

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

OCTUBRE 2006 – NÚMERO 283

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel

COORDINADORES

M.^a José Leza Angulo

(Abogada. Máster en Tributación)

Sotero Amador Fernández

(Economista. Máster en Dirección Económico-Financiera)

CONSEJO ASESOR

- Eduardo Abril Abadín
(Presidente del Tribunal Económico-Administrativo Central)
- Roberto Alonso Alonso
(Inspector de Hacienda del Estado)
- Juan Arrieta Martínez de Pisón
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- Inocencio Carazo González
(Auditor de Cuentas)
- Gabriel Casado Ollero
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- José Luis Cea García
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)
- María Antonia García Benau
(Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad)
- José Ramón González García
(Presidente del ICAC)
- Lorenzo de las Heras Miguel
(Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)
- Alejandro Larriba Díaz Zorita
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)
- Javier Lasarte Álvarez
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- Antonio Longas Lafuente
(Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid)
- Juan Antonio Maroto Acín
(Catedrático de Economía Financiera)
- Francisco José Palacio Ruiz de Azagra
(Inspector de Hacienda del Estado)
- Carlos Palao Taboada
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- Valentín Pich Rosell
(Presidente del REAF)
- Javier Romano Aparicio
(Profesor del CEF)
- Jesús Ruiz Huertas Carbonell
(Catedrático de Economía Aplicada)
- María Asunción Salvo Tambo
(Magistrada de la Audiencia Nacional)
- Andrés Sánchez Pedroche
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario)
- Eduardo Sanz Gadea
(Inspector de Hacienda del Estado)
- José Tovar Jiménez
(Profesor del CEF)
- Jesús Urias Valiente
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)
- María Teresa del Val Núñez
(Catedrática del Área de Dirección de Empresas)

SUMARIO

	Página
TRIBUTACIÓN	
62/2006 Los particulares y el proceso urbanizador: asimetrías en la consideración empresarial de los urbanizadores de terrenos a efectos del IRPF y del IVA. (Gloria Marín Benítez)	3
PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2006	
63/2006 Régimen fiscal de las sociedades laborales en el Impuesto sobre Sociedades: algunas notas clarificadoras. (Juan Calvo Vérguez)	41
64/2006 Donativos, donaciones y aportaciones a ONGs: régimen fiscal en los impuestos directos que gravan la renta. (Mónica Arribas León)	85
65/2006 La convalidación de actos administrativos nulos de pleno derecho del artículo 217.1 e) de la Ley General Tributaria. (Jorge Pérez Alonso)	125
CONTABILIDAD	
66/2006 ¿Son compatibles el «bolsillo» y el «corazón»? El caso de las sociedades anónimas deportivas españolas. (Luis Carlos Sánchez Martínez)	131
PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2006	
67/2006 La continuidad del negocio financiero. (Concha Burgos García)	165
68/2006 Normativa Contable Internacional y el Fondo de Comercio en las combinaciones de negocios. (María Dolores Salvador Montiel)	179
69/2006 Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo Superior de Intervención y Contabilidad de la Administración de la Seguridad Social. (Luis Alberto Gracia Gallego y Javier Romano Aparicio)	195
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	227

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.

Avda. Córdoba, 21 - 2.º 1.ª

28026 MADRID

- ISSN: 1138-9613

- DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2006) 125,00 € (IVA no incluido)

Comprende dos volúmenes:

1.º Legislación, Consultas, Jurisprudencia.

2.º Comentarios y Casos prácticos.

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2006) 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.



Doña GLORIA MARÍN BENÍTEZ recibiendo el 2.º Premio «Estudios Financieros».

GLORIA MARÍN BENÍTEZ

Abogada. Departamento Tributario de Uría Menéndez

Este trabajo ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2006** en la Modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Eduardo ABRIL ABADÍN, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Gabriel CASADO OLLERO, don Javier LASARTE ÁLVAREZ, don Jesús RUIZ HUERTAS CARBONELL y doña María Asunción SALVO TAMBO.

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

Extracto:

PARA determinar los efectos tributarios de las operaciones realizadas por los particulares resulta imprescindible dilucidar si tales operaciones son realizadas en el marco de sus actividades privadas o con carácter profesional o empresarial. Así, en la imposición directa sobre la renta, las operaciones realizadas en el ámbito empresarial dan lugar, en general, a rendimientos de la actividad económica, mientras que las rentas procedentes de las inversiones no empresariales originan rendimientos del capital o ganancias patrimoniales. Por otro lado, en la imposición indirecta el IVA recae sobre el tráfico mercantil o empresarial, mientras que el ITP y AJD sobre el tráfico civil o privado.

No obstante, la frontera entre el tráfico mercantil y civil no siempre es clara, especialmente en el tráfico inmobiliario y, en particular, en las operaciones que atañen a la urbanización o preparación de un terreno para su posterior edificación. Además, los requisitos legales para que un particular sea considerado como empresario a efectos fiscales no siempre son coincidentes en todos los tributos que le puedan afectar. Precisamente en este trabajo vamos a realizar una revisión crítica de los requisitos legales, así como de la interpretación que de ellos han venido realizando nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa, para calificar la intervención de los particulares en el proceso de urbanización como empresarial a efectos de IVA o de IRPF. Esta revisión nos permitirá analizar y comparar la diferente respuesta que en estos dos tributos se da a la consideración empresarial de los particulares que intervienen en el proceso urbanizador.

Sumario:

1. Introducción.
2. El proceso de urbanización.
3. Los particulares, la urbanización del terreno y el IRPF.
4. Los particulares, la urbanización del terreno y el IVA.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

NOTA: La autora quiere agradecer a sus compañeros del área de fiscalidad inmobiliaria (Víctor VIANA, Francisco de la PUENTE y Miguel BASTIDA), así como a Rafael VARGAS MORENO y a Guillermo CANALEJO, abogados todos ellos del Departamento Tributario de Uría Menéndez, sus valiosos comentarios y sugerencias. Los errores que puedan existir, así como las opiniones vertidas en este trabajo, son todos responsabilidad de la autora.

1. INTRODUCCIÓN

Para determinar los efectos tributarios de las operaciones realizadas por los particulares resulta imprescindible dilucidar si tales operaciones son realizadas en el marco de sus actividades privadas o en su esfera profesional o empresarial.

