 217.333 €.

Las plusvalías existentes se atribuyen a un terreno.

.../...

.../...

A 31-12, el patrimonio neto es de 500.000 y las plusvalías tácitas iniciales han desaparecido.

Existen dudas sobre las perspectivas futuras. Los analistas valoran la participación mediante el descuento de dividendos esperados en 150.000 €.

Solución

Nos encontramos ante un supuesto en el que habrá que tener en cuenta el posible deterioro.

Por el método del patrimonio neto de la participada: $500.000 \times 0,6 = 300.000$.

Por lo tanto, tomando como valor razonable el que se deduce de la contabilidad, aparentemente no habría que reflejar el deterioro.

En este caso parece más razonable considerar que el valor contable de la participación no es una buena medida del valor razonable, sino que utilizamos el método de descuento de flujos.

EJEMPLO 5:

Año 1: la sociedad «A» compra una acción que representa el 1% del capital de otra por importe de 12 € y la clasifica como cartera disponible para la venta.

Al cierre de ese ejercicio el valor razonable se estima es 10 € por acción.

Año 2: «A» compra un 50% de las acciones de la sociedad, cuyo valor razonable se estima en 15 € por acción, si bien se paga a 16 € por acción por el sobreprecio de toma de control.

Año 3: dos alternativas:

- i. Al cierre del año 3 se considera que el valor razonable de la inversión asciende a 10 € por acción, pero se podrá recuperar el valor en libros de la inversión.
- ii. Al cierre del año 3 se considera difícil poder recuperar el importe del valor en libros de la inversión. La valoración de la compañía es de 10 € por acción.

.../...

.../...

Solución

• Año 1:

- Por la toma de participación:

12	<i>Inversiones financieras a l/p en instrumentos de patrimonio (250)</i>		
		a Bancos (572)	12
		x	

- Por el menor valor de la participación:

2	<i>Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta (800)</i>		
		a Inversiones financieras a l/p en instrumentos de patrimonio (250)	2
		x	

- Al cierre del ejercicio:

2	<i>Ajustes por activos financieros disponibles para la venta (1330)</i>		
		a Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta (800)	2
		x	

• Año 2:

- Por la toma de participación:

800	<i>Participaciones l/p empresas grupo (2403)</i> (50 acc. × 16 €/acc.)		
		a Bancos (572)	800
		x	

- Por el ajuste de valor de la participación inicial ¹:

5	<i>Inversiones financieras a l/p en instrumentos de patrimonio (250)</i>		
		a Beneficios en activos financieros disponibles para la venta (900)	5
		x	

.../...

¹ La consideración del valor de la primera acción por un valor de 15 o de 16 € es dudosa. Hemos optado por valorarla a 15 € por considerar que el ajuste de esta acción se haría inmediatamente antes al incremento de la participación. Además es justificable el hecho de que el valor razonable de una participación del 1% sea inferior al del 50%.

.../...

- Por la reclasificación de la participación:

15	Participaciones l/p empresas grupo (2403)		a	Inversiones financieras a l/p en instrumentos de patrimonio (250)	15
		_____	x	_____	

- Al cierre del ejercicio:

5	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta (900)		a	Ajustes por activos financieros disponibles para la venta (1330)	5
		_____	x	_____	

• **Año 3:**

Alternativa i

No procede realizar anotación contable.

Alternativa ii

Coste medio ponderado = $(15 + 800) / 51 = 15,98 \text{ €/acc.}$

Total deterioro = $(15,98 - 10) \times 51 = 305.$

3	Deterioro de participaciones en el patrimonio de empresas del grupo (894)				
302	Pérdidas por deterioro de participaciones en instrumentos patrimonio l/p, empresas del grupo (6960)		a	Deterioro de valor de participaciones l/p en partes vinculadas (293)	305
		_____	x	_____	

Al cierre del ejercicio

3	Ajustes por activos financieros disponibles para la venta (1330)		a	Deterioro de participaciones en el patrimonio de empresas del grupo (894)	3
		_____	x	_____	

EJEMPLO 6:

Año 1: la sociedad «A» compra una acción que representa el 1% del capital de otra por importe de 12 € y la clasifica como cartera disponible para la venta.

Al cierre de ese ejercicio el valor razonable se estima es 10 € por acción.

Año 2: «A» compra un 50% de las acciones de la sociedad, por las que se paga 10 € por acción.

Al cierre del año 2 se considera que el importe recuperable de la inversión es de 14 € por acción.

Año 3: Al cierre del ejercicio se considera que el valor contable de la participación no será recuperable más que en 9 € por acción.

Solución

• Año 1:

– Por la toma de participación:

12	<i>Inversiones financieras a l/p en instrumentos de patrimonio (250)</i>		
		a Bancos (572)	12
		x	

– Por el menor valor de la participación:

2	<i>Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta (800)</i>		
		a Inversiones financieras a l/p en instrumentos de patrimonio (250)	2
		x	

– Al cierre del ejercicio:

2	<i>Ajustes por activos financieros disponibles para la venta (1330)</i>		
		a Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta (800)	2
		x	

.../...

.../...

- **Año 2:**

- Por la toma de participación:

500	Participaciones l/p empresas grupo (2403) (50 acc. × 10 €/acc.)		
		a Bancos (572)	500
_____		x _____	

- Por la reclasificación de la participación:

10	Participaciones l/p empresas grupo (2403)		
		a Inversiones financieras a l/p en instrumentos de patrimonio (250)	10
_____		x _____	

- Por la valoración de la participación inicial:

2	Participaciones l/p empresas grupo (2403)		
		a Beneficios en activos financieros disponibles para la venta (900)	2
_____		x _____	

- Al cierre del ejercicio:

2	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta (900)		
		a Ajustes por activos financieros disponibles para la venta (1330)	2
_____		x _____	

- **Año 3:**

- Por el deterioro:

53	Pérdidas por deterioro de participaciones en instrumentos patrimonio l/p, empresas del grupo (6960)		
		a Deterioro de valor de participaciones l/p en partes vinculadas (293)	53
_____		x _____	

También menciona el Borrador la posibilidad de ajustar el patrimonio neto si existieran altas tasas de inflación en las inversiones en entidades extranjeras que operen con una divisa distinta, de la siguiente manera:

«Cuando la empresa participada tuviere su domicilio fuera del territorio español, el patrimonio neto a tomar en consideración vendrá expresado en las normas contenidas en la presente disposición. No obstante, si mediaran altas tasas de inflación, los valores a considerar serán los resultantes de los estados financieros ajustados en el sentido expuesto en la norma relativa a moneda extranjera.»

En la norma undécima, relativa al tratamiento de la moneda extranjera, se nos define el concepto «altas tasas de inflación», utilizando para ello algunos criterios difíciles de comprobar:

«Se considera que existen altas tasas de inflación cuando se den determinadas características en el entorno económico de un país, entre las que se incluyen, de forma no exhaustiva, las siguientes:

- a) Que la tasa acumulativa de inflación en tres años se aproxime o sobrepase el 100%.
- b) Que la población en general prefiera conservar su riqueza en activos no monetarios o en otra moneda extranjera estable.
- c) Que las cantidades monetarias se suelen referenciar en términos de otra moneda extranjera estable, pudiendo incluso los precios establecerse en otra moneda.
- d) Que las ventas y compras a crédito tengan lugar a precios que compensen la pérdida de poder adquisitivo esperada durante el aplazamiento, incluso cuando el período es corto, o
- e) Que los tipos de interés, salarios y precios se ligen a la evolución de un índice de precios.»

Además, en esa misma norma se establece lo siguiente:

«Cuando, de acuerdo con lo dispuesto en la norma relativa a instrumentos financieros, se deba determinar el patrimonio neto de una empresa participada corregido, en su caso, por las plusvalías tácitas existentes en la fecha de valoración, se aplicará el tipo de cambio de cierre al patrimonio neto y a las plusvalías tácitas existentes a esa fecha.

No obstante, si se tratase de empresas extranjeras que se encuentren afectadas por altas tasas de inflación, los citados valores a considerar deberán resultar de estados financieros ajustados, con carácter previo a su conversión. Los ajustes se realizarán de acuerdo con los criterios incluidos en las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas sobre "Ajustes por altas tasas de inflación".»

La remisión que se realiza a las normas de consolidación actualmente se refiere a lo dispuesto en el artículo 57 del Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, en el que se señala lo siguiente:

«Cuando las sociedades extranjeras se encuentren afectadas por altas tasas de inflación, las partidas del balance y de la cuenta de Pérdidas y Ganancias deben ser ajustadas, antes de proceder a su conversión a pesetas, por los efectos de los cambios en los precios, de acuerdo con el método del tipo de cambio de cierre o deben ser convertidas a pesetas siguiendo el método monetario-no monetario siempre que, atendiendo a las circunstancias que concurran, las cuentas así convertidas permitan reflejar la imagen fiel.

Los ajustes por inflación se realizarán siguiendo las normas establecidas al efecto en el país donde radique la sociedad extranjera [...].»

A su vez, los métodos de tipo de cambio de cierre y monetario-no monetario se encuentran en dicha misma norma, en los artículos 55 y 56 respectivamente. No obstante, dado que no es el objeto de este artículo centrarnos en dichos aspectos, no vamos a proseguir en el análisis. Además, cabe destacar que dicho Reglamento de Consolidación previsiblemente será modificado para ajustarlo a las nuevas normas contables.

En conclusión, esta cartera incorpora modificaciones en el tratamiento valorativo que son de gran relevancia y que ciertamente aumentan la subjetividad de las valoraciones. De esta manera, se abre la puerta a grandes arbitrariedades si quien formula las cuentas así lo desea, pero también permitirá reflejar valores más realistas que las derivadas del PGC de 1990.

Como mecanismo de lucha contra los efectos perniciosos derivados de una combinación de subjetividad y mala administración, el artículo 37 del Código de Comercio, tras la nueva redacción establecida en la Ley 16/2007, resalta la veracidad de la que deben responder quienes firmen las cuentas anuales. De esta forma se añade una disposición tendente a evitar que la mayor flexibilidad otorgada por el Borrador del PGC para alcanzar la imagen fiel de la situación financiera, patrimonial y los resultados de una compañía produzca un efecto negativo sobre dicha imagen fiel. Todo ello pendiente de analizar su concreción en una expresión más específica.

Por último, la siguiente tabla señala las diferencias entre el régimen aplicable a las participaciones en el patrimonio de las empresas del GMA en el Plan General de 1990 y el Borrador de julio de 2007:

TABLA 1. *Comparativa Borrador julio 2007 versus PGC 1990.*

Concepto	PGC 1990	PGC 2007
Valoración inicial	Precio de adquisición (incluyendo gastos como mayor precio de adquisición)	Contraprestación + gastos
Interés explícito y dividendos devengados no vencidos	Se separan	Se separan
Valoración sucesiva	Coste – Provisión	Coste – Deterioro
.../...		

.../...		
Corrección valorativa	Criterios valorativos razonables admitidos en la práctica => valor teórico contable corregido en plusvalías iniciales que subsistan	Importe recuperable. Se incorpora un criterio financiero, pero se simplifica estableciendo la presunción de patrimonio neto corregido por plusvalías
Asignación de valor	CMP	CMP

3. ACTIVOS FINANCIEROS DISPONIBLES PARA LA VENTA

La cartera de activos financieros disponibles para la venta es seguramente la más interesante desde una perspectiva estrictamente contable. La razón es la incorporación de los movimientos con cargo o abono a patrimonio neto y, en consecuencia, la utilización de las ya famosas cuentas de los grupos ocho y nueve. Todo ello al margen de la utilización del controvertido criterio de valor razonable para la valoración sucesiva.

También cabe destacar de esta cartera su desafortunada denominación, ya que induce a confusión cuando comenzamos a estudiar las diferentes carteras: la razón es que su nombre da la sensación de incorporar instrumentos a corto plazo o especulativos cuando la realidad es que esos instrumentos acabarían en la cartera de negociación², y no en la de Disponibles para la venta.

En primer lugar, en cuanto al contenido de esta cartera es el siguiente, tal y como se define en la norma novena:

«En esta categoría se incluirán los activos financieros que no se hayan clasificado en ninguna de las categorías anteriores. En ningún caso se podrán clasificar en esta categoría los créditos por operaciones comerciales y no comerciales según se definen en el apartado 2.1 anterior.»

Por lo tanto, esta cartera es un «cajón de sastre», en el que en principio caben todo tipo de instrumentos financieros salvo los crediticios que no sean valores negociables. Aunque en principio aparente ser una cartera que vaya a tener gran relevancia cuantitativa en una compañía, la realidad es que las posibilidades de usarla fuera del sector financiero son reducidas. La razón es que la mayoría de las operaciones financieras que las compañías no financieras realizan se incluyen en alguna de las siguientes categorías: otorgamiento de créditos, operaciones a corto plazo para rentabilizar excedentes de tesorería, mantenimiento de participaciones estratégicas en empresas dependientes, multigrupo o asociadas) y, en ocasiones, operaciones de cobertura utilizando instrumentos derivados. Pero todas las operaciones anteriores reciben en el Borrador un tratamiento contable específico y, por lo tanto, no las incluiremos en la cartera de activos financieros disponibles para la venta. En la práctica, el único caso en el que aparentemente podría resultar

² Véase más arriba: Negociación.

útil sería para participaciones a largo plazo en el patrimonio de una compañía que no se cualifica como GMA. Esto puede ser corriente en el caso que la empresa participada sea una compañía cotizada, como consecuencia de la elevación del porcentaje de participación para ser considerada como asociada.

En cuanto a la incorporación en esta cartera de valores de renta fija a largo plazo, este tipo de operaciones no es habitual fuera del sector financiero.

En cuanto a la valoración, esta cartera tiene bastantes elementos en común con la cartera de Negociación. La norma establece respecto a la valoración inicial lo siguiente:

«Los activos financieros disponibles para la venta se valorarán inicialmente por su valor razonable que, salvo evidencia en contrario, será el precio de la transacción, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada, más los gastos de transacción que les sean directamente atribuibles.

Formará parte de la valoración inicial el importe de los derechos preferentes de suscripción y similares que, en su caso, se hubiesen adquirido.»

Por lo tanto, recuperamos en esta cartera el criterio de valoración inicial a valor razonable, con la presunción de equivalencia a la contraprestación, al igual que en la cartera de Negociación.

La valoración sucesiva no presenta grandes dificultades salvo en lo relativo al deterioro. Vamos a analizarlo por partes:

«Los activos financieros disponibles para la venta se valorarán por su valor razonable, sin deducir los gastos de transacción en que se pudiera incurrir en su enajenación. Los cambios que se produzcan en el valor razonable se registrarán directamente en el patrimonio neto, hasta que el activo financiero cause baja del balance o se deteriore, momento en que el importe así reconocido se imputará a la cuenta de Pérdidas y Ganancias.

Cuando deba asignarse valor a estos activos por baja del balance u otro motivo, se aplicará el método del coste medio ponderado por grupos homogéneos.»

De lo anterior se deduce que el criterio de valoración sucesiva es en todo análogo al anteriormente expuesto para la cartera de Negociación. Pero, a diferencia de aquella, en esta vamos a cargar o abonar contra patrimonio neto, utilizando las cuentas de los grupos ocho y nueve, expresamente introducidos como novedad en el Borrador para atender estas operaciones.

Comparando las carteras de Negociación y Disponible para la venta, podemos considerar razonable que, dado el carácter especulativo atribuido a los instrumentos incorporados en la cartera de Negociación, seamos más estrictos y llevemos sus variaciones directamente a la cuenta de Pérdidas

y Ganancias. En cambio en la cartera de Disponible para la venta, debido al plazo más largo de las operaciones, podría resultar distorsionador hacer lo mismo y, por lo tanto, llevamos las variaciones de valor razonable contra cuentas de patrimonio neto.