En este sentido, y respecto de la imposición directa sobre la renta, las operaciones realizadas en el ámbito empresarial suelen dar lugar a rendimientos de la actividad económica¹, mientras que las rentas procedentes de las inversiones no empresariales del sujeto pasivo dan lugar a rendimientos del capital o a ganancias patrimoniales. Por otro lado, en la imposición indirecta, se afirma que el Impuesto sobre el Valor Añadido («IVA») grava el tráfico mercantil o empresarial, mientras que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» («TPO»), grava el tráfico civil o privado.

No obstante, la frontera entre el tráfico mercantil y civil no siempre es clara. Así, por ejemplo, las transmisiones realizadas por particulares que intervienen de forma ocasional en la producción o distribución de bienes y servicios constitutivos de una actividad económica pueden quedar sujetas al IVA, mientras que, por otro lado, pueden quedar sujetas a TPO transmisiones inmobiliarias exentas realizadas por personas jurídicas empresariales. Y la calificación de las rentas obtenidas por particulares a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas («IRPF») puede plantear dudas cuando con una infraestructura económica mínima y con carácter ocasional el sujeto pasivo interviene en la producción o distribución de bienes o servicios.

¹ Con dos excepciones: (i) las rentas procedentes de la transmisión de activos no financieros y de participaciones en los fondos propios de entidades –tanto si se encuentran afectos a una actividad empresarial, como si no– siempre son calificadas como ganancias de patrimonio, y (ii) los rendimientos procedentes de la cesión de capitales a terceros o de la participación en fondos propios de entidades (incluyendo los procedentes de la transmisión de activos financieros representativos de la cesión a terceros de capitales propios), siempre son calificados como rendimientos de capital mobiliario.

Estos casos fronterizos son frecuentes en el tráfico inmobiliario ², habiendo suscitado especial controversia en su tratamiento tributario las operaciones inmobiliarias que atañen a la urbanización o preparación del terreno para la posterior edificación.

En este trabajo vamos a analizar los requisitos legales, así como la interpretación que de ellos han venido realizando nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa, para calificar la intervención de los particulares en el proceso de urbanización de los terrenos como empresarial a efectos del IVA o del IRPF. Prestaremos especial atención a las razones que justifican que operaciones realizadas por particulares puedan calificarse como empresariales a efectos de un tributo y no de otro. Previamente, revisaremos algunos conceptos urbanísticos fundamentales por la relevancia tributaria que a estos efectos se ha atribuido en ocasiones al sistema elegido para llevar a término la ejecución del planeamiento ³.

2. EL PROCESO DE URBANIZACIÓN

2.1. Sistemas de ejecución del planeamiento y obligación de urbanizar.

La urbanización tiene por objeto reconvertir un terreno que no es apto para construir en otro susceptible de edificación, acondicionándolo para ello con servicios de abastecimiento y evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica y acceso rodado. Como regla general, la urbanización tiene lugar en la llamada fase de ejecución del planeamiento.

En la *fase de planeamiento* los poderes públicos regulan la utilización del suelo, asignando sus usos y realizando la ordenación que se considera idónea a las necesidades municipales y al interés público. En la *fase de ejecución* se trata de distribuir los beneficios y cargas derivados del planeamiento entre los titulares de las fincas afectadas y de proceder a la urbanización, transformando las parcelas en solares en los que pueda materializarse el derecho-deber de la edificación conforme al plan.

² Debido, como apunta BATALLA Y MONTERO DE ESPINOSA, a que al tratarse los inmuebles de bienes duraderos, una vez terminado su ciclo de producción y ser objeto de «consumo» mediante su venta, pueden ser reincorporados al proceso de producción de otros bienes y servicios. (BATALLA Y MONTERO DE ESPINOSA, Alfonso: *El sector inmobiliario y la aplicación del impuesto sobre el valor añadido*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1985, págs. 19 y ss. También ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César: «Las operaciones inmobiliarias como actividad empresarial en el IVA», *Revista Impuestos*, 1986, Ed. Aranzadi, págs. 37 y ss.)

³ No pretendemos en este trabajo realizar un estudio pormenorizado del tratamiento tributario de los distintos actos, negocios o contratos que pueden tener lugar durante el proceso de ejecución de planeamiento urbanístico. Estudios así ya han sido abordados por la doctrina, que ha prestado especial atención al sistema de compensación urbanística y al tratamiento tributario de las juntas de compensación. En este sentido, puede consultarse: MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier, NATERA HIDALGO, Rafael D., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús y VILLAR EZCURRA, José Luis: *Aspectos Tributarios de las Juntas de Compensación*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002; ABEL FABRE, Jordi: *El sistema de compensación urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001; FERNÁNDEZ TUBÍO, Domingo y SILVA PÉREZ, José Antonio: «La tributación de las Juntas de Compensación», *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF; n.º 241, y, SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier: «El tratamiento en el IVA de la ejecución del planeamiento urbanístico a través de juntas de compensación fiduciarias: comentarios y un ejemplo práctico», *Revista Fiscal* n.º 89, Ed. Francis Lefebure, octubre 2003.

Esta ejecución se lleva a término a través de distintos sistemas, siendo los más relevantes los de cooperación, compensación y expropiación, aplicables en general en casi todas las Comunidades Autónomas. En todos estos sistemas se trata de compatibilizar el interés público que resulta de la ordenación del territorio (reservando a los poderes públicos la potestad de dirección y control de la ejecución), con el interés privado que atiende al derecho de propiedad de los propietarios afectados por el planeamiento.

La normativa urbanística impone a los propietarios de fincas afectados por una unidad de ejecución obligaciones de cesión de suelo necesario ⁴, de distribución equitativa de beneficios y cargas derivados del planeamiento ⁵, de urbanización y de edificación ⁶.

Centrándonos en la obligación relativa a la urbanización que atañe a los particulares afectados por la ejecución del planeamiento y que comprende las obras de viabilidad, saneamiento, suministro de agua y energía eléctrica y jardinería y arbolado, los artículos 14.2 e) y 18, apartados 3 y 6, de la Ley 6/1998 ⁷ emplean la expresión «costear y, en su caso, ejecutar». Aunque estos preceptos no precisan en qué casos la obligación consiste en «costear» y en cuáles en «ejecutar», puede afirmarse que, en general y salvo en el sistema de expropiación, el pago de las obras de urbanización corre siempre a cargo de los propietarios, mientras que son responsables de la ejecución de las obras de urbanización la entidad expropiante (en el sistema de expropiación) ⁸, la Administración (en el sistema de cooperación) ⁹, o la junta (en el sistema de compensación) ¹⁰. Por otro lado, la ejecución material puede realizarse por estos entes directamente o encomendarse a terceros.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de octubre de 1993 ha señalado lo siguiente:

*«... una vez delimitado un polígono o unidad de actuación es cuando deberá establecerse quién urbaniza y costea la urbanización y cómo ha de procederse al reparto de cargas y beneficios derivados de la ordenación urbanística. Si se financia el planeamiento con cargo al dinero público y se ejecuta por la Administración las obras correspondientes, se está ante el sistema de **expropiación**. Si la Administración, manteniendo*

⁴ Los propietarios deben ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración el suelo necesario para sistemas locales (viales, espacios verdes, dotaciones públicas...), el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general incluye en el ámbito correspondiente a efectos de su gestión y el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del ámbito respectivo.

⁵ Los propietarios están obligados a proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad a la ejecución material del mismo. Esto se hace mediante el proyecto de compensación (en el sistema de ejecución por compensación) o mediante el proyecto de reparcelación (en el sistema de ejecución por cooperación).

⁶ Los propietarios en suelo urbano están obligados a edificar los solares en el plazo que, en su caso, establece el planeamiento o, en su defecto, la legislación aplicable, lo que obliga previamente a solicitar la licencia municipal de edificación. En caso de no solicitarse se producirán las consecuencias previstas en la normativa aplicable que pueden llegar a la extinción del derecho a edificar, la venta forzosa o la reducción del aprovechamiento urbanístico.

⁷ Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del suelo y valoraciones.

⁸ Artículo 171.1 del TRLS92.

⁹ Artículo 162.1 del TRLS92.

¹⁰ Artículo 157.1 del TRLS92.

*inalteradas las propiedades privadas, realiza las operaciones de ejecución de la urbanización coactivamente con cargo a los propietarios, se está ante el sistema de **cooperación** (art. 131 de la Ley del Suelo). Y si son los propietarios quienes reparten entre ellos los beneficios y cargas derivados del planeamiento, urbanizando a sus costa (art. 126.1 de la Ley del Suelo), se estará ante el sistema de **compensación**. El sistema de actuación que en cada caso se elija por la Administración actuante, depende esencialmente de la capacidad financiera pública y de gestión tanto pública como privada (...). Y corresponde al Plan (...) o a las Normas Complementarias o Subsidiarias de Planeamiento (...) la elección del sistema atendiendo a criterios técnicos.»*

En lo que al sistema de **cooperación** se refiere, el artículo 131.1 del Texto Refundido de 1976 y el 186.1 del Reglamento de Gestión Urbanística señalan que «*los propietarios del polígono o unidad de actuación aportan el suelo de cesión obligatoria y la Administración ejecuta las obras de urbanización*». La Administración puede bien realizar las obras por sus propios medios, bien encomendar su ejecución a terceros cumpliendo las normas de la Directiva 93/37 y las de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Las obligaciones de los propietarios de los terrenos se limitan, en todo caso, a costear los costes de urbanización incurridos por la Administración.

En el sistema de **compensación**, la ejecución de la urbanización se encomienda a las juntas de compensación, organizaciones con personalidad jurídica propia de base privada cuya naturaleza administrativa sólo adquiere relieve en el ámbito de las funciones públicas que la ley les confía. Las juntas pueden contratar la ejecución de las obras con un tercero. Esta contratación de obras tiene naturaleza administrativa (según STS de 24 de mayo de 1994) y debe regirse, por tanto, por las reglas de publicidad y concurrencia establecidas en la Directiva 93/37 y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ¹¹.

2.2. Las juntas de compensación.

Como hemos señalado, en el sistema de compensación la ejecución de la urbanización se encomienda a las juntas de compensación, entidades de las que podríamos destacar los siguientes caracteres ¹²:

- Tienen **naturaleza** administrativa pero son entidades de base asociativa privada y, por ello, se rigen por sus propios estatutos (aprobados por la Administración e inscritos en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras).

¹¹ Puede ocurrir también que las juntas de compensación decidan ejecutar las obras de urbanización por sí mismas si cuentan con medios para ello. Así será habitualmente cuando se hayan incorporado a ellas como miembros de pleno derecho empresas urbanizadoras con este fin, tal y como autorizan el artículo 127.2 del Texto Refundido de 1976 y los preceptos correspondientes del Reglamento de Gestión Urbanística. Así, el artículo 176.4 del Reglamento de Gestión establece que «*si a la junta de compensación se hubiera incorporado alguna empresa urbanizadora que aporte, total o parcialmente, los fondos necesarios para urbanizar el suelo, la ejecución de la obra podrá realizarse directamente por dicha empresa si las bases lo hubieran así previsto*».

¹² Seguimos en este punto a ABEL FABRE, Jordi: «El sistema (...)», *op. cit.*, págs. 58 y ss.

- Su **objeto** esencial es la urbanización del polígono o unidad de actuación, siendo responsables de la ejecución de las obras de urbanización, instalaciones y dotaciones, y de su mantenimiento hasta su recepción por la Administración.
- Tienen plena **capacidad de obrar** y **responsabilidad** propia e independiente de sus miembros y están sujetas a control administrativo. Son directamente responsables, frente a la Administración actuante, de la urbanización completa del polígono o unidad de actuación.

A efectos tributarios se ha concedido enorme trascendencia a la dualidad permitida por la Ley del Suelo entre las denominadas juntas de compensación fiduciarias (en las que los propietarios no transmiten a la junta la propiedad del suelo) y las juntas de compensación propietarias (en las que los propietarios sí transmiten dicha titularidad). La diferenciación viene motivada por el artículo 129.1 del TRLS/1976 según el cual *«la incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación no presupone, salvo que los Estatutos dispusieran otra cosa, la transmisión a la misma de los inmuebles afectados a los resultados de la gestión común»*. El artículo 129.2 del TRLS/1976 señala además, que las juntas de compensación *«actuarán como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en los Estatutos»*.

No obstante, la doctrina rechaza que nos encontremos ante un negocio fiduciario en sentido técnico, ya que la relación de la junta con las fincas no es producto de un negocio jurídico sino que es creada directamente por la ley y la titularidad que la junta ostenta no es oculta frente a terceros¹³. Por otro lado, la transmisión que se produce en las llamadas juntas propietarias está condicionada por lo establecido en los estatutos, las bases de actuación y el proyecto de compensación. Como señala ABEL FABRE *«la actuación de la Junta de Compensación no es la de actuar en nombre de otros, ni por autorización de otros, actúa en nombre propio sobre bienes ajenos para la consecución de un objeto común a cuantos se han incorporado a ella y que consiste en la ejecución del planeamiento, polígono o unidad de actuación»*¹⁴.