Además, hay que tener en cuenta los inconvenientes fiscales que podría suponer llevar todas las variaciones de valor razonable a Pérdidas y Ganancias. Respecto a esto cabe destacar que el efecto cuantitativo sobre el patrimonio neto será el resultante de incorporar un incremento (disminución) como consecuencia del aumento (disminución) del valor razonable del instrumento, junto con una disminución (incremento) de patrimonio neto como consecuencia del efecto del Impuesto sobre Beneficios. De este modo, aunque todavía no se haya incorporado en la base imponible el rendimiento positivo o negativo derivado de dicho instrumento, habrá que reflejar que la verdadera variación de patrimonio neto lo será por el importe de dicho rendimiento deducido el efecto impositivo.

En cualquier caso, en el momento de la baja del instrumento se deben trasladar todas las variaciones en el valor razonable hacia la cuenta de Pérdidas y Ganancias, incluidas las que se hubieran incorporado en el patrimonio neto. Además, para la valoración en caso de compras sucesivas se mantiene el criterio de coste medio ponderado, al igual que en el PGC de 1990.

Los grupos ocho y nueve a los que anteriormente hemos hecho referencia y que posteriormente se tratarán con un ejemplo se denominan respectivamente «Gastos imputados al patrimonio neto» e «Ingresos imputados al patrimonio neto». Su mecánica es similar a las cuentas de gasto e ingreso recogidas en los grupos seis y siete del plan: al cierre del ejercicio, ninguna de dichas cuentas podrá estar recogida en el balance de situación. Al igual que los gastos e ingresos son regularizados utilizando la cuenta 129. Resultados del ejercicio, tampoco las cuentas de los grupos ocho y nueve pueden lucir en el balance. Estas últimas deberán ser regularizadas utilizando las cuentas del subgrupo 13. Subvenciones, donaciones y ajustes por cambios de valor. Dichas cuentas del subgrupo 13 no son cuentas de reservas, ni tienen la misma consideración mercantil que las reservas. De hecho, en el balance, dentro de la rúbrica A) Patrimonio neto se distinguen tres subrúbricas: A-1) Fondos propios (donde se incluyen, entre otras, las reservas propiamente dichas), A-2) Ajustes por cambios de valor (donde se recoge el resultado de regularizar las cuentas de los grupos ocho y nueve), y A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos.

Otras notas de relevancia que también establece la norma novena sobre la valoración sucesiva en esta cartera son las siguientes:

«No obstante lo anterior, las correcciones valorativas por deterioro del valor y las pérdidas y ganancias que resulten por diferencias de cambio en activos financieros monetarios en moneda extranjera, de acuerdo con la norma relativa a esta última, se registrarán en la cuenta de Pérdidas y Ganancias.

También se registrarán en la cuenta de Pérdidas y Ganancias el importe de los intereses, calculados según el método del tipo de interés efectivo y de los dividendos devengados.

Las inversiones en instrumentos de patrimonio cuyo valor razonable no se pueda determinar con fiabilidad se valorarán por su coste, menos, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro del valor.»

Por lo tanto, aunque las variaciones en el valor razonable del instrumento se incorporen al patrimonio neto, existen algunas operaciones que se van a reflejar en la cuentas de Gasto o Ingreso de Pérdidas y Ganancias. Estas operaciones son el deterioro, los dividendos e intereses y las variaciones en el tipo de cambio en partidas monetarias denominadas en moneda extranjera.

Además, dentro de la cartera de Disponible para la venta podemos distinguir un subgrupo de instrumentos de patrimonio sobre los que no tenemos datos suficientes o adecuados para calcular el valor razonable. Evidentemente, ante la falta de datos el tratamiento que otorgamos es el de coste.

Es destacable la distinción entre valoración con fiabilidad y deterioro: el hecho de no disponer de datos adecuados para valorar con fiabilidad no implica necesariamente que se haya producido un deterioro. El deterioro requiere la existencia de «evidencia objetiva» de falta de recuperabilidad del valor en libros de la inversión. La ausencia de información apropiada no constituye por sí misma una evidencia objetiva. Por ejemplo, las acciones de una compañía que cotice en bolsa pero haya sido suspendida de negociación por alguna razón sobre la que se desconozca el impacto que pudiera tener sobre la cotización, no necesariamente se han deteriorado.

No obstante, sí cabe pensar en algunos casos en que sin dicha «evidencia objetiva» podríamos concluir en la existencia de un deterioro. Un ejemplo sería en el caso de las inversiones en una compañía localizada en un territorio que tenga un riesgo-país significativo, y en el que exista en un momento determinado un riesgo significativo de nacionalización o expropiación de la misma como consecuencia de una revolución. En ese caso es probable que no dispongamos de datos para valorar la compañía e incluso, aunque los dispusiéramos, éstos resulten de escasa utilidad práctica, aunque atendiendo a las condiciones del entorno cabría realizar una estimación con mayor o menor grado de objetividad sobre las posibilidades de deterioro por las razones apuntadas.

La Norma Internacional de Contabilidad 39 señala en su Guía de Aplicación (apartados GA80 y GA81) unos requisitos no acumulativos aplicables para considerar que el valor razonable de un instrumento de patrimonio que no tenga un precio de mercado activo se puede determinar con fiabilidad: a) la variabilidad en el rango de estimaciones razonables de valor razonable no es significativo para ese instrumento, o b) las probabilidades de las diversas estimaciones dentro del rango pueden ser razonablemente valoradas y utilizadas al estimar el valor razonable.

Independientemente de la subjetividad de dichos requisitos, parece evidente que, si se diera alguno de aquellos casos, deberíamos informar de ello y en su caso argumentarlo, tal y como se indica en el apartado 9.2.3.b) de la Memoria.

El siguiente ejemplo expresa el tratamiento contable de la cartera de Disponible para la venta, como consecuencia de variaciones en el valor razonable:

EJEMPLO 7:

«ABC, SA» adquiere el 01-10-X7, 2.000 acciones de «BKT» al precio de 61 € por acción. «BKT» había acordado la distribución de un dividendo con cargo a los resultados de 20X7 de 1 € por acción, que se hará efectivo el 15-12-X7. Desea mantener estas acciones indefinidamente.

El 31-12 la cotización es 66 €.

El 01-12-X8 se venden las acciones por 72 € por acción, con unos gastos de 200 €.

Nota: No se tenga en cuenta consideración fiscal alguna.

Solución

Valor razonable = $2.000 \times (61 - 1) = 120.000$

En el momento de la compra:

01-10-X7	Debe	Haber
IF l/p instrumentos patrimonio (250)	120.000	
Dividendo a cobrar (545)	2.000	
Tesorería (57)		122.000

Por el cobro del dividendo:

15-12-X7	Debe	Haber
Tesorería (57)	2.000	
Dividendo a cobrar (545)		2.000

Al cierre del ejercicio por el reconocimiento de la variación en el valor razonable:

31-12-X7	Debe	Haber
IF l/p instrumentos patrimonio (250)	12.000	
Beneficios act. fin. disponibles vta. (900)		12.000

Al cierre del ejercicio por la regularización de los grupos ocho y nueve:

31-12-X7	Debe	Haber
Beneficios act. fin. disponibles vta. (900)	12.000	
Ajustes valoración instrumentos financieros (133)		12.000

.../...

.../...

Inmediatamente antes de la venta de las acciones, por el ajuste en el valor razonable:

01-12-X8	Debe	Haber
IF l/p instrumentos patrimonio (250)	11.800	
Beneficios act. fin. disponibles vta. (900)		11.800

Por la venta de las acciones y el reconocimiento del beneficio:

01-12-X8	Debe	Haber
Tesorería (57)	143.800	
Transf. de b.º en af. disp. para vta. (802)	23.800	
IF l/p instrumentos patrimonio (250)		143.800
Beneficios de disponibles vta. (7632)		23.800

Al cierre del ejercicio por la regularización de los grupos ocho y nueve:

31-12-X8	Debe	Haber
Ajustes valoración instrumentos fin (133)	12.000	
Beneficios act. fin. disponibles vta. (900)	11.800	
Transf. de b.º en af. disp. para vta. (802)		23.800

En cuanto al deterioro, la norma establece lo siguiente:

«Al menos al cierre del ejercicio, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor de un activo financiero disponible para la venta o grupo de activos financieros disponibles para la venta con similares características de riesgo valoradas colectivamente, se ha deteriorado como resultado de uno o más eventos que hayan ocurrido después de su reconocimiento inicial, y que ocasionen:

- En el caso de los instrumentos de deuda adquiridos, una reducción o retraso en los flujos de efectivo estimados futuros, que pueden venir motivados por la insolvencia del deudor; o
- En el caso de inversiones en instrumentos de patrimonio, la falta de recuperabilidad del valor en libros del activo producida por un descenso prolongado o significativo en su valor razonable. En todo caso, se presumirá que el instrumento se ha deteriorado ante una caída

de un año y medio y de un cuarenta por 100 en su cotización, sin que se haya producido la recuperación de su valor.

La corrección valorativa por deterioro del valor de estos activos financieros será la diferencia entre su coste o coste amortizado menos, en su caso, cualquier corrección valorativa por deterioro previamente reconocida en la cuenta de pérdidas y ganancias y el valor razonable en el momento en que se efectúe la valoración.»

Por lo tanto, la norma vuelve a definir las causas del deterioro al igual que se había hecho con otras carteras.

El deterioro es especialmente problemático en esta cartera debido a que ya está valorada a valor razonable, por lo tanto, cualquier variación en el valor del instrumento quedaría reflejada. La diferencia fundamental proviene de si consideramos esa variación como un mero cambio de valor razonable o si nos encontramos ante una verdadera dificultad para recuperar la inversión.

En el caso de los instrumentos de deuda, los problemas son menores, ya que existen parámetros en el mercado que nos pueden dar una indicación sobre la causa a la que responde una fuerte caída de valor.

En cambio, en los instrumentos de patrimonio resulta más complicado determinar si se podrá o no recuperar el importe de la inversión. Por ello establece el Plan la necesidad de que la caída sea fuerte (mayor al 40%) y prolongada (al menos un año y medio), para considerarlo como deterioro. No obstante, además de esos supuestos de presunción podríamos encontrarnos con otros diferentes en los que se considerara la existencia de deterioro. En este sentido, el concepto de deterioro se delimita de manera más genérica en la Norma Internacional de Contabilidad 39, apartado 61, en donde se hace referencia a «cambios significativos que, con un efecto adverso, hayan tenido lugar en el entorno tecnológico, de mercado, económico o legal en el que opere el emisor [...]».

En cuanto a los casos en los que previamente existieran variaciones de valor razonable recogidas en patrimonio neto, si se produce deterioro, habrá que operar de la siguiente manera:

«Las pérdidas acumuladas reconocidas en el patrimonio neto por disminución del valor razonable, siempre que exista una evidencia objetiva de deterioro en el valor del activo, se reconocerán en la cuenta de Pérdidas y Ganancias.

Si en ejercicios posteriores se incrementase el valor razonable, la corrección valorativa reconocida en ejercicios anteriores revertirá con abono a la cuenta de Pérdidas y Ganancias del ejercicio. No obstante, en el caso de que se incrementase el valor razonable correspondiente a un instrumento de patrimonio, la corrección valorativa reconocida en ejercicios anteriores no revertirá con abono a la cuenta de Pérdidas y Ganancias y se registrará el incremento de valor razonable directamente contra el patrimonio neto.»

Por lo tanto, al realizar una corrección valorativa por deterioro tendremos que traspasar todas las variaciones recogidas en patrimonio neto a Pérdidas y Ganancias. En caso de haber realizado abonos a patrimonio neto, deberemos consumirlos y, una vez consumidos todos ellos, comenzaremos a cargar a Pérdidas y Ganancias por deterioro. En caso de haber realizado previamente cargos a patrimonio neto, deberemos traspasar éstos a Pérdidas y Ganancias y, en su caso, continuar cargando en resultados del ejercicio por el deterioro excedente.

Lo más destacable de lo anterior es la diferencia de tratamiento entre los instrumentos de renta fija y los de renta variable en cuanto a la reversión del deterioro: mientras que, en los primeros, la reversión se produce de forma simétrica a su nacimiento, en los instrumentos de patrimonio, la reversión se realiza abonando a patrimonio neto, pero el nacimiento del deterioro se realizó cargando a Pérdidas y Ganancias. Para ello se crean las cuentas del subgrupo 99. Reversión del deterioro de activos financieros.

Por último la norma trata el deterioro en instrumentos de patrimonio valorados al coste, donde se remite a lo dispuesto para la cartera de Participaciones en el patrimonio de entidades del grupo, multigrupo y asociadas:

«En el caso de instrumentos de patrimonio que se valoren por su coste, por no poder determinarse con fiabilidad su valor razonable, la corrección valorativa por deterioro se calculará de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.5.3 de esta norma, relativo a las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, y no será posible la reversión de la corrección valorativa reconocida en ejercicios anteriores.»

Lo más destacable en este caso es el carácter permanente de esta corrección valorativa.

4. RECLASIFICACIÓN DE ACTIVOS FINANCIEROS

Este apartado trata la cuestión que surge cuando cambian las condiciones iniciales y nuestras inversiones tienen un propósito diferente al que inicialmente les fue atribuido. En ese caso es posible que sea necesario aplicar un tratamiento valorativo distinto al inicial, derivado del cambio de cartera.

La siguiente tabla muestra los cambios de cartera posibles. En el eje vertical se muestran los puntos de partida y en el horizontal los de destino.

TABLA 2. *Reclasificaciones de cartera.*

De \ Hacia	Negociación	Vencimiento	Prestamos	Disponible venta
Negociación		⊘	⊘	⊘
Vencimiento	⊘		⊘	✓
Prestamos	⊘	⊘		⊘
Disponible venta	⊘	✓	⊘	

En primer lugar, hay que destacar que estas reclasificaciones se aplican únicamente a efectos contables. Evidentemente, las normas de contabilidad no pueden definir la gestión de la cartera de Activos financieros y, por lo tanto, todos los instrumentos son susceptibles de ser vendidos en cualquier momento sin necesidad de reclasificación.

De la tabla anterior se deduce una única reclasificación posible, que sería el traspaso de la cartera de Inversión a vencimiento a Disponible para la venta, y viceversa. Pero la norma también establece unas pequeñas «penalizaciones» para evitar la reclasificación voluntaria por parte de las compañías que no responda a la verdadera finalidad de las operaciones, así como la utilización inapropiada de la cartera de Inversión a vencimiento:

«No se podrá clasificar o tener clasificado ningún activo financiero en la categoría de inversiones mantenidas hasta el vencimiento si en el ejercicio a que se refieren las cuentas anuales, o en los dos precedentes, se han vendido o reclasificado activos incluidos en esta categoría por un importe que no sea insignificante en relación con el importe total de la categoría de inversiones mantenidas hasta el vencimiento, salvo aquellas que correspondan a ventas o reclasificaciones:

- a) Muy próximas al vencimiento, o
- b) Que hayan ocurrido cuando la empresa haya cobrado la práctica totalidad del principal, o
- c) Atribuibles a un suceso aislado, fuera del control de la empresa, no recurrente y que razonablemente no podía haber sido anticipado por la empresa.»

La norma establece adicionalmente el criterio de valoración aplicable en caso de producirse dicha reclasificación.