En realidad, ninguna junta es durante toda su vida de una forma u otra en su integridad¹⁵: la junta siempre es propietaria respecto a los terrenos expropiados y, una vez aprobado el proyecto de compensación, actúa siempre como fiduciaria¹⁶. Además, y tal y como hemos apuntado, en ambos casos la junta de compensación es directamente responsable frente a la Administración competente de la urbanización completa de la unidad de ejecución, siendo la responsabilidad de los propietarios miembros de la junta subsidiaria y mancomunada entre ellos¹⁷.

¹³ POZO CARRASCOSA: *El sistema de compensación urbanística*; Marcial Pons, Madrid, 1993; pág. 110.

¹⁴ ABEL FABRE, J: «El sistema (...)», *op. cit.*, pág. 174.

¹⁵ EGUINO, María: *La problemática tributación de las Juntas de Compensación*; Impuestos (compendio); tomo 2; año 1997; págs. 961 y ss. MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier y Villar EZCURRA, José Luis: «El sistema de compensación como forma de ejecución del planeamiento urbanístico» en *Aspectos tributarios (...)*, *op. cit.*, pág. 39.

¹⁶ Salvo con relación a los terrenos que, al amparo del artículo 177 del Reglamento de Gestión Urbanística, se le hubiesen adjudicado para que, mediante su enajenación, pueda financiar las obras de urbanización y sobre los que mantiene una titularidad plena (aunque de carácter fiduciario, en el sentido de que dicha titularidad debe encaminarse a la ejecución de los fines que le son legalmente establecidos).

¹⁷ ABEL FABRE, J: «El sistema (...)», *op. cit.*, pág. 174.

Por todo ello, y a nuestro juicio, la trascendencia que a efectos tributarios se ha otorgado a esta distinción (más allá de la necesidad de determinar cuál es el tratamiento fiscal de la transmisión de los terrenos a la junta) está en ocasiones injustificada ¹⁸.

3. LOS PARTICULARES, LA URBANIZACIÓN DEL TERRENO Y EL IRPF

3.1. Las actividades empresariales en el IRPF: elementos definitorios.

En general, en el ámbito de la imposición directa, las transmisiones de elementos patrimoniales por sujetos pasivos del IRPF, se encuentren o no dichos elementos afectos a una actividad económica, da lugar a ganancias o pérdidas de patrimonio (que se integran en la parte especial de la base imponible si los elementos transmitidos han permanecido en el patrimonio del contribuyente durante más de un año, tributando al 15%) ¹⁹.

No obstante, cuando los elementos transmitidos constituyen el propio objeto de la actividad económica (esto es, cuando se trata de las existencias objeto de comercialización o del activo circulante) su transmisión da lugar a rendimientos de la actividad económica que se integran en la parte general de la base imponible, tributando según la escala progresiva de tipos de gravamen.

El artículo 25 del TRLIRPF califica como rendimientos de la actividad económica a aquellos que proceden del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, cuando suponen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, con la finalidad de intervenir en la producción y distribución de bienes y servicios. Esta definición también se encuentra en otras parcelas del Derecho Tributario. Así, a efectos del IVA, el artículo 5.Dos de la Ley 37/1992 ²⁰ señala que *«son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos, o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios»*. Y el artículo 79.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales establece, respecto del Impuesto sobre Actividades Económicas, que *«se considera que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico, cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno o de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios»*.

¹⁸ En igual sentido EGUINO, María: «La problemática tributación (...)», *op. cit.* pág. 965. La autora analiza las competencias de las juntas de compensación en relación con los terrenos aportados para concluir que son idénticas tanto si se transmite la propiedad de los terrenos como si no se transmite y que, por tanto, *«carece de sentido una diferenciación, al menos total, entre dos tipos de Juntas, ya que, como se ha visto, la frontera entre unas y otras no se divisa claramente, y a veces tiende a confundirse»*.

¹⁹ En el Proyecto de nueva Ley del IRPF, las ganancias procedentes de la transmisión de activos tributarán en todo caso al 18 por 100, con independencia de su período de generación.

²⁰ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido («Ley 37/1992»).

La realización de actividades económicas a efectos tributarios exige, pues, la concurrencia de una serie de requisitos (organización por cuenta propia de medios materiales y personales, finalidad de intervenir en la distribución de bienes y servicios) que no se encuentran en las restantes categorías de rentas. Por ello, podría pensarse que la distinción entre la esfera empresarial/profesional y la actividad particular del individuo a efectos del IRPF es, en principio, fácil de realizar.

Esta asunción, no obstante, se encuentra con algunas reservas cuando se trata de actividades que pueden llevarse a cabo con medios materiales o personales escasos, o cuando la intervención del particular es ocasional y no pretende adquirir visos de habitualidad.

En este contexto el legislador ha definido la estructura empresarial mínima que permite calificar como empresarial a ciertas actividades inmobiliarias en las que la frontera entre el tráfico civil y empresarial puede ser muy tenue. Es el caso del **arrendamiento o compraventa de bienes inmuebles** que, según el artículo 25.2 del TRLIRPF tienen carácter empresarial únicamente cuando concurren las dos siguientes circunstancias: (i) que en el desarrollo de la actividad se cuente, al menos, con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo su gestión; y (ii) que para la ordenación de dicha actividad se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa ²¹.

Para otras actividades, el legislador presume *iuris et de iure* su carácter empresarial. Así, las referidas en el artículo 25.1 *in fine* del TRLIRPF según el cual: «(...) *tienen esta consideración* (la de rendimiento de la actividad empresarial) *los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas*». Se encuentran incluidas, pues, en este concepto las actividades de construcción que podrían englobar, a los efectos que nos ocupan, la ejecución material de las obras de urbanización –esto es, las obras de acondicionamiento de los terrenos para dotarlos de los servicios de abastecimiento y evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica, acceso rodado, etc.–.

Otras actividades inmobiliarias, como, por ejemplo, la de promoción inmobiliaria (entendiendo por tal la actuación sobre los bienes inmuebles, transformándolos para mejorar sus características y capacidades físicas, y ofrecerlos en el mercado) ni se encuentran entre aquellas para las que el legislador presume *iuris et de iure* su carácter empresarial, ni se encuentran entre aquellas para las que el legislador ha establecido una infraestructura mínima para que puedan entenderse realizadas en el marco de una actividad empresarial. Por tanto, respecto de estas otras actividades, entendemos que sólo cabrá predicar su condición empresarial cuando satisfagan los requisitos generales para la existencia de actividad económica, a saber: ordenación por cuenta propia de medios materiales y personales, e intención de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios.

²¹ En el Proyecto de Ley del IRPF y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, estos criterios de local y empleado quedan reservados para la calificación como empresarial de la actividad de arrendamiento de inmuebles. Por tanto, si la reforma resulta aprobada en sus términos actuales, para calificar como empresarial la actividad de compraventa de bienes inmuebles deberá atenderse a los criterios generales que permiten dicha calificación (esto es, organización de medios materiales y personales y finalidad de intervenir en la distribución de bienes y servicios).

Por tanto, para calificar como empresarios a efectos del IRPF a los particulares afectados por la ejecución del planeamiento, debe dilucidarse, primeramente, qué actividad realizan para, seguidamente, determinar si se cumplen los requisitos legales exigidos para que dicha actividad revista carácter empresarial.

Y en este sentido, a nuestro modo de ver, la actividad de un particular que se ve involucrado en la ejecución del planeamiento podría, en principio y dependiendo de cada caso, calificarse bien como actividad de construcción, bien como actividad de promoción inmobiliaria, bien como actividad de mera compraventa de bienes inmuebles.

3.2. Calificación como actividad constructiva.

Habida cuenta de que una de las obligaciones que la normativa urbanística impone a los propietarios de terrenos afectados por la ejecución del planeamiento es la de urbanización de los terrenos, habría que plantearse si cabe entender que estos particulares realizan las obras de urbanización del terreno (las obras de abastecimiento y evacuación de aguas, acceso rodado, suministro de energía eléctrica, parcelación, etc.) que, como actividad constructiva, debe ser calificada, en todo caso, como empresarial, según el artículo 25.1 *in fine* del TRLIRPF.

3.2.1. El criterio de la ejecución material.

Creemos que ésta es la conclusión a la que se debe llegar si las obras de urbanización y parcelación de los terrenos son ejecutadas directamente por los propietarios. Así se desprende de la consulta de la Dirección General de Tributos n.º 1170/2004, de 3 de mayo, en la que se afirma que «*la urbanización y parcelación de una finca realizada por su propietario con la finalidad de enajenar las parcelas resultantes, comporta el ejercicio de una actividad económica ya que se dan los elementos definitorios de la misma: ordenación por cuenta propia y finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, elementos que se manifiestan en la urbanización y parcelación de la finca para la posterior enajenación de las parcelas resultantes*»²².

No obstante, es evidente que con carácter general la ejecución material de las obras de urbanización no será realizada directamente por los propietarios involucrados en la ejecución del planeamiento sino por empresas urbanizadoras contratadas por la junta de compensación o la Administración actuante (en función del sistema de ejecución de que se trate). Por lo tanto, atendiendo al criterio de ejecución material de las obras no se puede concluir que los propietarios de fincas afectadas por la ejecución del planeamiento sean urbanizadores y, por tanto, empresarios *ex lege* a efectos del IRPF.

²² Si bien es cierto que, en el caso concreto, la Dirección General de Tributos terminaba calificando la actividad desarrollada por el consultante como actividad de promoción inmobiliaria y no como actividad constructiva.

3.2.2. El criterio de la responsabilidad sobre las obras de urbanización.

Podría plantearse no obstante, si cabe la calificación de los particulares como urbanizadores en atención a la responsabilidad frente a terceros (que no ejecución material) de la correcta ejecución de las obras de urbanización.

En este sentido, como la responsabilidad sobre las obras de urbanización no recae, sea cual fuere el sistema elegido para la ejecución del planeamiento, en los titulares de los terrenos afectados por éste, sino (i) en la Administración expropiante, en el sistema de expropiación; (ii) en la Administración, en el sistema de cooperación (art. 131 de la Ley del Suelo); o, (iii) en la junta, en el sistema de compensación (art. 126.1 de la Ley del Suelo), entendemos que debe concluirse que tampoco cabe calificar a los propietarios de terrenos afectados por el planeamiento como urbanizadores en atención al criterio de responsabilidad sobre las obras de urbanización.

En efecto, tanto en el sistema de cooperación como en el de expropiación, los titulares de terrenos afectados por la ejecución del planeamiento no pueden ser responsables de la ejecución de las obras de urbanización, dado que éstas se efectúan, en estos dos sistemas, por la Administración.

Mayores dudas ofrece la ejecución del planeamiento mediante el sistema de compensación, habida cuenta de que el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de octubre de 1993, anteriormente citada, afirma que en él *«son los propietarios quienes urbanizan a su costa»*. En nuestra opinión, con esta afirmación lo que el Tribunal Supremo quiere resaltar es que el de compensación es un sistema en el que predomina la iniciativa privada, a diferencia, por ejemplo, del sistema de cooperación en el que predomina la iniciativa pública. No obstante, a nuestro juicio, ni tan siquiera en el sistema de compensación puede entenderse que los propietarios de los terrenos sean responsables a título particular de la ejecución de las obras de urbanización y ello porque las juntas de compensación (i) tienen personalidad jurídica distinta y separada de la de los miembros que se incorporan a ella; (ii) son las encargadas de la contratación de las obras de urbanización y lo hacen aplicando la normativa sobre contratación pública; y, (iii) son directamente responsables, frente a la Administración, de la ejecución de las obras de urbanización.

Por tanto, la responsabilidad sobre la ejecución de las obras de urbanización no cabe ser exigida a los particulares propietarios de terrenos a título individual. De ahí que, en nuestra opinión, debiera concluirse que la incorporación de un particular a una junta de compensación a fin de asumir las cargas y deberes impuestos por la normativa urbanística y ejercitar los derechos que ésta les confiere, no convierte a dichos particulares en constructores (urbanizadores), empresarios a efectos de IRPF en aplicación del artículo 25.1 *in fine* del TRLIRPF.

3.3. Calificación como actividad de promoción inmobiliaria.

Como hemos apuntado, otra posible calificación para la actividad que desarrollan los particulares involucrados en la ejecución del planeamiento es la de promoción inmobiliaria, entendiendo

por tal, según la definición que encontramos en las *Normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias* aprobadas por la Orden de 28 de diciembre de 1994, «la actuación sobre los bienes inmuebles, transformándolos para mejorar sus características y capacidades físicas y ofrecerlos en el mercado para la satisfacción de las necesidades de alojamiento y sustentación de actividades de la sociedad».

De acuerdo con esta definición, son dos los elementos característicos de la actividad (realización de una actividad sobre el terreno tendente a su transformación física e intención de ofrecer el terreno transformado en el mercado). Y estos dos elementos pueden encontrarse, en principio y en general, en la actividad desarrollada por los propietarios de terrenos afectados por la ejecución del planeamiento.