En relación a la proximidad al vencimiento, cabe señalar que la Norma Internacional de Contabilidad 39 establece como ejemplo de proximidad al vencimiento el periodo de tres meses.

Lo que probablemente tenga más impacto en las compañías, de la norma de reclasificaciones, es lo siguiente:

«La empresa no podrá reclasificar ningún activo financiero incluido inicialmente en la categoría de mantenidos para negociar o a valor razonable con cambios en la cuenta de Pérdidas y Ganancias a otras categorías, ni de estas a aquellas.»

«Cuando la inversión en el patrimonio de una empresa del grupo, multigrupo o asociada deje de tener tal calificación, la inversión que, en su caso, se mantenga en esa empresa se valorará de acuerdo con las reglas aplicables a los activos financieros disponibles para la venta.»

La imposibilidad de reclasificación hacia la cartera de Negociación o la otra análoga valorativamente responde a la necesidad de evitar que las reclasificaciones de cartera respondan a criterios distintos del cambio de destino de los activos financieros. Por tanto, impidiendo dicha reclasificación, se evita la posibilidad de alterar los resultados del ejercicio o el patrimonio neto de la compañía con el objeto de mostrar importes superiores o inferiores.

La reclasificación de las inversiones en el patrimonio del GMA resulta congruente con el resto de la norma cuando se pierda dicha condición. La **tabla 2** no recogía esta posibilidad de reclasificación por una razón: las reclasificaciones recogidas en dicha tabla se refieren a actos voluntarios de la compañía o, mejor dicho, que no son fácilmente delimitables *a priori*. En cambio, la adquisición o pérdida de la condición de dependiente, multigrupo o asociada de una empresa está delimitada en la normativa, de forma que la reclasificación se deberá hacer cuando se cumplan los requisitos que dicha norma establece.

5. BAJA DE ACTIVOS FINANCIEROS

Este apartado trata las reglas para considerar en qué situaciones se deben dar de baja los activos financieros. La norma establece dos casos de baja; el primero, en el que se exige la cesión sustancial de riesgos y beneficios, se expresa en los siguientes términos:

«La empresa dará de baja un activo financiero, o parte del mismo, cuando expiren o se hayan cedido los derechos contractuales sobre los flujos de efectivo del activo financiero, siendo necesario que se hayan cedido de manera sustancial los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del mismo, en circunstancias que se evaluarán comparando la exposición de la empresa, antes y después de la cesión, a la variación en los importes y en el calendario de los flujos de efectivo netos del activo transferido. Se entenderá que se han cedido de manera sustancial los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo financiero cuando su exposición a tal variación deje de ser significativa en relación con la variación total del valor actual de los flujos de efectivo futuros netos asociados con el activo financiero.»

A pesar de lo subjetivo de los conceptos introducidos en el párrafo, podemos concluir que los activos normalmente se darán de baja cuando se produzca alguna de las siguientes situaciones:

- Se entregue la propiedad a terceros, desapareciendo los derechos de la empresa derivados de dichos activos.

- Los activos se extingan, junto con los derechos que éstos conllevan.
- Se cedan a terceros una gran parte de los derechos inherentes al activo, conservando una parte residual de los mismos.

El Borrador también recoge un segundo caso, más complejo y ambiguo, sobre la baja de activos financieros:

«Si la empresa no hubiese cedido ni retenido sustancialmente los riesgos y beneficios, el activo financiero se dará de baja cuando no hubiese retenido el control del mismo, situación que se determinará dependiendo de la capacidad del cesionario para transmitir dicho activo. Si la empresa cedente mantuviese el control del activo, continuará reconociéndolo por el importe al que la empresa esté expuesta, a las variaciones de valor del activo cedido, es decir, por su compromiso continuo, y reconocerá un pasivo asociado.»

Este último caso es similar al planteado en la consulta al Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas, resuelta en el BOICAC n.º 6 de julio de 1991, sobre cesiones temporales de activos. A su vez, esta misma cuestión está planteada en la norma de valoración decimocuarta del Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras, aprobado por Real Decreto 2014/1997, sobre cesiones temporales de activos.

En cualquier caso, las diferencias positivas o negativas que surjan entre el valor de lo entregado y lo recibido deberán incorporarse a los resultados del ejercicio, teniendo en cuenta también la transferencia a resultados de las diferencias positivas o negativas recogidas en el patrimonio neto.

EJEMPLO 8:

El 1 de febrero de este año la compañía «VENDE» ha llegado a un acuerdo con «COBRA» respecto al cobro de las facturas de la primera. «VENDE» tiene una política de financiación a sus clientes a 180 días. Los flujos de las facturas que se van a ceder al cobro y sus fechas de vencimiento son:

30-04	15-05	31-07	15-08	31-08
10.000	50.000	30.000	25.000	100.000

La probabilidad estimada por «VENDE» de impago es del 85%.

El acuerdo se puede realizar con dos modalidades distintas:

- «COBRA» realiza la gestión del cobro de las facturas y, en caso de producirse el cobro, «COBRA» percibiría el 10% del importe cobrado.
- «COBRA» entrega a «VENDE» el valor actual de las facturas a cobrar, descontándolas a un tipo de interés del 15% (base Act/360), y «VENDE» se desvincula de esas facturas. No obstante, «COBRA» retiene el 10% del nominal de las facturas hasta el momento del vencimiento de la última de ellas, en concepto de garantía ante posibles fraudes.

.../...

.../...

La tasa de interés sin riesgo se ha situado en ese momento en el 4% y «COBRA» es una empresa con excelente calidad crediticia.

«VENDE» ha contabilizado los créditos por el nominal.

SE PIDE: Contabilizar las operaciones en cada uno de los casos, según «VENDE».

Solución

• Caso i.

Nos encontramos ante una mera actividad de prestación de servicios de cobro (factoring con recurso y sin financiación), en donde la cesión de riesgos y beneficios es muy pequeña. «COBRA» realiza el servicio de gestión de cobro y asume el riesgo de esta actividad, percibiendo una retribución completamente variable en función de los cobros que se produzcan. «VENDE» evita tener que mantener una estructura de cobro. No obstante, no existe cesión sustancial de riesgos y beneficios y, por lo tanto, no procede dar de baja las cuentas a cobrar.

— Por la factura del 10-4:

9.000,00	Bancos (572)		
1.000,00	Otros servicios (629)	a Clientes (430)	10.000,00
_____		x _____	

Y así se operaría sucesivamente para cada factura, a medida que se vayan produciendo los cobros.

En caso de impago se procedería de la misma manera que si no existiera tal contrato.

• Caso ii.

En este caso se trata de una verdadera venta de las partidas a cobrar y, por lo tanto, hay una cesión sustancial de riesgos y beneficios en la operación. La garantía constituida no está relacionada directamente con el posible impago de las facturas por razones crediticias, sino con el fraude que pudiera existir que en su caso condujera al impago.

La siguiente tabla muestra la diferencia del valor actual de los importes percibidos por «COBRA» ante variaciones en la probabilidad de cobro, comparando los casos en que se haya recurrido al factoring o se haya hecho el cobro por sí misma:

Probabilidad	Factoring	Cobro	Diferencia
100%	200.991,54	210.966,01	9.974,47
95%	200.991,54	200.417,71	– 573,83
90%	200.991,54	189.869,41	– 11.122,13
85%	200.991,54	179.321,11	– 21.670,43

.../...

.../...

.../...

...	...	...	...
80%	200.991,54	168.772,81	– 32.218,73
75%	200.991,54	158.224,50	– 42.767,03
70%	200.991,54	147.676,20	– 53.315,33
65%	200.991,54	137.127,90	– 63.863,63
60%	200.991,54	126.579,60	– 74.411,93

Por lo tanto, se observa como existe una verdadera cesión de riesgos ya que, a medida que varía la probabilidad de cobro, el importe percibido a través del *factoring* es siempre el mismo.

Fechas	N.º días	Factor descuento	Nominal	Importe descontado
01-02-2007	0	1	0,00	0,00
30-04-2007	88,00	0,966412971	10.000,00	9.664,13
15-05-2007	103,00	0,960801502	50.000,00	48.040,08
31-07-2007	180,00	0,932504808	30.000,00	27.975,14
15-08-2007	195,00	0,927090227	25.000,00	23.177,26
31-08-2007	211,00	0,921349324	100.000,00	92.134,93
Total			215.000,00	200.991,54

La garantía que se constituye se puede considerar como un depósito en el que el suceso contingente sería que existiera alguna irregularidad que impidiera su cobro. Por ello, vamos a tratarlo valorativamente como un crédito no comercial. Su valoración inicial la realizamos por el valor razonable, que será el valor actual de la cantidad a percibir:

$$21.500 \times 1,04^{(-211/360)} = 21.011,40$$

Por el cobro anticipado:

179.491,54	Bancos (572)		
21.011,40	Garantías financieras a corto plazo (569)		
14.497,06	Otros gastos financieros (669)		
		a Clientes (430)	215.000,00
		x	

Llegado el vencimiento de la última factura:

21.500,00	Bancos (572)		
		a Garantías financieras a corto plazo (569)	21.011,40
		a Otros ingresos financieros (769)	488,60
		x	

6. INTERESES Y DIVIDENDOS RECIBIDOS EN ACTIVOS FINANCIEROS

El planteamiento en la norma novena de esta cuestión es esencialmente el mismo que el del Plan de 1990: segregación de los importes devengados antes de la adquisición y que todavía no sean efectivos.

No obstante, también se introduce una novedad en los siguientes términos:

«Asimismo, si los dividendos distribuidos proceden inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición, no se reconocerán como ingresos, y minorarán el valor contable de la inversión.»

7. CASOS PARTICULARES

En materia de activos financieros, la norma novena hace también referencia a un conjunto de casos especiales a los que da un tratamiento detallado. Debido a su especificidad, y por razones de espacio, vamos a tratarlos brevemente. Estos son los siguientes:

- Instrumentos financieros híbridos: son los denominados «productos estructurados», que están compuestos, al menos, por un instrumento derivado y otro no derivado. Respecto a éstos, hay que tener en cuenta que, junto a su régimen específico contenido en el apartado 5.1 de la norma novena, hay que atender también a lo señalado en la cartera de Otros a valor razonable con cambios en Pérdidas y Ganancias, a la que anteriormente hicimos referencia. Un ejemplo sería un depósito garantizado que paga el 75% de la revalorización media del IBEX 35 y el EUROSTOXX 50 en un período anual. En este ejemplo, dada la diferencia de naturaleza entre los riesgos de la operación de contado (riesgo de crédito) y el derivado sobre los índices bursátiles (riesgo de mercado, fundamentalmente), procedería contabilizar dichos instrumentos por separado, salvo que se optara por valorar el instrumento híbrido en su conjunto a valor razonable con cambios en Pérdidas y Ganancias.
- Derivados con subyacente que sean instrumentos de patrimonio no cotizados cuyo valor razonable no pueda ser determinado con fiabilidad: se valoran por el coste, deducido en su caso el deterioro.
- Contratos que se mantengan con el propósito de recibir o entregar un activo no financiero: a éstos ya hicimos referencia al tratar la cartera de Negociación. Estos contratos son fundamentalmente derivados sobre subyacentes no financieros con entrega física³. El tratamiento contable es como un anticipo a cuenta de compras o ventas y, por lo tanto, a diferencia de los derivados financieros o los que se liquidan por diferencias (sean financieros o no), no se tratan a valor razonable. El ejemplo más característico de este tipo de contratos es el de compra-venta a plazo, que se suele aplicar para el aprovisionamiento de materias primas, entre otros.

³ No obstante, la norma hace una excepción con aquellos en los que, existiendo la entrega física, se proceda a vender en un corto período de tiempo el subyacente recibido.

- Coberturas contables: la norma novena recoge un poderoso instrumental para la contabilización de las operaciones de cobertura. Las características esenciales que se deben cumplir para que podamos aplicar la norma de coberturas contables son las siguientes:

1. Debe tratarse de un riesgo específicamente identificado.
2. El riesgo debe ser susceptible de producir un impacto en Pérdidas y Ganancias por cambios en el valor razonable o en los flujos de efectivo o en ambos.
3. El instrumento designado como cobertura debe ser un derivado, con la única excepción de la cobertura del tipo de cambio. En este último caso se puede realizar con activos o pasivos financieros distintos de los derivados.
4. No son admisibles las coberturas de activos netos de pasivos, ni viceversa.
5. Se requiere una designación formal y una documentación de la operación. La cobertura ha de ser altamente eficaz.
6. La norma distingue tres tipos de cobertura:
 - a) Valor razonable: por ejemplo, la cobertura de las variaciones en la cotización de unas acciones que se mantienen en cartera. En este caso, todas las variaciones en los instrumentos se llevan a resultados del ejercicio.
 - b) Flujos de efectivo: por ejemplo, la cobertura de los efectos derivados de una variación en los tipos de interés sobre un préstamo a tipo variable, tal y como se recoge en el **ejemplo 9**. Las variaciones se recogen transitoriamente en cuentas de patrimonio neto hasta el momento de su imputación a resultados del ejercicio.
 - c) Inversión neta de negocios en el extranjero: consiste en la cobertura del efecto derivado del tipo de cambio sobre el patrimonio neto de una filial o sucursal en el extranjero que se vea afectada por el riesgo-divisa. Las variaciones se recogen transitoriamente en cuentas de patrimonio neto hasta el momento de imputación a resultados del ejercicio, cuando se produzca la enajenación de la participación.

EJEMPLO 9:

El 01-01-X7 la compañía «BANCARREGLADA, SA» obtiene una financiación a tipo de interés variable a 5 años, por importe de 1.000 €. Dada su elevada solvencia la compañía se financia a EURIBOR un año.

Debido al elevado volumen de la operación, y ante la expectativa de subida de tipos de interés, la compañía contrata un *swap* de tipos de interés que le permita cubrir este riesgo. El *swap* se realiza por cinco años, encajando perfectamente con los flujos del préstamo. El tipo fijo al que contrata es del 4%.

.../...

.../...

La operación se considera que produce una cobertura completa y altamente eficaz, y así se documenta.

La evolución del EURIBOR y el valor del *swap* (una vez liquidado el flujo del período):

Fecha	Euribor	Valoración
01-01-2007	4%	0
31-12-2007	5%	35,46
31-12-2008	6%	53,46
31-12-2009	7%	54,24
31-12-2010	6%	18,87
31-12-2011		0,00

Nota 1: consideramos que en todo momento la curva EURIBOR es plana.

Nota 2: prescindase de cualquier consideración fiscal.

Solución

01-01-2007 • Por el reconocimiento de la deuda:

1.000 Bancos (572)

a Deudas a l/p ent. cred. (170) 1.000

_____ x _____

31-12-2007 • Por la liquidación de intereses:

40 Intereses de deudas l/p
 (662)

a Bancos (572) 40

_____ x _____

Por la valoración del *swap*:

35,46 Activos por derivados
 financieros l/p (255)

a Beneficios por coberturas
 de flujos de efectivo (910) 35,46

_____ x _____

Por la regularización del patrimonio:

35,46 Beneficios por cobertura
 de flujos de efectivo (910)

a Cobertura de flujos de efectivo 35,46
 (1340)

_____ x _____

.../...

.../...

31-12-2008 • Por la liquidación de intereses:

50	Intereses de deudas l/p (662)		
		a Bancos (572)	50
		x	

Por la valoración del swap:

28	Activos por derivados financieros l/p (255)		
		a Beneficios por coberturas de flujos de efectivo (910)	28
		x	

Por la liquidación del swap:

10	Bancos (572)		
		a Activos por derivados financieros l/p (255)	10
		x	

Por la aplicación de la cobertura:

10	Transferencia b.º cobertu- ras flujos efectivo (812)		
		a Beneficios de instrumentos cobertura (7633)	10
		x	

Por la regularización del patrimonio:

28	Beneficios por coberturas de flujos de efectivo (910)		
		a Cobertura de flujos de efectivo (1340)	18
		a Transferencia b.º coberturas flujos efectivo (812)	10
		x	

31-12-2009 • Por la liquidación de intereses:

60	Intereses de deudas l/p (662)		
		a Bancos (572)	60
		x	

.../...

.../...

Por la valoración del swap:

20,78	Activos por derivados financieros l/p (255)	a Beneficios por coberturas de flujos de efectivo (910)	20,78
_____		x _____	

Por la liquidación del swap:

20	Bancos (572)	a Activos por derivados financieros l/p (255)	20
_____		x _____	

Por la aplicación de la cobertura:

20	Transferencia b.º coberturas flujos efectivo (812)	a Beneficios de instrumentos cobertura (7633)	20
_____		x _____	

Por la regularización del patrimonio:

20,78	Beneficios por coberturas de flujos de efectivo (910)	a Cobertura de flujos de efectivo (1340)	0,78
		a Transferencia b.º coberturas flujos efectivo (812)	20
_____		x _____	

31-12-2010 • Por la liquidación de intereses:

70	Intereses de deudas l/p (662)	a Bancos (572)	70
_____		x _____	

Por la valoración del swap:

5,37	Pérdidas por coberturas de flujos efectivo (810)	a Activos por derivados financieros l/p (255)	5,37
_____		x _____	

.../...

.../...

Por la liquidación del swap:

30	Bancos (572)		
		a Activos por derivados financieros l/p (255)	30
		x	

Por la aplicación de la cobertura:

30	Transferencia b.º coberturas flujos efectivo (812)		
		a Beneficios de instrumentos cobertura (7633)	30
		x	

Por la regularización del patrimonio:

35,37	Cobertura de flujos de efectivo (1340)		
		a Transferencia b.º coberturas flujos efectivo (812)	30
		a Pérdidas por coberturas de flujos efectivo (810)	5,37
		x	

Por la reclasificación de la deuda:

1.000	Deudas a l/p ent. cred. (170)		
		a Deudas c/p ent. cred. (520)	1.000
		x	

Por la reclasificación del swap:

18,87	Activos por derivados financieros c/p (5590)		
		a Activos por derivados financieros l/p (255)	18,87
		x	

31-12-2011 • Por la liquidación de intereses:

60	Intereses de deudas l/p (662)		
		a Bancos (572)	60
		x	

.../...

.../...

Por la valoración del swap:

1,13	Activos por derivados financieros c/p (5590)		
		a Beneficios por coberturas de flujos de efectivo (910)	1,13
	_____	x _____	

Por la liquidación del swap:

20	Bancos (572)		
		a Activos por derivados financieros c/p (5590)	20
	_____	x _____	

Por la aplicación de la cobertura:

20	Transferencia b.º coberturas flujos efectivo (812)		
		a Beneficios de instrumentos cobertura (7633)	20
	_____	x _____	

Por la regularización del patrimonio:

18,87	Cobertura de flujos de efectivo (1340)		
1,13	Beneficios por coberturas de flujos de efectivo (910)		
		a Transferencia b.º coberturas flujos efectivo (812)	20
	_____	x _____	

La evolución del balance por la parte concerniente a la operación de cobertura sería:

ACTIVO	01-01-X7	31-12-X7	31-12-X8	31-12-X9	31-12-X10	31-12-X11
Bancos	1.000	960	920	880	840	800
Swap		35,46	53,46	54,24	18,87	0
Total	1.000	995,46	973,46	934,24	858,87	800

PASIVO	01-01-X7	31-12-X7	31-12-X8	31-12-X9	31-12-X10	31-12-X11
Deudas	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000
PyG		- 40	- 40	- 40	- 40	- 40
Patrimonio		35,46	53,46	54,24	18,87	0
Reservas		- 40	- 40	- 80	-120	- 160
Total	1.000	995,46	973,46	934,24	858,87	800

EL GRUPO I (FINANCIACIÓN BÁSICA)

(Borrador del Nuevo PGC: análisis comparativo en relación al PGC de 1990)

FRANCISCO J. LÓPEZ CORRALES

MERCEDES MAREQUE ÁLVAREZ-SANTULLANO

Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.

Universidad de Vigo

Extracto:

Con la publicación por parte del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) del Borrador del Nuevo Plan General Contable (NPGC), se están publicando en revistas especializadas diversos artículos en los que se analizan el contenido y las diferencias más relevantes que incorpora el citado Borrador en relación al Plan General Contable de 1990 (PGC 90).

Siguiendo esa línea de trabajo y con la intención de aclarar los cambios que introduce el que será el NPGC en un período corto de tiempo, incorporamos a la literatura contable el presente trabajo, con la intención de aclarar las diferencias existentes en el grupo I (Financiación Básica) del Borrador y del Plan General Contable vigente. La última parte de nuestro artículo contiene una serie de supuestos prácticos que sirven de apoyo para una mejor comprensión de la parte teórica.

Palabras clave: financiación básica, Borrador del Nuevo Plan Contable y Plan General de Contabilidad de 1990.

Sumario

1. Introducción.
2. Novedades introducidas en el grupo 1 (Financiación Básica) del Borrador del NPGC.
3. Subgrupo 10. Capital.
4. Subgrupo 11. Reservas.
5. Subgrupo 12. Resultados pendientes de aplicación.
6. Subgrupo 13. Subvenciones, donaciones y legados.
7. Subgrupo 14. Provisiones.
8. Subgrupo 15. Deudas a largo plazo con características especiales.
9. Subgrupo 16. Deudas a largo plazo con partes vinculadas.
10. Subgrupo 17. Deudas a largo plazo por préstamos recibidos y otros conceptos.
11. Subgrupo 18. Pasivos por fianzas y garantías a largo plazo.
12. Subgrupo 19. Situaciones transitorias de financiación.
13. Casos prácticos.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El Consejo de Ministros celebrado el 5 de mayo de 2006 aprobó el Proyecto de Ley de reforma mercantil en materia contable, actualmente pendiente de tramitación parlamentaria, con el objeto de alcanzar un mayor nivel de convergencia con las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) adoptadas por la Unión Europea.

El citado Proyecto de Ley tendrá como desarrollo reglamentario un nuevo Plan General de Contabilidad, cuyo primer Borrador fue publicado en febrero de 2007 y ha sido elaborado por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), sobre la base de las conclusiones de los grupos de trabajo constituidos e integrados por diferentes colectivos relacionados con la información económico-financiera. El Borrador del Nuevo Plan General Contable (NPGC) podrá ser modificado en función de las decisiones que finalmente se adopten en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de reforma mercantil en materia contable.

Analizado el Borrador del futuro plan de cuentas en nuestro país, hemos observado que contiene diferencias significativas en relación al Plan General de Contabilidad de 1990 (PGC 90) y que, a modo de resumen, citamos a continuación:

- **Criterios de valoración:** estos están localizados en la primera parte del Borrador (Marco Conceptual) y está previsto utilizar el criterio del valor razonable para la valoración de determinados activos, por lo que, el coste histórico tendrá un menor peso específico en la contabilización de determinadas operaciones.
- **Método de contabilización del efecto impositivo:** el método que sigue el Borrador para la contabilización del efecto impositivo es el «método basado en el balance de situación» según el cual, surgirán diferencias temporarias, concepto más amplio que el de diferencias temporales previsto en el PGC 90.
- **Método para el cálculo del fondo de comercio:** el Borrador del NPGC contiene una nueva metodología para el cálculo del posible deterioro del fondo de comercio, que dejará de ser amortizable.
- **Contabilización de las operaciones:** en la contabilización de las operaciones se tenderá a su realidad económica y no a su forma jurídica, de ahí que, a la hora de reconocer un activo en régimen de arrendamiento financiero, los criterios serán diferentes a los previstos en el PGC 90.

- **Combinaciones de negocios:** otra de las novedades será la regulación contable de las combinaciones de negocios en el Borrador del NPGC.
- **La memoria:** la información contenida en la misma será más completa.
- **Dos nuevos estados financieros:** el Estado de Cambios en el Patrimonio Neto y el Estado de Flujos de efectivo.
- **Provisiones:** en algunas situaciones, el tratamiento de las provisiones será más restrictivo.
- Los **gastos de establecimiento** no serán capitalizables.

Desde la publicación del Borrador del NPGC por parte del ICAC hasta la fecha, se están incorporando a nuestra literatura contable diversos artículos en revistas especializadas que intentan divulgar el contenido del que será en el próximo año, con carácter obligatorio, el NPGC.

Es nuestra intención en este artículo, aportar más información para una mejor comprensión de las diferencias que existen entre ambos planes de cuentas. El objetivo que perseguimos con este trabajo es analizar los aspectos más relevantes que hemos observado en el contenido del grupo 1 (Financiación Básica) del Borrador del NPGC y del PGC 90, aprobado por el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre.

El artículo lo hemos estructurado en dos partes diferenciadoras: una primera parte, de contenido teórico, en donde analizamos el citado grupo 1, dedicado a la financiación permanente de la empresa en ambos planes de cuentas, comentando las novedades que introduce el Borrador del NPGC en relación al PGC 90, y una segunda parte de nuestro trabajo, contiene una serie de casos prácticos que sirven de apoyo para una mejor comprensión de la parte teórica.

2. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL GRUPO 1 (FINANCIACIÓN BÁSICA) DEL BORRADOR DEL NPGC

En el Borrador del NPGC, el grupo 1 **comprende el patrimonio neto y la financiación ajena a largo plazo de la empresa destinados, en general, a financiar el activo no corriente y a cubrir un margen razonable del corriente además, incluye las situaciones transitorias de financiación.**

En el PGC 90, el citado grupo 1 **comprende los recursos propios y la financiación ajena a largo plazo de la empresa destinados, en general, a financiar el activo permanente y a cubrir un margen razonable del circulante además, incluye los ingresos a distribuir en varios ejercicios, acciones propias y otras situaciones transitorias de la financiación básica.**

Analizando los contenidos que figuran en ambas definiciones, podemos deducir las siguientes diferencias significativas:

1. Se sustituyen los conceptos de activo permanente y activo circulante, contemplados en la definición del PGC 90, y no definidos en ninguna parte del mismo, por los de activo corriente y no corriente. Se trata más bien de un cambio de título que de contenido, ya que no difiere sustancialmente, al menos en las cuentas que componen cada una de las masas patrimoniales, a la definición que el Borrador del NPGC contempla en el apartado dedicado a las cuentas anuales sobre dichos conceptos.

CUADRO N.º 1

PGC 90	Borrador NPGC
Activo circulante	Activo corriente
Activo permanente	Activo no corriente

2. No figura en la definición del subgrupo 1 del Borrador del NPGC referencia alguna a la cuenta de *«Ingresos a distribuir en varios ejercicios»* ni tampoco a la de *«Acciones propias»*.

En relación a los distintos subgrupos que figuran en ambos planes de cuentas, destacamos las siguientes novedades:

- a) El subgrupo 16. Deudas a largo plazo con empresas del grupo y asociadas, es sustituido en el Borrador del NPGC por *«Deudas a largo plazo con partes vinculadas»*. El citado Borrador **considera que existe una parte vinculada a otra cuando una de ellas ejerce o tiene posibilidad de ejercer directa o indirectamente o en virtud de pactos o acuerdos entre accionistas o partícipes, el control sobre otra o una influencia significativa en la toma de decisiones financieras y de explotación de la otra.**
- b) El contenido del subgrupo 15 del Borrador del NPGC *«Deudas a largo plazo con características especiales»*, presenta un contenido diferenciador al del PGC 90, cuyas cuentas pasan a integrarse en otros subgrupos.
- c) Debido a la nueva definición que se contempla de las provisiones, algunas cuentas del subgrupo 14. Provisiones para riesgos y gastos del plan vigente desaparecen, tales como *«Provisión para grandes reparaciones»* y *«Fondo de reversión»*. Por otra parte, también se incorporan nuevas cuentas para recoger conceptos que no figuraban en el PGC 90.
- d) En el subgrupo 18. Pasivos por fianzas y garantías a largo plazo, se incluyen las garantías concedidas por la empresa a plazo superior al año.
- e) Algunos subgrupos de ambos planes de cuentas a pesar de llevar el mismo título, sin embargo, presentan contenidos diferentes, tal es el caso del subgrupo 10. Capital y el subgrupo 19. Situaciones transitorias de financiación.

- f) Buena parte de las cuentas que integran el subgrupo 13. Ingresos a distribuir en varios ejercicios del PGC 90 desaparecen.

En el **cuadro n.º 2** podemos observar las diferencias más significativas que hemos comentado con anterioridad entre los distintos subgrupos que componen el grupo 1 del PGC 90 y del Borrador del NPGC.

CUADRO N.º 2

GRUPO 1-Financiación básica	
Borrador NPGC	PGC 90
10. Capital	10. Capital
11. Reservas	11. Reservas
12. Resultados pendientes de aplicación	12. Resultados pendientes de aplicación
13. Subvenciones, donaciones y ajustes por cambios de valor	13. Ingresos a distribuir en varios ejercicios
14. Provisiones	14. Provisiones para riesgos y gastos
15. Deudas a l/p con características especiales	15. Empréstitos y otras emisiones análogas
16. Deudas a l/p con partes vinculadas	16. Deudas a l/p con empresas del grupo y asociadas
17. Deudas a l/p por préstamos recibidos y otros conceptos	17. Deudas a l/p por préstamos recibidos y otros conceptos
18. Pasivos por fianzas y garantías a l/p	18. Fianzas y depósitos recibidos a l/p
19. Situaciones transitorias de financiación	19. Situaciones transitorias de financiación

3. SUBGRUPO 10. CAPITAL

Del análisis del subgrupo 10. Capital, en ambos planes de cuentas, se deduce que existen una serie de cuentas que se integran en el Borrador del NPGC y que en el PGC 90 figuraban en otros subgrupos (**cuadro n.º 3**). Dichas cuentas son las siguientes:

- 103. Socios por desembolsos no exigidos.
- 104. Socios por aportaciones no dinerarias pendientes.
- 108. Acciones o participaciones propias en situaciones especiales.
- 109. Acciones o participaciones propias para reducción de capital.

Todas estas cuentas citadas figurarán en el balance, con signo negativo, dentro del epígrafe I. Fondos Propios.

CUADRO N.º 3

GRUPO 1-Financiación básica	
Borrador NPGC	PGC 90
10. CAPITAL 100. Capital social 101. Fondo social 102. Capital 103. Socios por desembolsos no exigidos 1033. Socios por desembolsos no exigidos, empresas del grupo 1034. Socios por desembolsos no exigidos, empresas asociadas 1035. Socios por desembolsos no exigidos, otras partes vinculadas 1036. Otros socios por desembolsos no exigidos 104. Socios por aportaciones no dinerarias pendientes 1043. Socios por aportaciones no dinerarias pendientes, empresas del grupo 1044. Socios por aportaciones no dinerarias pendientes, empresas asociadas 1045. Socios por aportaciones no dinerarias pendientes, otras partes vinculadas 1046. Otros socios por aportaciones no dinerarias pendientes 108. Acciones o participaciones propias en situaciones especiales 109. Acciones o participaciones propias para reducción de capital	10. CAPITAL 100. Capital social 1000. Capital ordinario 1001. Capital privilegiado 1002. Capital sin derecho a voto 1003. Capital con derechos restringidos 101. Fondo social 102. Capital

Por lo que respecta al funcionamiento de las cuentas que forman parte de este subgrupo, las novedades más relevantes son las siguientes:

1. La cuenta 100. Capital social, se utilizará cuando la sociedad haga su inscripción en el Registro Mercantil, por lo tanto, hasta que no se haya inscrito en el registro se utilizará la cuenta 194. Capital social en formación.
2. En el Borrador del NPGC al ser consideradas las acciones propias como neto, al producirse una compra de dichas acciones se estarán reduciendo los activos y, en consecuencia, el

patrimonio neto. Cuando las acciones propias sean vendidas, el precio obtenido debe considerarse como un incremento del patrimonio neto y, por lo tanto, no tiene sentido llevar la diferencia, como ocurría en el PGC 90, a cuentas del grupo 6 y 7, respectivamente.