Asumamos pues, al menos a efectos expositivos, que la actividad que desarrollan los propietarios de terrenos afectados por la ejecución del planeamiento pueda calificarse como promoción inmobiliaria. ¿Qué requisitos debería reunir entonces, según el TRLIRPF, para que dicha actividad de promoción revistiera carácter empresarial?

3.3.1. Requisitos legales para la calificación como empresarial de la actividad de promoción inmobiliaria: ordenación por cuenta propia de medios materiales y personales de producción.

Hemos señalado ya que la actividad de promoción inmobiliaria no se encuentra entre las citadas en el artículo 25.1 *in fine* del TRLIRPF y que, por tanto, no cabe ser calificada como empresarial en todo caso. Por otro lado, como ha señalado la doctrina administrativa en diversas ocasiones ²³, tampoco puede equipararse la actividad de promoción inmobiliaria a la mera compraventa de terrenos sin transformación, actividad esta última respecto de la que se aplicaría la regla del local y empleado establecida en el artículo 25.2 del TRLIRPF para poder atribuirle carácter empresarial ²⁴.

Por ello, entendemos que la actividad de promoción inmobiliaria sólo debería calificarse como actividad económica de carácter empresarial a efectos del IRPF cuando se satisfagan los criterios generales que permitan dicha calificación, a saber: existencia de una organización por cuenta propia de medios materiales y personales de producción, y finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios. Y por tanto, cabría entender que los propietarios de terrenos afectados por la ejecución del planeamiento no adquieren la condición de empresarios a efectos de IRPF por el mero hecho, por ejemplo, de incorporarse a la junta y financiar las obras de urbanización, habida cuenta de que ello *per se* no evidencia la existencia de una organización de medios materiales y personales para intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios.

Éste parece ser el criterio tradicional mantenido tanto por la doctrina científica como administrativa.

²³ Por ejemplo, en consultas de la Dirección General de Tributos números 1618/2004 ó 1170/2004, de 6 de agosto, y 3 de mayo de 2004, respectivamente.

²⁴ Aunque, como hemos ya apuntado, esta situación podría cambiar con la reforma de la Ley del IRPF.

Así, RODRÍGUEZ MÁRQUEZ ²⁵ señala que *«la integración de los propietarios en una junta de compensación sin transmitir la propiedad de los terrenos no convierte a aquéllos en empresarios de manera automática»*.

Y de la misma opinión es ABEL FABRE quien considera que la adhesión y consiguiente aportación de los terrenos a una junta de compensación no significa para los particulares la adquisición de la condición de empresarios a efectos de IRPF. Así, a juicio de este autor, *«es totalmente intrascendente el hecho de la aportación fiduciaria a la Junta de Compensación dado que no supone alteración alguna en el sujeto pasivo, en el patrimonio, ni en los resultados de éste el hecho de pertenecer a una Junta de Compensación, máxime cuando la finalidad de éstas, en general, no es la obtención de rendimientos patrimoniales»*. Y por ello entiende este autor que las cantidades invertidas en cuanto costes de urbanización *«incrementarán el valor de los terrenos, teniendo la consideración de mayor valor de adquisición, a los efectos de la determinación de las rentas que se generen en el momento de la transmisión o cesión de los terrenos»* ²⁶. Este razonamiento es plenamente compartido, asimismo, por FERNÁNDEZ TUBÍO y SILVA PÉREZ ²⁷.

Siguiendo a MARTÍN FERNÁNDEZ y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ ²⁸ debemos concluir, pues, que la aplicación del concepto de actividad económica establecida en el artículo 25.1 del TRLIRPF no permite calificar a toda persona o entidad que urbanice terrenos como empresario a efectos de IRPF. Así los autores citados entienden que serán empresarios *«aquellos que se dediquen a la promoción de la urbanización como actividad planificada y dirigida a la producción de suelo y su posterior puesta en el mercado»*. Por contra *«no podrá atribuirse dicha condición a aquellos sujetos que, por la mera ejecución del planeamiento urbanístico, se ven inmersos, ocasionalmente, en un proceso urbanizador. Y ello por mucho que, con posterioridad, aprovechen las plusvalías que dicho proceso genera mediante la transmisión de sus terrenos. En estos casos falta el elemento propio de toda actividad económica, como es la ordenación de factores productivos, por cuenta propia, para intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios»*.

Éste era también el criterio tradicionalmente mantenido por la Dirección General de Tributos que había venido exigiendo una organización de medios materiales y personales para calificar como empresarial la actividad desarrollada por los particulares afectados por la ejecución del planeamiento en el marco de actuaciones urbanísticas mediante el sistema de compensación. Así, en la consulta 1203/2001, de 19 de junio, la Dirección General de Tributos señala que *«[p]or el hecho de haberse visto obligado, como consecuencia de la ejecución del Plan, a costear las obras de urbanización de las parcelas, los interesados no adquieren el carácter de empresarios a efectos del IRPF, pues se limitan a llevar a cabo su financiación, sin realizar la ordenación por cuenta propia de los*

²⁵ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús: «Régimen tributario de los miembros de las juntas de compensación: el gravamen de las rentas derivadas de las aportaciones de terrenos» en la obra colectiva: *Aspectos Tributarios (...)*, op. cit. pág. 189.

²⁶ ABEL FABRE; op. cit.; pág. 462.

²⁷ FERNÁNDEZ TUBÍO, Domingo y SILVA PÉREZ, José Antonio: «La tributación de las juntas de compensación»; *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, n.º 241; págs. 104 y 105.

²⁸ MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús: *Cuestiones tributarias de la ejecución del planeamiento urbanístico*; Ed. Iustel.com; Madrid; 2005; pág. 57.

*medios de producción»*²⁹. En la más reciente consulta vinculante n.º V03331/2004, de 29 de noviembre, se señala que el «*el propietario no realiza la función de urbanizador sino que se habrá limitado a satisfacer al Ayuntamiento*³⁰ *los gastos derivados de la urbanización, recibiendo posteriormente las parcelas ya urbanizadas, lo cual no implica en sí mismo el ejercicio de una actividad económica de promoción inmobiliaria*». Por ello, concluye la Dirección General de Tributos «*la venta de estas parcelas por su propietario, al margen de toda actividad de promoción inmobiliaria o de la de compraventa de inmuebles (en los términos del art. 25.2 de la Ley del Impuesto), dará lugar a ganancias o pérdidas patrimoniales correspondientes a elementos del patrimonio personal del consultante, en las que los gastos de urbanización tendrán la consideración de mejoras*». En igual sentido, también, consultas números 1583/2004, de 5 de agosto, y V0384/2005 y V0385/2005, de 9 de marzo.