3. Las cuentas 103. Socios por desembolsos exigidos y 104. Socios por aportaciones no dinerarias pendientes, con sus desgloses correspondientes en cuatro subcuentas, figuran en el Borrado del NPGC dentro del subgrupo 10. Capital y en el balance de situación minoran los fondos propios. En el PGC 90 estaban recogidos en el subgrupo 19. Situaciones transitorias de financiación y en el balance de situación formaban parte del activo.
4. También es interesante reseñar el cambio que supone el funcionamiento de la cuenta 100. Capital social, concretamente en lo referente a las acciones sin voto, ya que en el Borrador del NPGC figuran en el subgrupo 15. Deudas a largo plazo con características especiales y, en consecuencia, pasan a ser consideradas como un **pasivo financiero**. En el PGC 90 tenían la consideración de fondos propios figurando, desglosada con cuatro dígitos, dentro de la cuenta 100. Capital social.

4. SUBGRUPO 11. RESERVAS

Las novedades que presenta este subgrupo, tal como se observa en el **cuadro n.º 4**, son las siguientes:

1. Se incorporan tres nuevas cuentas dentro de este subgrupo:
 - 111. Patrimonio neto por emisión de instrumentos financieros compuestos.
 - 118. Aportaciones de socios o propietarios ¹.
 - 119. Diferencias por ajuste del capital a euros ².
2. Las cuentas 114. Reservas para acciones de la sociedad dominante, 116. Reservas estatutarias y 118. Reservas por capital amortizado, del PGC 90, se integran en el Borrador del NPGC en la cuenta 114. Reservas especiales.
3. En el Borrador del NPGC desaparecen las cuentas 111. Reserva de revalorización y 115. Reserva para acciones propias, si bien esta última creemos debería figurar en el Borrador del NPGC como una reserva de carácter especial.
4. La cuenta 111. Patrimonio neto por emisión de instrumentos financieros compuestos, surge de la emisión de un instrumento financiero compuesto y, en particular, por la emisión de obligaciones convertibles en acciones.

¹ En el PGC 90 figuraba con el dígito 122. formando parte del subgrupo 12. Resultados pendientes de aplicación.

² Dicha cuenta ya figuraba en el Real Decreto 2814/1998, de 23 de diciembre, por el que se dictaban normas para la adaptación de las contabilidades con motivo de la introducción del euro como moneda oficial en nuestro país.

En el PGC 90 la emisión de obligaciones convertibles en acciones tenían la consideración de un pasivo, figurando en el balance de situación dentro del epígrafe D. Acreedores a largo plazo o en el epígrafe E. Acreedores a corto plazo, en función de su vencimiento.

5. La cuenta 113. Reservas voluntarias, además de recoger las reservas constituidas libremente por la empresa, con cargo a la cuenta 129. Pérdidas y ganancias, tiene un contenido más enriquecedor del que se contemplaba en el PGC 90.

Dicha cuenta se cargará y abonará, según corresponda, cuando se produzca un cambio de criterio contable o la subsanación de un error, con cargo y abono, en su caso, a las respectivas cuentas representativas de los elementos afectados por este hecho, incluyendo las relacionadas con el efecto impositivo. En el PGC 90 las operaciones no contabilizadas procedentes de ejercicios anteriores eran consideradas como un gasto/ingreso de carácter extraordinario y se contabilizaban en las cuentas 679. Gastos y pérdidas de ejercicios anteriores y 779. Ingresos y beneficios de ejercicios anteriores, respectivamente.

CUADRO N.º 4

GRUPO 1-Financiación básica	
Borrador NPGC	PGC 90
11. RESERVAS	11. RESERVAS
110. Prima de emisión o asunción	110. Prima de emisión de acciones
111. Patrimonio neto por emisión de instrumentos financieros compuestos	111. Reservas de revalorización
112. Reserva legal	112. Reserva legal
113. Reserva voluntaria	113. Reservas especiales
114. Reservas especiales	114. Reservas para acciones de la sociedad dominante
1140. Reservas para acciones o participaciones de la sociedad dominante	
1141. Reservas estatutarias	
1142. Reservas por capital amortizado	
	115. Reservas para acciones propias
	116. Reservas estatutarias
	117. Reservas voluntarias
	118. Reservas por capital amortizado
118. Aportaciones de socios o propietarios	
119. Diferencias por ajuste del capital a euros	

5. SUBGRUPO 12. RESULTADOS PENDIENTES DE APLICACIÓN

Este subgrupo no presenta apenas novedades en relación al PGC 90, únicamente lo ya comentado en el epígrafe anterior en relación a la cuenta 122. Aportaciones de socios para compensar pérdidas (cuadro n.º 5).

CUADRO N.º 5

GRUPO 1-Financiación básica	
Borrador NPGC	PGC 90
12. RESULTADOS PENDIENTES DE APLICACIÓN	12. RESULTADOS PENDIENTES DE APLICACIÓN
120. Remanente	120. Remanente
121. Resultados negativos de ejercicios anteriores	121. Resultados negativos de ejercicios anteriores
122. Aportación de socios para compensación de pérdidas	122. Aportación de socios para compensación de pérdidas
129. Resultados del ejercicio	129. Pérdidas y ganancias

6. SUBGRUPO 13. SUBVENCIONES, DONACIONES Y LEGADOS

Las cuentas que componen este subgrupo tanto en el Borrador del NPGC como el que está vigente en la actualidad quedan recogidas en el **cuadro n.º 6**.

CUADRO N.º 6

GRUPO 1-Financiación básica	
Borrador NPGC	PGC 90
13. SUBVENCIONES, DONACIONES Y AJUSTES POR CAMBIO DE VALOR	13. INGRESOS A DISTRIBUIR EN VARIOS EJERCICIOS
130. Subvenciones oficiales de capital	130. Subvenciones oficiales de capital
131. Donaciones y legados de capital	1300. Subvenciones del Estado
132. Otras subvenciones, donaciones y legados	1301. Subvenciones de otras Administraciones Públicas
133. Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	131. Subvenciones de capital
1330. Ajustes por activos financieros para la venta	
1331. Ajustes por valoración en pasivos financieros a valor razonable con cambios en patrimonio neto	
134. Operaciones de cobertura	
1340. Cobertura de flujos de efectivo	
1341. Cobertura de una inversión neta en un negocio en el extranjero	
135. Diferencias de conversión	135. Ingresos por intereses diferidos
136. Ajustes por valoración en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta	136. Diferencias positivas en moneda extranjera
	.../...

.../...	
137. Ingresos fiscales a distribuir en varios ejercicios	
1370. Ingresos fiscales por diferencias permanentes a distribuir en varios ejercicios	
1371. Ingresos fiscales por deducciones y bonificaciones a distribuir en varios ejercicios	

Además del cambio de título en relación al PGC 90, este subgrupo presenta novedades significativas que a continuación detallamos:

1. El Borrador del NPGC contiene cuentas específicas para las Subvenciones oficiales de capital (130) y Donaciones y legados de capital (131). En general, estas cuentas están destinadas a financiar la estructura fija de la empresa (los llamados activos no corrientes) y con carácter de no reintegrables.

Además, el Borrador del NPGC contiene otra cuenta 132. Otras subvenciones, donaciones y legados, destinada a recoger, por una parte, cualquier subvención, donación o legado que no figuren en las cuentas anteriormente citadas, y, por otra parte, también podrá activarse cuando estas subvenciones, donaciones o legados no sean reintegrables, y se encuentren pendientes de imputar al resultado, de acuerdo con los criterios establecidos en las normas de registro y valoración contenidas en la segunda parte del plan.

2. Las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables, serán consideradas como ingresos directamente imputables al patrimonio neto y se valorarán por el valor razonable.
3. La segunda parte del Borrador del NPGC, normas de valoración y registro, contiene los criterios de imputación de estas cuentas a resultados del ejercicio, no difiriendo de las contenidas en el PGC 90. Es decir, se imputan a resultados, en el caso de activos no corrientes, en función de la dotación a la amortización efectuada en ese período, o, en su caso, cuando se produzca una enajenación, corrección valorativa por deterioro o baja en inventario.
4. Otra novedad a destacar es la consideración de las subvenciones, donaciones y legados otorgadas por socios o propietarios, que no constituyen ingresos, debiéndose contabilizar directamente como fondos propios en la cuenta 118. Aportaciones de socios o propietarios.
5. También es interesante reseñar los cambios relacionados con el movimiento de estas cuentas. Únicamente se cargará o abonará al final del ejercicio y cuando nos concedan la subvención, y el abono se realizará a una cuenta del subgrupo 94. Ingresos por subvenciones, donaciones y legados.

6. La cuenta 135. Ingresos por intereses diferidos del PGC 90, no figura en el Borrador NPGC. **La imputación a resultados se hace en el Borrador del NPGC directamente en función del método de la tasa efectiva.**

7. En este subgrupo figuran cuentas no previstas en el PGC 90, tales como:

133. Ajustes por valoración en instrumentos financieros.

134. Operaciones de cobertura.

135. Diferencias de conversión.

136. Ajustes por valoración en activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta.

137. Ingresos fiscales a distribuir en varios ejercicios.

8. Por último, el tratamiento de la moneda extranjera presenta novedades significativas en relación al PGC 90. La norma 11.^a de la segunda parte del plan contable, distingue los elementos patrimoniales en dos grupos: Partidas monetarias (efectivo, créditos y deudas) y Partidas no monetarias (Inmovilizaciones materiales, inversiones inmobiliarias, fondo de comercio, existencias, etc.).

La valoración inicial de toda transacción en moneda extranjera se convertirá a moneda funcional mediante la aplicación al importe en moneda extranjera vigente en la fecha de la transacción. Las diferencias que surjan al cierre del ejercicio, en las partidas monetarias, se valorarán aplicando el tipo de cambio existente en esa fecha y las diferencias, tanto positivas como negativas que se originen en el proceso, así como las que se produzcan al liquidar dichos elementos patrimoniales, se reconocerán en la cuenta de Pérdidas y ganancias. En el PGC 90 únicamente las diferencias negativas se llevaban a resultados figurando las diferencias positivas en una cuenta del grupo 1, concretamente la cuenta 136. Diferencias positivas de moneda extranjera, que en el Borrador del NPGC no figura.

También contiene el Borrador del NPGC normas para la valoración de partidas no monetarias, tanto si se producen cuando se registran como si se realizan en un momento posterior.

7. SUBGRUPO 14. PROVISIONES

Este subgrupo, que figuraba en el PGC 90 con el título de Provisiones para riesgos y gastos, presenta novedades, no solo en el contenido de las cuentas que lo componen, sino también en su concepto, definido en la norma de valoración 15.^a del Borrador del NPGC.

CUADRO N.º 7

GRUPO 1-Financiación básica	
Borrador NPGC	PGC 90
14. PROVISIONES 140. Provisión para retribuciones y otras prestaciones al personal 141. Provisión para impuestos 142. Provisión para otras responsabilidades 143. Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado 144. Provisión por contratos onerosos 145. Provisión para actuaciones medio-ambientales 146. Provisión para reestructuraciones 147. Provisión por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio	14. PROVISIONES 140. Provisión para pensiones y obligaciones similares 141. Provisión para impuestos 142. Provisión para responsabilidades 143. Provisión para grandes reparaciones 144. Fondo de reversión

La empresa reconocerá como provisiones los pasivos que resulten indeterminados respecto a su importe o a la fecha en que se cancelarán. Las provisiones pueden venir determinadas por una disposición legal, contractual o por una obligación implícita o tácita. La determinación de un hecho pasado que da lugar a una obligación para la empresa es un elemento clave para su determinación, además, la empresa debe ser capaz de valorar, con la información disponible al cierre, la estimación posible que se producirá en el futuro, pues en el caso de no poderse realizar una estimación razonable no se podrá reconocer contablemente la obligación futura.

En resumen, para dotar una provisión deben darse las siguientes circunstancias:

1. Un hecho pasado que da lugar al nacimiento de una obligación futura.
2. Existe una probabilidad alta de que la empresa tenga que liquidar la deuda en el futuro.
3. Puede hacerse una estimación razonable del importe de la obligación a satisfacer en el futuro.

Lo anteriormente expuesto está en consonancia con el principio del devengo, recogido en la primera parte del Borrador del NPGC (Marco Conceptual), según el cual la imputación de los gastos e ingresos deberá hacerse en función de la corriente real de bienes y servicios que los mismos representen y con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera derivada de ellos.

La dotación a las provisiones se realizará por el importe estimado asociado a las distintas obligaciones que motiven su creación. Al cierre del ejercicio, se valorarán por el valor actual de la mejor estimación posible del importe necesario para cancelar o transferir a un tercero la obligación. Los

ajustes al alza, derivados de las actualizaciones de valor se imputarán, en general, a cuentas del subgrupo 66. Gastos financieros ³.

Con respecto al PGC 90 algunas cuentas que figuraban en el citado subgrupo desaparecen, tal es el caso de la cuenta 143. Provisiones para grandes reparaciones ⁴ y 144. Fondo de reversión. Esto es debido fundamentalmente al nuevo concepto de provisión contemplado en el Borrador del NPGC.

La cuenta 145. Provisión para actuaciones medioambientales, contemplaba su dotación en la Resolución del 25 de marzo de 2002 del ICAC, por la que se aprueban normas para el reconocimiento, valoración e información de los aspectos medioambientales en las cuentas anuales.

Otras cuentas, tales como la 143. Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado, ya había sido contemplada en la Resolución del 30 de julio 1991 del ICAC, por la que se dictaban normas de valoración del inmovilizado material, en concreto la norma 7.^a apartado b).

Por último, son cuentas de nueva creación:

146. Provisión para reestructuraciones.

147. Provisiones por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio.

También es interesante destacar que el Borrador contempla en las normas de valoración y registro, en concreto, en la norma 16.^a Pasivos por retribuciones al personal a largo plazo, toda una problemática relacionada con las prestaciones post-empleo, así como cualquier otra prestación a largo plazo que suponga una compensación económica a satisfacer con carácter definido respecto al momento en que se presta el servicio.

8. SUBGRUPO 15. DEUDAS A LARGO PLAZO CON CARACTERÍSTICAS ESPECIALES

Subgrupo de nueva creación destinado a recoger las *«acciones u otras participaciones en el capital de la empresa que, atendiendo a las características económicas de la emisión deban contabilizarse como pasivo»* ⁵. También se incluyen en este subgrupo las situaciones transitorias de financiación relacionadas con estos instrumentos financieros».

³ Los ajustes de las provisiones del grupo 1 que se realizan con cargo a cuentas del subgrupo 66 son las provisiones: para retribuciones al personal, para otras responsabilidades, por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado y provisiones para actuaciones medioambientales.

⁴ Las provisiones para grandes reparaciones no se consideran como tales y se reconocen como gasto cuando tiene lugar la reparación

⁵ Por ejemplo, las acciones o participaciones sin derecho a voto o las acciones rescatables.

CUADRO N.º 8

GRUPO 1-Financiación básica	
BORRADOR NPGC	PGC 90
15. DEUDAS A LARGO PLAZO CON CARACTERÍSTICAS ESPECIALES	15. EMPRÉSTITOS Y OTRAS EMISIONES ANÁLOGAS
150. Acciones o participaciones a l/p contabilizadas como pasivo	150. Obligaciones y bonos
	1500. Obligaciones y bonos simples
	1501. Obligaciones y bonos garantizados subordinados
	1503. Obligaciones y bonos cupón cero
	1504. Obligaciones y bonos con opción de adquisición de acciones
	1505. Obligaciones y bonos con participación en beneficios
	151. Obligaciones y bonos convertibles
153. Desembolsos no exigidos por acciones o participaciones contabilizadas como pasivo	
1533. Desembolsos no exigidos, empresas del grupo	
1534. Desembolsos no exigidos, empresas asociadas	
1535. Desembolsos no exigidos, otras partes vinculadas	
1536. Otros desembolsos no exigidos	
154. Aportaciones no dinerarias pendientes por acciones o participaciones contabilizadas como pasivo	
1543. Aportaciones no dinerarias pendientes, empresas del grupo	
1544. Aportaciones no dinerarias pendientes, empresas asociadas	
1545. Aportaciones no dinerarias pendientes, otras partes vinculadas	
1546. Otras aportaciones no dinerarias pendientes	
	155. Deudas representadas en otros valores negociables

El funcionamiento de la cuenta relacionada con acciones sin voto figuraba en el PGC 90 como una cuenta de capital social, formando parte por tanto de los fondos propios; en el Borrador del NPGC el tratamiento de dichas acciones sin voto son consideradas como una deuda a largo plazo con características especiales, formando parte del pasivo no corriente del balance.

Las cuentas 153. Desembolsos no exigidos por acciones o participaciones contabilizadas como pasivo y la 154. Aportaciones no dinerarias pendientes, por acciones o participaciones contabilizadas como pasivo, figuraban en el PGC 90 dentro del subgrupo 19. Situaciones transitorias de financiación.

9. SUBGRUPO 16. DEUDAS A LARGO PLAZO CON PARTES VINCULADAS

Las cuentas que integran el subgrupo 16 en ambos planes de cuentas aparecen reflejadas en el **cuadro n.º 9**.

CUADRO N.º 9

GRUPO 1-Financiación básica	
Borrador NPGC	PGC 90
16. DEUDAS A L/P CON PARTES VINCULADAS 160. Deudas a l/p con entidades de crédito vinculadas 1603. Deudas a l/p con entidades de crédito, empresas del grupo 1604. Deudas a l/p con entidades de crédito, empresas asociadas 1605. Deudas a l/p con otras entidades de crédito vinculadas 161. Proveedores de inmovilizado a l/p, partes vinculadas 1613. Proveedores de inmovilizado a l/p, empresas del grupo 1614. Proveedores de inmovilizado a l/p, empresas asociadas 1615. Proveedores de inmovilizado a l/p, otras partes vinculadas 162. Otras deudas a l/p con partes vinculadas 1623. Otras deudas a l/p, empresas del grupo 1624. Otras deudas a l/p, empresas asociadas 1625. Otras deudas a l/p, con otras partes vinculadas	16.DEUDAS A L/P CON EMPRESAS DEL GRUPO Y ASOCIADAS 160. Deudas a l/p con empresas del grupo 1600. Préstamos a l/p de empresas del grupo 1609. Otras deudas a l/p con empresas del grupo 161. Deudas a l/p con empresas asociadas 162. Deudas a l/p con entidades de crédito del grupo 163. Deudas a l/p con entidades de crédito asociadas 164. Proveedores de inmovilizado a l/p, empresas del grupo 165. Proveedores de inmovilizado a l/p, empresas asociadas

Las novedades que presenta este subgrupo en relación al PGC 90, son las siguientes:

1. Cambio de título del subgrupo 16, se sustituye Deudas a largo plazo con empresas del grupo y asociadas por Deudas a largo plazo con partes vinculadas.
2. La cuenta 160. Deudas a largo plazo con entidades de crédito vinculadas, se abonará a la formalización de la deuda por el importe recibido minorado, y, esta es la novedad, por los

gastos de la transacción. También se abonará la citada cuenta por el gasto financiero deven-
gado hasta el valor de reembolso de la deuda, con cargo, generalmente, a la cuenta 662. Inte-
reses de deudas.

3. La cuenta 161. Proveedores de inmovilizado a largo plazo, partes vinculadas, recoge deudas
con partes vinculadas en calidad de suministradores de bienes del grupo 2, incluidas las
formalizadas en efectos de giro, con vencimiento superior al año. Cuando existan intereses
por aplazamiento se abonarán también a esta cuenta (161), por lo tanto, otra novedad en
relación al PGC 90.

**10. SUBGRUPO 17. DEUDAS A LARGO PLAZO POR PRÉSTAMOS RECIBIDOS Y OTROS
CONCEPTOS**

En este subgrupo se incluye la financiación ajena a largo plazo contraída con terceros que no
tengan la consideración de partes vinculadas. El funcionamiento de las cuentas que componen este
subgrupo no presenta novedades en relación al PGC 90 y la única cuenta a destacar es la 175. Pasi-
vos por derivados financieros a largo plazo.

CUADRO N.º 10

GRUPO 1-Financiación básica	
Borrador NPGC	PGC 90
17. DEUDAS A L/P POR PRÉSTAMOS RECIBIDOS Y OTROS CONCEPTOS	17. DEUDAS A L/P POR PRÉSTAMOS RECIBIDOS Y OTROS CONCEPTOS
170. Deudas a l/p con entidades de crédito	170. Deudas a l/p con entidades de crédito
	1700. Préstamos a l/p de entidades de crédito
	1709. Otras deudas a l/p con entidades de crédito
171. Deudas a l/p	171. Deudas a l/p
172. Deudas a l/p transformables en subvenciones	172. Deudas a l/p transformables en subvenciones
173. Proveedores de inmovilizado a l/p	173. Proveedores de inmovilizado a l/p
174. Efectos a pagar a l/p	174. Efectos a pagar a l/p
176. Obligaciones y bonos	
177. Obligaciones y bonos convertibles	
178. Deudas representadas en otros valores negociables	

11. SUBGRUPO 18. PASIVOS POR FIANZAS Y GARANTÍAS A LARGO PLAZO

Además del cambio de título en el subgrupo, las novedades introducidas en el Borrador del
NPGC son las siguientes:

- Se incluye en la cuenta 189. Garantías financieras a largo plazo, de nueva creación, es decir, recogerá las garantías financieras concedidas por la empresa a plazo superior a un año, de una forma especial los avales, siempre que no proceda su registro en cuentas del subgrupo 14.
- Otro cambio que se produce está relacionado con el funcionamiento de las cuentas que componen este subgrupo, en concreto, la cuenta 180. Fianzas recibidas a largo plazo. En caso de producirse incumplimiento de la obligación afianzada, se abonará a la cuenta 759. Ingresos por servicios, en lugar de hacerlo a la cuenta 778. Ingresos extraordinarios como ocurría en el PGC 90.

CUADRO N.º 11

GRUPO 1-Financiación básica	
Borrador NPGC	PGC 90
18. PASIVOS POR FIANZAS Y GARANTÍAS A LARGO PLAZO 180. Fianzas recibidas a largo plazo 185. Depósitos recibidos a largo plazo 189. Garantías financieras a largo plazo	18. FIANZAS Y DEPÓSITOS RECIBIDOS A LARGO PLAZO 180. Fianzas recibidas a largo plazo 185. Depósitos recibidos a largo plazo

12. SUBGRUPO 19. SITUACIONES TRANSITORIAS DE FINANCIACIÓN

Este subgrupo lleva el mismo título que en el PGC 90, pero su contenido es distinto ya que todas las cuentas que lo componían pasaron a integrarse en el subgrupo 10. Capital y en el subgrupo 15. Deudas a largo plazo con características especiales del Borrador del NPGC.

CUADRO N.º 12

GRUPO 1-Financiación básica	
Borrador NPGC	PGC 90
19. SITUACIONES TRANSITORIAS DE FINANCIACIÓN 190. Acciones o participaciones emitidas 1903. Acciones o participaciones emitidas, empresas del grupo 1904. Acciones o participaciones emitidas, empresas asociadas 1905. Acciones o participaciones emitidas, otras partes vinculadas	19. SITUACIONES TRANSITORIAS DE FINANCIACIÓN 190. Accionistas por desembolsos no exigidos
	.../...

.../...	
1906. Acciones o participaciones emitidas, otros socios	
192. Suscriptores de acciones	191. Accionistas por desembolsos no exigidos, empresas del grupo
1923. Suscriptores de acciones, empresas del grupo	192. Accionistas por desembolsos no exigidos, empresas asociadas
1924. Suscriptores de acciones, empresas asociadas	
1925. Suscriptores de acciones, otras partes vinculadas	
1926. Suscriptores de acciones, otros socios	193. Accionistas por aportaciones no dinerarias pendientes
	194. Accionistas por aportaciones no dinerarias pendientes, empresas del grupo
194. Capital social, sociedad en formación	195. Accionistas por aportaciones no dinerarias pendientes, empresas asociadas
	196. Socios, parte no desembolsada
	198. Acciones propias en situaciones especiales
	199. Acciones propias para reducción de capital

Una de las cuentas no prevista en el PGC 90, si bien se venía utilizando en la práctica, era la cuenta 190. Acciones o participaciones emitidas. Dicha cuenta figuraba en el pasivo del balance con signo negativo encuadrada dentro del epígrafe E. Deudas a corto plazo, la cual se cargaba por su valor nominal y, en su caso, la prima de emisión de acciones o participaciones emitidas y pendientes de desembolso, con abono a la cuenta 194. Capital social, sociedad en formación. Es decir, el asiento a realizar será el siguiente:

<i>Acciones o participaciones emitidas (190)</i>		<i>a Capital social en formación (194)</i>
_____	x	_____

Los motivos de abono serán distintos según se trate de los dos supuestos contemplados en la legislación mercantil de creación de sociedades: fundación simultánea y fundación sucesiva.

a) Fundación simultánea: la fundación de la sociedad se realiza en un solo acto por convenio entre los fundadores. El asiento a realizar previsto en el Borrador del NPGC, en el caso particular de que existan acciones con derecho y sin derecho a voto, será el siguiente:

Tesorería (57)

*Socios por desembolsos
no exigidos (103)*

*Socios por aportaciones no
dinerarias pendientes (104)*

*Desembolsos no exigidos por
acciones o participaciones conta-
bilizadas como pasivo (153)*

*Aportaciones no dinerarias
pendientes por acciones conta-
bilizadas como pasivo (154)*

a Acciones o participaciones emitidas (190)

_____ x _____

- Cuando se exijan los desembolsos pendientes, el asiento a realizar será el siguiente:

*Socios por desembolsos
exigidos (558)*

*a Cuenta de imputación representativa
de las aportaciones no dinerarias*

a Socios por desembolsos no exigidos (103)

*a Socios por aportaciones no dinerarias
pendientes (104)*

*a Desembolsos no exigidos por acciones
o participaciones contabilizadas como
pasivo (153)*

*a Aportaciones no dinerarias pendientes
por acciones contabilizadas como
pasivo (154)*

_____ x _____

- En el momento de la inscripción del capital en el Registro Mercantil, el asiento a realizar será el siguiente (la cuenta 150 se utilizará en el caso de acciones que no tengan derecho a voto):

Capital social en formación (194)

a Capital social (100)

*a Acciones o participaciones a largo
plazo contabilizadas como pasivo (150)*

_____ x _____

b) Fundación sucesiva: se trata del otro supuesto previsto en la legislación mercantil. Los asientos a realizar, no previstos en el PGC 90, serán los siguientes:

- Por la emisión de las acciones acordada:

*Acciones o participaciones
emitidas (190)*

a Capital social en formación (194)

_____ x _____

- Por la suscripción de las acciones:

Suscriptores de acciones (192)

a Acciones o participaciones emitidas (190)

_____ x _____

- Este asiento se realiza cuando se dé conformidad a la suscripción de las acciones:

Tesorería (57)

*Socios por desembolsos
no exigidos (103)*

*Socios por aportaciones no
dinerarias pendientes (104)*

*Desembolsos no exigidos por
acciones o participaciones conta-
bilizadas como pasivo (153)*

*Aportaciones no dinerarias
pendientes por acciones conta-
bilizadas como pasivo (154)*

a Suscriptores de acciones (192)

_____ x _____

- Por la inscripción del capital en el Registro Mercantil:

Capital social en formación (194)

a Suscriptores de acciones (192)

*a Acciones o participaciones a largo
plazo contabilizadas como pasivo (150)*

_____ x _____

- Por el importe exigido a los accionistas o partícipes:

*Socios por desembolsos
exigidos (558)*

- a Cuenta de imputación*
- a Socios por desembolsos no exigidos (103)*
- a Socios por aportaciones no dinerarias
pendientes (104)*
- a Desembolsos no exigidos por acciones
o participaciones contabilizadas como
pasivo (153)*
- a Aportaciones no dinerarias pendientes
por acciones contabilizadas como
pasivo (154)*

_____ x _____

13. CASOS PRÁCTICOS

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA. FUNDACIÓN SIMULTÁNEA

ENUNCIADO

A comienzos del año 20XX se reúnen ante notario un grupo de inversores con el ánimo de formar una sociedad anónima con un capital social de 60.000 € (6.000 acciones de 10 € nominales cada una). En los estatutos figura que los socios aportarán en efectivo el mínimo legal establecido en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA).

Días después y previo pago del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, se inscribe la sociedad en el Registro Mercantil.

Los gastos necesarios para constituir la sociedad han sido los siguientes:

- Escritura notarial 500 €
- Inscripción en el Registro Mercantil 160 €
- Asesor económico 150 €
- Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: 1% sobre el capital.

Además de los gastos anteriores, la sociedad ha incurrido en otro tipo de gastos necesarios para la puesta en marcha de la sociedad:

- Publicidad de lanzamiento 300 €
- Selección de personal 250 €

Otra información:

- Los gastos de notario y registro están sujetos a un tipo impositivo del 16% en el IVA y una retención del 15% en el IRPF.
- El asesor económico es un profesional independiente.
- Las empresas encargadas de realizar la publicidad de lanzamiento y la selección de personal revisten la forma jurídica de Sociedad de Responsabilidad Limitada.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

1. Por la emisión:

60.000	Acciones emitidas (190)		
		a Capital social, sociedad en formación (194)	60.000
		x	

2. Por la suscripción, desembolso y compromiso de aportación:

15.000	Tesorería (57)		
45.000	Socios por desembolsos no exigidos (103)		
		a Acciones emitidas (190)	60.000
		x	

3. Por la inscripción registral:

60.000	Capital social, sociedad en formación (194)		
		a Capital social (100)	60.000
		x	

4. Contabilización de los diversos gastos:

a) Notario y registro:

660,00 *Servicios de profesionales independientes (623)*

105,60 *H.^a P.^a, IVA soportado (472)*

a Tesorería (57) 666,60

a H.^a P.^a, acreedora por retenciones practicadas (4751) 99,00

_____ x _____

b) Asesor económico:

150 *Servicios de profesionales independientes (623)*

24 *H.^a P.^a, IVA soportado (472)*

a Tesorería (57) 151,50

a H.^a P.^a, acreedora por retenciones practicadas(4751) 22,50

_____ x _____

c) Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados:

600 *Otros tributos (631)*
(1% × 60.000)

a Tesorería (57) 600

_____ x _____

d) Publicidad de lanzamiento y selección de personal:

300 *Publicidad, propaganda y relaciones públicas (627)*

250 *Otros servicios (629)*

88 *H.^a P.^a, IVA soportado (472)*

a Tesorería (57) 638

_____ x _____

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA. FUNDACIÓN SUCESIVA

ENUNCIADO

Un grupo promotor desea acometer un proyecto de inversión, por lo que intenta la creación de una sociedad anónima con un capital social de 6.000.000 €, representado por acciones ordinarias de 10 € de valor nominal. Las acciones son ofrecidas a suscripción pública a la par y, en el acto de la firma del boletín de suscripción, se desembolsará el mínimo legal establecido en el TRLSA. Si se suscribiesen un número de acciones superior al previsto, se aplicaría el prorrateo proporcional. Los promotores han aportado 6.000 € para cubrir los gastos necesarios para poner en marcha el proyecto de inversión.