3.3.2. *Las consultas de la Dirección General de Tributos 1681/2004 y V0152/2005: ¿Cambio de criterio administrativo? ¿Constituye la actividad de promoción inmobiliaria una actividad empresarial en todo caso?*

De forma excepcional, la Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas en dos consultas (1681/2004, de 14 de septiembre y V0152/2005, de 4 de febrero) emitidas para sociedades titulares de terrenos afectados por un proceso de urbanización llevado a término mediante una junta de compensación fiduciaria (y respecto de las que se suscitaba su posible tributación bajo el régimen especial de las sociedades patrimoniales), afirma que «*la Junta de Compensación se limita a realizar a favor de sus miembros las tareas de urbanización, siendo los propietarios de los terrenos los auténticos promotores*» y que, por lo tanto, «*debe concluirse que la sociedad en el supuesto planteado de adquisición de terreno para su urbanización, desarrollará la actividad de promoción inmobiliaria, que constituye, en todo caso, una actividad económica, al existir una ordenación por cuenta propia de medios productivos*».

De estas consultas, por tanto, parece desprenderse que, a juicio de la Dirección General de Tributos y cuando se trata de calificar la actividad de promoción inmobiliaria, en lugar de valorar primero si existe una ordenación por cuenta propia de factores productivos para concluir, después, que existe actividad empresarial, debe por el contrario entenderse que en todo caso la promoción inmobiliaria constituye una actividad económica, dando por asumida la existencia de una ordenación por cuenta propia de medios de producción.

Aunque estas consultas están emitidas en un caso de sociedades patrimoniales (régimen que pronto desaparecerá) y aunque el criterio que mantiene la Dirección General de Tributos en estas consultas parece ser corregido en consultas dictadas con posterioridad (por ejemplo, las consultas V0384/2005 y V0385/2005, de 9 de marzo), nos gustaría realizar un análisis crítico del criterio contenido en estas dos consultas.

²⁹ En el mismo sentido se pronunciaba en una consulta más antigua de 22 de enero de 1996.

³⁰ Parece que se trata de un caso en el que la ejecución del planeamiento se realiza por el sistema de cooperación.

Debe tenerse en cuenta que las sociedades patrimoniales son sociedades sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que, no obstante, determinan su base imponible aplicando las normas de la Ley del IRPF. Quiere esto decir que, al emitir las consultas citadas, la Subdirección General del Impuesto sobre la Renta de las Personas Jurídicas ha debido aplicar los criterios establecidos en el TRLIRPF. Por ello, no cabe descartar, en principio, que el criterio manifestado en estas dos consultas se extienda a la situación de particulares (personas físicas) titulares de terrenos afectados por la ejecución del planeamiento en los que se acude al sistema de compensación con junta fiduciaria. Y ello llevaría al resultado (absurdo en nuestra opinión) de considerar que los particulares que se ven afectados por la ejecución del planeamiento y que adoptan una posición meramente pasiva respecto de éste (limitándose a financiar las cuotas de urbanización que le vayan siendo exigidas) realizan una actividad de promoción inmobiliaria y que dicha actividad de promoción inmobiliaria reviste carácter empresarial en todo caso.

Es cierto que la Dirección General de Tributos ha manifestado en reiteradas ocasiones que para calificar la actividad de promoción inmobiliaria como empresarial no es necesario que concurran los requisitos establecidos en el artículo 25.2 del TRLIRPF (local exclusivamente afecto a la actividad y empleado con relación laboral y a jornada completa) que sólo son aplicables para atribuir carácter empresarial a la compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles. Pero debe apuntarse que la actividad de promoción inmobiliaria tampoco constituye una actividad constructiva de la que quepa deducir su carácter empresarial a efectos del IRPF en todo caso por aplicación del artículo 25.1 *in fine* del TRLIRPF.

Intentando encontrar una explicación a la interpretación que parece sostener la Dirección General de Tributos debemos apuntar que algunos autores entienden que la actividad de promoción inmobiliaria constituye actividad económica a efectos fiscales *«aunque se subcontrate la construcción y se construya por medio de terceros ya que el promotor sigue asumiendo el riesgo correspondiente a la venta del inmueble edificado»*³¹.

En esta interpretación primaria, por tanto, la asunción del riesgo empresarial. Siendo así, y en nuestra opinión, se podría mantener el carácter empresarial de los particulares promotores de edificaciones dado que, en dicha actividad y por disposición expresa del legislador (art. 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación —«LOE»—), el promotor asume frente a los terceros adquirentes determinadas obligaciones y responsabilidades sobre la obra construida por el contratista³². No creemos que sea la situación del propietario del terreno que está siendo urbanizado o, al menos, el artículo 9 de la LOE no lo incluye entre los agentes de la edificación que asumen *ex lege* la responsabilidad establecida en el artículo 17 de este texto legal³³.

³¹ MICÓ GINER, JAVIER, CARBALLO CASADO Concha y JUÁREZ GONZÁLEZ, JAVIER MÁXIMO: «El patrimonio del promotor inmobiliario. Su fiscalidad y cuestiones conexas», en la obra colectiva coordinada por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*; Tomo VII; sección 2.ª; Editorial Bosch, S.A.; Barcelona; 2005; pág. 212.

³² Así, cuando se trata de la promoción inmobiliaria de viviendas la Dirección General de Tributos no duda en calificar al particular como empresario (p. ej. consultas números V0337/2004, de 29 de noviembre, o 1618/2004, de 6 de agosto).

³³ Según el artículo 9.1 de la LOE *«[s]erá considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título»*.

En cualquier caso, no parece que para calificar la actividad ocasional y no planificada de promoción de terrenos como empresarial la Dirección General de Tributos se apoye en el criterio de la asunción del riesgo empresarial. Antes bien, parece que el razonamiento de la Dirección General de Tributos se apoya, principalmente, en el hecho de que la junta sea fiduciaria considerando que este hecho le permite atribuir los rasgos empresariales de la actividad desarrollada por la junta (ordenación de medios materiales y personales) a los juntacompensantes. Esto es, en el razonamiento de la Dirección General de Tributos parece que por el hecho de que la junta sea fiduciaria (y, por tanto, la propiedad de los terrenos permanezca en los juntacompensantes), la organización de medios materiales y personales que realiza la junta para acometer o contratar las obras de urbanización también debe atribuirse a los juntacompensantes.