Pasados unos meses, los promotores comprueban que las acciones han sido suscritas en su totalidad por lo que, cumpliendo previamente una serie de requisitos legales, se procede a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

1. Por la emisión de las acciones:

6.000.000	Acciones emitidas (190)	a	Capital social, sociedad en formación (194)	6.000.000
_____		x	_____	

2. Por la suscripción:

6.000.000	Suscriptores de acciones (192)	a	Acciones emitidas (190)	6.000.000
_____		x	_____	

3. Por el desembolso del mínimo legal y compromiso de aportación:

1.500.000	Tesorería (57)			
4.500.000	Socios por desembolsos no exigidos (103)	a	Suscriptores de acciones (192)	6.000.000
_____		x	_____	

4. Por la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil:

6.000.000	Capital social, sociedad en formación (194)	a	Capital social (100)	6.000.000
_____		x	_____	

5. Por las aportaciones realizadas por el grupo promotor:

6.000	Cuenta corriente con socios y administradores (551)	a	Tesorería (57)	6.000
_____		x	_____	

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

PROVISIONES GRUPO 1

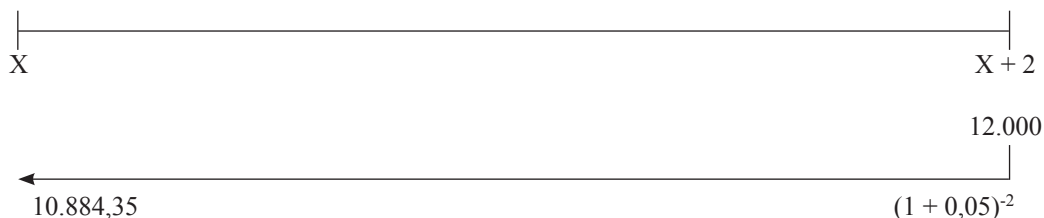
ENUNCIADO

Una empresa mantiene un litigio con un trabajador por despido, este, disconforme, denuncia el hecho ante la Magistratura de Trabajo. La empresa es condenada a pagar una indemnización por un importe de 12.000 €. Los abogados de la empresa recurren la sentencia y estiman que es probable que dentro de 2 años la empresa se vea obligada a pagar la citada indemnización. Suponiendo un tipo de interés de mercado a lo largo de toda la operación del 5% efectivo anual, contabilizar las operaciones que se deriven de los acontecimientos anteriores suponiendo que la indemnización a pagar coincide con la estimada.

SE PIDE: contabilizar las operaciones que se deriven del enunciado.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

Esquema para obtener el valor actual (VA):



1. Al cierre del ejercicio del año X:

10.884,35 Indemnizaciones (641)

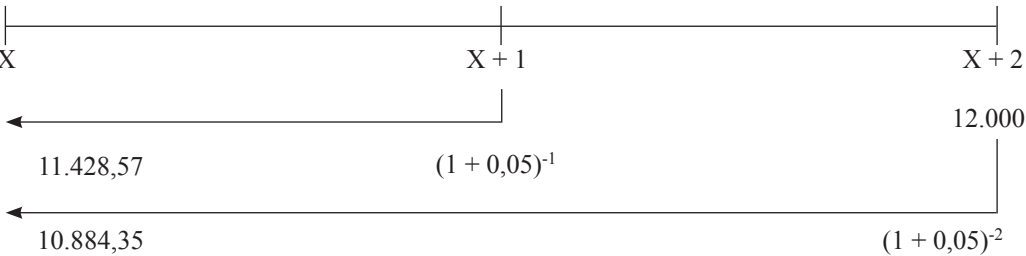
a Provisiones para retribuciones y 10.884,35
 otras prestaciones al personal (140)
 [VA = 12.000 × (1 + 0,05)⁻²]

_____ x _____

Debido a la probabilidad de que se produzca una salida de recursos y si la estimación es fiable, surge una obligación presente por hechos pasados, por lo tanto, dotaremos la provisión correspondiente ya que se cumplen las condiciones exigidas por el Borrador del NPGC.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que para su cálculo, al tratarse de una provisión a largo plazo, su contabilización debe hacerse por el valor actual (VA).

2. Al cierre del ejercicio del año X+1, por el importe de los ajustes correspondientes a la actualización de los valores:



544,22 Intereses de deudas a l/p (6620)
 (11.428,57 – 10.884,35)

a Provisiones para retribuciones y 544,22
 otras prestaciones al personal (140)

_____ x _____

3. Reclasificación al cierre del ejercicio X+1, de largo a corto plazo:

11.428,57 Provisiones para retribuciones
 y otras prestaciones al
 personal (140)
 (10.884,35 + 544,22)

a Provisiones para retribuciones y 11.428,57
 otras prestaciones al personal (5220)

_____ x _____

4. Al cierre del ejercicio del año X+2. Por la imputación de los intereses devengados:

571,43 *Intereses de deudas a c/p (6621)*
 (12.000 – 11.428,57)

a *Provisiones para retribuciones y otras prestaciones al personal (5220)* 571,43

_____ x _____

5. Por el pago de la indemnización:

12.000 *Provisiones para retribuciones y otras prestaciones al personal (5220)*

a *Tesorería (57)* 12.000

_____ x _____

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

SUBVENCIONES DE CAPITAL

ENUNCIADO

La empresa «DECASA» ha recibido de un determinado organismo público a comienzos de un determinado ejercicio una subvención no reintegrable. Dicha subvención tiene como finalidad la adquisición de una máquina con el fin de aplicar nuevas tecnologías.

El precio de adquisición de la citada máquina es de 60.000 €, IVA del 16%.

La subvención concedida asciende a 30.000 €, que ha sido percibida en una sola vez y se le ingresó en una cuenta corriente.

La máquina tiene asignada una vida útil de 10 años, sin valor residual y amortización lineal.

SE PIDE: contabilizar las operaciones que se deriven del enunciado.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4**1. Por la percepción de la subvención:**

30.000 *Tesorería (57)*

a *Ingresos de subvenciones oficiales de capital (940)* 30.000

_____ x _____

2. Por la adquisición de la máquina:

60.000	Maquinaria (213)		
9.600	H. ^a P. ^a , IVA soportado (472)		
		a Tesorería (57)	69.600
		X	

3. Al cierre del ejercicio:

a) Amortización de la maquinaria:

6.000	Amortización del inmovilizado material (681)		
	(60.000 / 10 años)		
		a Amortización acumulada de maquinaria (2813)	6.000
		X	

b) Traspaso de la subvención a la cuenta 130, tal como exige el Borrador del NPGC:

30.000	Ingresos de subvenciones oficiales de capital (940)		
		a Subvenciones oficiales de capital (130)	30.000
		X	

c) Por la imputación al resultado del ejercicio de la subvención concedida en función de la vida útil de la máquina:

3.000	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (840)		
		a Subvenciones de capital transferidas al resultado del ejercicio (746)	3.000
		X	

d) Para reflejar el saldo de la cuenta Subvenciones oficiales de capital que deba figurar en el balance:

3.000	Subvenciones oficiales de capital (130)		
	(30.000 / 10 años)		
		a Transferencia de subvenciones oficiales de capital (840)	3.000
		X	

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

OBLIGACIONES Y BONOS

ENUNCIADO

El 1/1/X1 una sociedad emite un empréstito de 100.000 bonos de 10 € cada uno, cupón cero, que se amortizarán en su totalidad en 3 años después al 114,12%. Los gastos iniciales han sido de 10.000 € y los finales de 5.000 €.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 5

1. Cálculo de la tasa efectiva:

$$1.000.000 - 10.000 = 1.141.200 (1 + i_e)^{-3} + 5.000 (1 + i_e)^{-3} \Rightarrow i_e = 0,050046191$$

Año	Interés devengado	Coste amortizado
0	—	990.000,00
1	49.545,73	1.039.545,73
2	52.025,30	1.091.571,03
3	54.628,97	1.146.200,01

2. Por el cobro:

990.000 Tesorería (57) a Obligaciones y bonos (176) 990.000

_____ X _____

3. Por los intereses devengados a 31/12/X1:

49.545,73 Intereses de obligaciones y bonos
a l/p, otras empresas (6613) a Obligaciones y bonos (176) 49.545,73

_____ X _____

4. A 31/12/X2:

a) *Por los intereses devengados:*

52.025,30	Intereses de obligaciones y bonos a l/p, otras empresas (6613)		
	a	Obligaciones y bonos (176)	52.025,30
_____	x	_____	

b) *Reclasificación de la deuda a corto plazo:*

1.091.571,03	Obligaciones y bonos (176)		
	a	Obligaciones y bonos a c/p (500)	1.091.571,03
_____	x	_____	

5. A 31/12/X3:

a) *Por los intereses devengados:*

54.628,97	Intereses de obligaciones y bonos a c/p, otras empresas (6618)		
	a	Obligaciones y bonos a c/p (500)	54.628,97
_____	x	_____	

b) *Por el importe a reembolsar:*

1.146.200,01	Obligaciones y bonos a c/p (500)		
	a	Valores negociables amortizados (509)	1.146.200,01
_____	x	_____	

c) *Por el pago:*

1.146.200,01	Valores negociables amortizados (509)		
	a	Tesorería (57)	1.146.200,01
_____	x	_____	

CASO PRÁCTICO NÚM. 6

PRÉSTAMOS

ENUNCIADO

El 1/1/X1 la sociedad «DECASA» firma con un determinado banco un préstamo a 5 años por un nominal de 100.000 €, con cuota anual de amortización constante e interés del 5% efectivo anual pagaderos por años vencidos. Los gastos iniciales de apertura ascienden a 1.500 €.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 6

1. Cálculo de la tasa efectiva:

Tipo interés anual	0,05
Capital	100.000
Capital efectivo	98.500

$$100.000 - 1.500 = 25.000 (1 + i_e)^{-1} + 24.000 (1 + i_e)^{-2} + \dots + 21.000 (1 + i_e)^{-5} \Rightarrow i_e = 0,055666$$

Año	Anualidad	Cuota	Interés pagado (i)	Interés devengado (i _e)	Diferencia interés	Capital amortizado	Capital pendiente	Coste amortizado (i _e)
0							100.000	98.500,00
1	25.000	20.000	5.000	5.483,10	483,10	20.000	80.000	78.983,10
2	24.000	20.000	4.000	4.396,67	396,67	40.000	60.000	59.379,77
3	23.000	20.000	3.000	3.305,43	305,43	60.000	40.000	39.685,20
4	22.000	20.000	2.000	2.209,12	209,12	80.000	20.000	19.894,33
5	21.000	20.000	1.000	1.107,44	107,44	100.000	0	1,76

2. A la firma del contrato el 1-1-X1:

98.500 Tesorería (57)
(100.000 - 1.500)

a Deudas a l/p con entidades de 78.983,10
de crédito (170)

a Deudas c/p con entidades 19.516,90
de crédito (520)

X

3. Regularización a 31-12-X1:

a) Periodificación de intereses y principal:

5.483,10	Intereses de deudas (662)		
	(l/p = 4.396,67		
	c/p = 1.086,43)		
	a Intereses c/p de deudas con entidades de crédito (526)	5.000,00	
	a Deudas a c/p con entidades de crédito (520)	483,10	
	x		

b) Reclasificación de la deuda:

19.603,33	Deudas a l/p con entidades de crédito (170)		
	(78.983,10 – 59.379,77)		
	a Deudas a c/p con entidades de crédito (520)	19.603,33	
	x		

4. Pago de intereses y devolución del principal a 1-1-X2:

5.000	Intereses a c/p de deudas con entidades de crédito (526)		
20.000	Deudas a c/p con entidades de crédito (520)		
	(19.516,90 + 483,10)		
	a Tesorería (57)	25.000	
	x		

5. Regularización 31-12-X2:

a) Periodificación de intereses y principal:

4.396,67	Intereses de deudas (662)		
	(l/p = 3.305,43		
	c/p = 1.091,24)		
	a Intereses c/p de deudas con entidades de crédito (526)	4.000,00	
	a Deudas a c/p con entidades de crédito (520)	396,67	
	x		

b) *Reclasificación de la deuda:*

19.694,57 *Deudas a l/p con entidades
de crédito (170)*
(59.379,77 – 39.685,20)

a *Deudas c/p con entidades
de crédito (520)* 19.694,57

_____ x _____

6. Pago de intereses y devolución del principal a 1-1-X3:

4.000 *Intereses a c/p de deudas con
entidades de crédito (526)*

20.000 *Deudas a c/p con entidades
de crédito (520)*
(19.603,33 + 396,67)

a *Tesorería (57)* 24.000

_____ x _____

7. Regularización 31-12-X3:a) *Periodificación de intereses y principal:*

3.305,43 *Intereses de deudas (662)*
(l/p = 2.209,12
c/p = 1.096,31)

a *Intereses c/p de deudas con
entidades de crédito (526)* 3.000,00

a *Deudas a c/p con entidades
de crédito (520)* 305,43

_____ x _____

b) *Reclasificación de la deuda:*

19.790,88 *Deudas a l/p con entidades
de crédito (170)*
(39.685,20 – 19.894,33)

a *Deudas a c/p con entidades
de crédito (520)* 19.790,88

_____ x _____

8. Pago de intereses y devolución del principal a 1-1-X4:

3.000	Intereses a c/p de deudas con entidades de crédito (526)		
20.000	Deudas a c/p con entidades de crédito (520)		
	(19.694,57 + 305,43)		
		a Tesorería (57)	23.000
		X	

9. Regularización 31/12/X4:

a) Periodificación de intereses y principal:

2.209,12	Intereses de deudas (662)		
	(l/p = 1.107,44		
	c/p = 1.101,68)		
		a Intereses c/p de deudas con entidades de crédito (526)	2.000,00
		a Deudas a c/p con entidades de crédito (520)	209,12
		X	

b) Reclasificación de la deuda:

19.892,57	Deudas a l/p con entidades de crédito (170)		
	(19.894,33 – 1,76)		
		a Deudas a c/p con entidades de crédito (520)	19.892,57
		X	

10. Pago de intereses y devolución del principal a 1-1-X5:

2.000	Intereses a c/p de deudas con entidades de crédito (526)		
20.000	Deudas a c/p con entidades de crédito (520)		
	(19.790,88 + 209,12)		
		a Tesorería (57)	22.000
		X	

11. Regularización 31/12/X5:a) *Periodificación de intereses:*1.107,44 *Intereses de deudas (662)*

a	<i>Intereses c/p de deudas con entidades de crédito (526)</i>	1.000,00
a	<i>Deudas a c/p con entidades de crédito (520)</i>	107,44

X

12. Pago de intereses y devolución del principal a 1-1-X6:1.000 *Intereses a c/p de deudas con entidades de crédito (526)*20.000 *Deudas a c/p con entidades de crédito (520)*
(18.892,57 + 107,44)

a	<i>Tesorería (57)</i>	21.000
---	-----------------------	--------

X

CASO PRÁCTICO NÚM. 7

EMISIÓN DE ACCIONES CON VOTO Y SIN VOTO

ENUNCIADO

La sociedad «DECASA» acuerda la emisión de 600.000 acciones con derecho a voto, desembolsadas en su 50% y 100.000 acciones sin derecho a voto, desembolsadas también en un 50%. El valor nominal de todas las acciones es de 10 € y la emisión es al 110%.

Con posterioridad, se inscribe la sociedad en el Registro Mercantil de la provincia donde tiene su sede.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 7**1. A la emisión de las acciones:**7.700.000 *Acciones emitidas (190)*

a	<i>Capital social, sociedad en formación (194)</i>	7.700.000
---	--	-----------

X

2. Por la suscripción y desembolso:

500.000	Desembolsos no exigidos por acciones contabilizadas como pasivo (153)		
3.000.000	Socios por desembolsos no exigidos (103)		
4.200.000	Tesorería (57)		
		a Acciones emitidas (190)	7.700.000
		x	

3. Por la inscripción en el Registro Mercantil:

7.700.000	Capital social, sociedad en formación (194)		
		a Capital social (100)	6.000.000
		a Prima de emisión (110)	600.000
		a Acciones a l/p contabilizadas como pasivo (150)	1.100.000
		x	

CASO PRÁCTICO NÚM. 8

ACCIONES PROPIAS

ENUNCIADO

La sociedad «DECASA» adquiere a principios del año X, 6.000 acciones propias de nominal 1 € por un importe de 2 € cada una que deberán ser enajenadas lo más pronto posible.

A finales de año la cotización de las acciones en el mercado es de 2,5 €.

En el ejercicio X+1 se venden la totalidad de las acciones propias por 1,75 € unidad.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 8

1. Por la compra de las acciones propias:

12.000	Acciones propias en situaciones especiales (108)		
	(6.000 × 2)		
		a Tesorería (57)	12.000
		x	

2. Por la dotación de una reserva indisponible exigida en el TRLSA (art. 75):

12.000	Reserva voluntaria (113)		
		a Reservas para acciones propias (1143)	12.000
	_____	X	_____

3. Por el ajuste de valor de las acciones propias al 31-12-X:

3.000	Acciones propias en situaciones especiales (108) [6.000 (2,5 – 2)]		
		a Reserva para acciones propias (1143)	3.000
	_____	X	_____

4. Por la venta de las acciones propias:

10.500	Tesorería (57) (6.000 × 1,75)		
4.500	Reserva para acciones propias (1143)		
		a Acciones propias en situaciones especiales (108) (12.000 + 3.000)	15.000
	_____	X	_____

5. Por la eliminación de la reserva previamente dotada y ajustada:

10.500	Reserva para acciones propias (1143) (12.000 + 3.000 – 4.500)		
		a Reserva voluntaria (113)	10.500
	_____	X	_____

CASO PRÁCTICO NÚM. 9

AJUSTES POR VALORACIÓN EN ACTIVOS FINANCIEROS DISPONIBLES PARA LA VENTA

ENUNCIADO

La sociedad «DECASA» adquirió, a principios del año X, 300 acciones de una determinada empresa por un importe de 15 € por acción. Los gastos de la operación han ascendido a 50 € y las

acciones, catalogadas por la gerencia como activos financieros disponibles para la venta, tienen un valor de mercado en el momento de la compra de 20 € por acción.

Suponiendo que:

Caso 1.º: A finales del año X la cotización de los títulos en el mercado secundario era de 25 € por acción.

Caso 2.º: A finales del año X los títulos en el mercado cotizaban a 12 € por acción.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 9

Por la compra de las acciones aplicando el método del valor razonable:

6.000 Inversiones financieras
temporales en instrumentos
de patrimonio (540)
(300 × 20)

<i>a</i>	<i>Tesorería</i> (57)	4.550
	$[(300 \times 15) + 50]$	

<i>a Beneficios en activos financieros disponibles para la venta (900)</i>	<i>1.450</i>
--	--------------

X

Caso 1.º:

1.500 Inversiones financieras
temporales en instrumentos
de patrimonio (540)
[300 × (25 – 20)]

<i>a Beneficios en activos financieros disponibles para la venta (900)</i>	<i>1.500</i>
--	--------------

X

2.950 Beneficios en activos financieros
disponibles para la venta (900)
(1.450 + 1.500)

a Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta (133) 2.950

X

Caso 2.º:

2.400	<i>Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta (800)</i>	
	a	<i>Inversiones financieras temporales en instrumentos de patrimonio (540)</i> 2.400
		[300 (20 – 12)]
	_____	x _____
3.600	<i>Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta (133)</i>	
	a	<i>Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta (800)</i> 3.600
	_____	x _____

Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, A.; POUSA SOTO, R. [2006]: *Casos prácticos del nuevo Plan General de Contabilidad: Borrador*.
- CAÑIBANO CALVO, L.; MORA, A. [2006]: *Las Normas internacionales de información financiera: análisis y aplicación*.
- LÓPEZ CORRALES, F.J. [1991]: *Novo Plan Xeral de Contabilidade. Análise comparativa: Plan de 1973-Plan de 1991-Casos prácticos*.
- BORRADOR DEL NUEVO PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD [2006].

CONCLUSIONES SOBRE «LA NUEVA REGULACIÓN CONTABLE ESPAÑOLA DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINAL»

(Curso de verano 2007 de la Universidad Autónoma de Madrid)

JOSÉ LUIS CEA GARCÍA
HERENIA GUTIÉRREZ PONCE
*Codirectores del curso **

Como fruto de las distintas exposiciones habidas a lo largo del curso celebrado los días 4, 5 y 6 de julio y los consiguientes debates habidos en torno a lo expuesto por los conferenciantes y miembros de las Mesas redondas, los codirectores del curso condensan todo ello en las siguientes conclusiones básicas:

1.^a El contenido de los textos legales en los que se plasma la reforma contable española supone una convergencia muy estrecha con las normas internacionales de contabilidad emitidas por organismos privados y profesionales IASC/IASB para el registro de las distintas operaciones realizadas por las empresas españolas y para la elaboración, en último término de sus cuentas anuales individuales salvo en algún caso aislado como por ejemplo los gastos de investigación y la reducción de los casos de opciones de tratamientos dobles o alternativos previstos en las normas IASB.

2.^a Nuestra regulación contable legal ha decidido adoptar o trasladar, en forma de normas legales de obligado cumplimiento, como decisión voluntaria y soberana de los órganos legislativos españoles la inmensa mayoría de las normas IASB, sin estar estrictamente obligados a ello por un texto o un Reglamento de UE a efectos de las cuentas anuales individuales de nuestras empresas, seguramente por un doble motivo:

- a) Establecer un acercamiento hacia una mayor comparabilidad informativa de los datos contables presentados por las empresas españolas en sus cuentas anuales individuales, con las

* Los codirectores del curso se han limitado a interpretar y sintetizar, bajo su mejor y más leal entender, las opiniones vertidas por los participantes en el curso, sin que ello represente necesariamente su opinión personal en todos los casos y circunstancias comentadas.

empresas de otros países, que igualmente parecen inclinarse, en mayor o menor medida, por las normas de este mismo modelo de base IASB.

- b) Facilitar una mayor concordancia y engarce entre las cuentas anuales individuales y las cuentas anuales consolidadas para los grupos de sociedades cotizadas en particular, al venir reguladas estas por Reglamentos UE a aplicar en cuentas anuales consolidadas las normas IASB convalidadas debidamente por la UE.

3.^a La elección potestativa por parte de los órganos legislativos españoles de esta solución supone, a la vez, introducir una mayor complejidad en cuanto a la llevanza de la contabilidad de las empresas españolas de cualquier dimensión y en particular las PYMES, una nueva terminología contable diferente e incluso abstrusa en ciertos puntos con relación a la existente, dificultades y nuevos riesgos en la práctica de la auditoría de cuentas, programas de enseñanza de las materias contables en partes mantenidas a lo largo del curso, aconsejarían probablemente la entrada en funcionamiento del nuevo régimen contable con carácter obligatorio al 1 de enero de 2009, o en su caso, de modo voluntario el 1 de enero de 2008 para aquellas empresas que así lo deseen.

Igualmente preocupa, por su ambigua trascendencia, a ciertos medios de la auditoría de cuentas, la disposición del Proyecto del Plan General Contable relativa a hechos posteriores al cierre (Norma 23.^a de registro y valoración en consonancia con el último párrafo de la enunciación del principio de prudencia), al señalar que, excepcionalmente, si se conocieran riesgos entre la formulación y antes de la aprobación de las cuentas anuales y afectaran de forma muy significativa a la imagen fiel, las cuentas anuales deberían ser formuladas de nuevo.

También se opina, por parte de ciertos intervinientes en el curso, que habría que introducir en nuestra regulación contable la utilización con carácter subsidiario o supletorio de las normas o interpretaciones IASB para aquellos puntos que no tuviesen cobertura específica por la regulación contable española, consideración que debería recoger, por ser razonable y útil, una mención expresa de tal circunstancia en el texto del Plan General Contable.

4.^a La reforma contable obliga a su vez a la reforma de los textos legales en materia de tributación del resultado empresarial en busca de un efecto tributario nulo como consecuencia de la reforma contable española. Este objetivo es difícil de cumplir a rajatabla, aunque en la respuesta fiscal habida hasta el momento parece que las medidas legales tomadas van en esa dirección, si bien subsisten determinadas dudas o cuestiones de interpretación todavía pendientes para alcanzar satisfactoriamente tal objetivo.

5.^a Asimismo, los contenidos de la reforma contable plantean un cierto distanciamiento entre los textos españoles (TRLSA, Ley de SRL, etc.) que desarrollan aspectos mercantiles y societarios de la vida de las empresas con relación sobre todo a un posible tratamiento distinto en cuanto a determinadas figuras o instrumentos de financiación. Así, en el mismo texto mercantil, pueden algunos de ellos calificarse (por ejemplo: fondos propios) y posiblemente ser calificados de una manera distinta (por ejemplo: fondos exigibles o pasivos a los efectos exclusivos de su tratamiento y su presen-

tación dentro de las cuentas anuales de las empresas). Todo ello dentro de unos márgenes de interpretación no siempre objetivos y automáticos, por parte de los distintos elaboradores y usuarios de la información contable elaborada por las empresas españolas. Cabe distintas de las actuales en los centros universitarios españoles, etc. Todo ello, según ciertas opiniones, pues, ciertos márgenes de subjetivismo e interpretación discrecionales por parte de los responsables de la dirección de las empresas en esta materia, puede provocar ambigüedad al respecto y, en definitiva, conflictos en los terrenos mercantil, judicial e incluso un posible foco de utilización intencional con el fin de reducir la carga fiscal en el impuesto sobre los beneficios empresariales, utilizando para ello la mutación de ciertas figuras de capital social como fuentes de pasivo, en busca de la consiguiente deducción de sus remuneraciones como gasto fiscal deducible de la base imponible.

6.^a En tal sentido, algunas opiniones abogan por una mayor concreción o tipificación de las figuras o instrumentos de financiación empresarial de un tipo u otro, o bien alternativamente para que dentro del Sistema Contable Principal (balance y cuenta de pérdidas y ganancias) de las empresas españolas, rija la calificación con arreglo a la legislación mercantil vigente y con relación a las características presentes que reunieran desde tal perspectiva los distintos instrumentos de financiación y con la consiguiente revelación informativa dentro del Sistema Contable Complementario (memoria) de las eventuales transmutaciones futuras que pudieran producirse, previsiblemente o con certeza en los respectivos instrumentos financieros de acuerdo con las cláusulas de sus contratos soporte correspondientes (transformación de deudas/pasivos en fondos propios/patrimonio neto o a la inversa).

Esta vía alternativa, distinta de la que presumiblemente se derivaría de la actual inclinación de los textos de la reforma contable, podría eliminar, o al menos atemperar, las incertidumbre y discrecionalidades interpretativas que se ciernen con los contenidos actuales y ambiguos entre pasivos y patrimonio neto, y ello sin menoscabo de una información contable completa dentro del sistema informativo de las cuentas anuales, es decir, su catalogación presente, dentro básicamente del balance y cuenta de pérdidas y ganancias con arreglo a su calificación mercantil actual y dentro de la memoria resaltando sus contenidos contractuales en torno a una posible o segura transformación futura en otra clase de financiación distinta de la hoy mostrada en el balance y primera cuenta de pérdidas y ganancias, bajo unas determinadas características cualitativas y dentro de unas determinadas condiciones y efectos cuantitativos seguros o previsibles.

7.^a La adopción de un Marco Conceptual en nuestra regulación contable igualmente sobre las bases conceptuales IASB supone un avance de nuestro modelo de regulación legal de cara a la adecuada interpretación de los conceptos contables básicos a manejar. Sin embargo, se hace notar por parte de algunos de los intervinientes, con mayor o menor énfasis, la falta de una razón de unidad global para el modelo normativo IASB sobre la cual debieran cimentarse coherentemente las distintas reglas contables específicas para el tratamiento de las distintas transacciones empresariales bajo ese armazón teórico de coherencia para el conjunto del modelo. Esto no existe satisfactoriamente en el modelo IASB, ni tampoco en el nuevo modelo contable español, lo que viene expresado de modo palpable en distintas normas específicas carentes de escasa racionalidad económico-financiera particularmente en cuanto al cálculo del Resultado Contable periódico empresarial. Hay numerosos ejemplos de cosas y casos que han de ir al RC periódico en la cuenta de pérdidas y ganancias otras

de analogía parecida que, sin embargo, no van a él, cosas que se valoran de un modo u otro (modelo mixto de valoración-histórico en parte y en presente de Valor Razonable), sin que se sepa muy bien por qué una cosa es de un modo u otro.

8.^a Las normas de tratamiento sobre Instrumentos Financieros son un claro correlato de esa plural característica o insuficiencia señalada:

- a) Una excesiva complejidad en su tratamiento contable, a veces cercana al esoterismo o cuestión accesible solo para técnicos altamente especializados, cuando van dirigidas a todo tipo de empresas españolas.
- b) Una falta de coherencia global en sus soluciones (hay elementos que se valoran a Valor Razonable con incidencia en la cuenta de pérdidas y ganancias, otros así pero con incidencia directa en el patrimonio neto, otros como la cartera de inversiones en empresas del grupo que van al precio de adquisición o a valor presente —«deterioro»— si es más bajo), sin que ello obedezca a un conjunto teórico global que otorgue coherencia al conjunto del modelo.
- c) Unas terminologías traducidas de modo fácil y literal que a veces suponen un escollo natural para su clara y correcta interpretación (por ejemplo: el término coste amortizado).

Todo ello patentiza que estamos ante un modelo, no con razón de unidad, sino más bien de reglas específicas sueltas sin cohesión de conjunto dentro un patrón conceptual de racionalidad económico-financiera satisfactoria que brilla por su ausencia. Falta, en suma, racionalidad económico-financiera de conjunto para el nuevo modelo contable español asentado sobre un conjunto de reglas eminentemente empíricas y sin razón de unidad para el conjunto.

Esta es una parcela normativa evidentemente mejorable y a la vez una clara muestra de la falta de coherencia global del modelo contable IASB que hemos importado en su conjunto para la reforma contable española.