Este criterio no nos parece del todo acertado: una cosa es que la titularidad que ostenta la junta sobre los terrenos aportados por los juntacompensantes sea fiduciaria, y otra bien distinta es que la actividad desarrollada por la junta también lo sea. La junta, como hemos señalado ya anteriormente, tiene personalidad jurídica propia, es la responsable frente a la Administración de la correcta ejecución de las obras de urbanización y es la encargada de contratar dichas obras aplicando las normas sobre contratación de obras públicas. La organización de medios materiales y personales que lleva a cabo la junta no es por cuenta de los juntacompensantes, sino por cuenta propia. A nuestro juicio, de la titularidad fiduciaria de la junta no cabe colegir que todas las funciones desarrolladas por la junta deban entenderse realizadas por cada uno de los juntacompensantes a título individual. Lo contrario puede llevar al absurdo de considerar empresarios a particulares que se limitan a asumir pasivamente las obligaciones que la legislación urbanística les impone por ser titulares de determinados terrenos, sobre todo teniendo en cuenta que la relación con el proceso urbanizador de los particulares miembros de una junta de compensación «fiduciaria» en nada se diferencia de la de los particulares que lo son de una junta de compensación «propietaria».

Habida cuenta de que las consultas fueron emitidas por la Subdirección General de Personas Jurídicas, y que versaban sobre la posible aplicación del régimen especial de tributación de las sociedades patrimoniales a una sociedad que se incorpora a una junta de compensación fiduciaria, es muy probable que con estas consultas la Dirección General de Tributos pretendiera, más que ampliar el concepto de empresario para incluir a los particulares afectados por un proceso de urbanización que se incorporan a una junta fiduciaria, evitar la utilización del régimen especial de las sociedades patrimoniales como instrumento de planificación para forzar la tributación de los terrenos al tipo del 15 por 100 por personas jurídicas. Y en este sentido, como apuntan MARTÍN FERNÁNDEZ y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ³⁴ para dilucidar si la incorporación a una junta de compensación por parte de una sociedad de mera tenencia de bienes priva a dicha entidad de su condición de sociedad patrimonial *«ha de precisarse si la integración en una junta de compensación supone que la sociedad comienza a desarrollar una actividad económica, afectando a la misma los terrenos que constituyen su activo. Por actividad se entiende aquella que cumpla los requisitos previstos en el concepto formulado por la normativa del IRPF y ya analizado anteriormente. Por tanto, sólo existirá tal actividad si la urbanización de los terrenos se efectúa en el seno de una organización dirigida a la producción de suelo urbano para su puesta en el mercado o para la promoción inmobiliaria. Pero no existe actividad empresarial si la integración en la junta*

³⁴ MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús: «Cuestiones tributarias (...)», *op. cit.*, págs. 82 y 83.

constituye un hecho ocasional, provocado por la mera ejecución del planeamiento urbanístico y sin que la entidad haga otra cosa que ocupar una posición pasiva, soportando los costes de urbanización».

3.3.3. Nuestra interpretación de los requisitos que deben cumplirse para calificar la actividad de promoción inmobiliaria como empresarial.

En nuestra opinión, partiendo de la definición de la actividad de promoción inmobiliaria parece que dos son los elementos claves para diferenciar dicha actividad de la mera compraventa inmobiliaria: (i) la realización de una actividad de transformación del terreno y (ii) la intención de ofrecer los terrenos transformados en el mercado.

En cuanto a la actividad de **transformación del terreno**, debemos señalar que aunque dicha transformación existe sin duda en el caso de los terrenos que se ven afectados por la ejecución del planeamiento, cabe cuestionar que, en todo caso, venga impulsada por el particular que se encuentra conque parcelas de su propiedad son incluidas en un polígono de actuación urbanística.

A nuestro juicio, podría considerarse que un particular es promotor inmobiliario y desarrolla una actividad empresarial a efectos de IRPF cuando la actividad desplegada por este particular tiene incidencia en la transformación física del terreno, porque él impulse su transformación de una forma planificada y activa, porque de una forma activa tenga influencia en su desarrollo, y porque asuma frente a terceros las consecuencias de la transformación. Haría falta, pues, que el particular adoptara una posición activa en relación con el proceso de urbanización, no cabiendo considerar que es empresario promotor el particular que, en una actitud pasiva, se limita a soportar los costes de urbanización.

En cuanto a la **intención de ofrecer dichos terrenos transformados en el mercado**, entendemos que para que exista actividad empresarial debe estar presente la finalidad de intervenir en la producción y distribución de bienes y servicios. Dilucidar cuándo existe o no esta finalidad no será tarea fácil ³⁵. Pero cuando la intervención del particular es ocasional, aislada y no planificada; cuando éste se limita a asumir las cargas y obligaciones que la legislación urbanística le impone para evitar que le sean expropiados sus terrenos; y cuando la actividad del particular se limita al proceso urbanizador (sin extenderse a la posterior producción de edificaciones) pensamos que no se puede entender que dicho particular tenga la intención de intervenir en la producción y distribución de bienes y servicios por el hecho de que, al final del proceso de urbanización y por no querer asumir él mismo la obligación de edificar, termine transmitiendo el suelo urbanizado.

3.4. Calificación como compraventa.

Si la actividad desarrollada por los particulares, a la luz de las circunstancias del caso concreto, no puede calificarse como actividad constructiva ni como actividad de promoción inmobiliaria, se reduciría a la de mera compra y venta de bienes inmuebles que, en aplicación del artículo 25.2 del vigente

³⁵ MARTÍN FERNÁNDEZ, JAVIER y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, JESÚS: «Cuestiones tributarias (...)», *op. cit.*, pág. 58.

TRLIRPF, sólo podrá ser calificada como empresarial a efectos del IRPF si para el desarrollo y ordenación de la actividad el sujeto pasivo cuenta, al menos, con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo su gestión y (ii) con una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.

3.5. Recapitulación.

- Para que exista actividad empresarial, el TRLIRPF exige, en consonancia con otras parcelas del Derecho Tributario y con carácter general, la concurrencia de dos requisitos: organización por cuenta propia de factores de producción y finalidad de intervenir en la producción y distribución de bienes y servicios.
- La ley presume (*iuris et de iure*) que dichos requisitos concurren en determinadas actividades, entre las que se encuentra la actividad inmobiliaria de construcción. Para ciertas actividades inmobiliarias (compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles), el TRLIRPF establece la infraestructura empresarial mínima que debe existir para que puedan ser calificadas como actividad empresarial. Entendemos, por tanto, que las demás actividades inmobiliarias y en particular, la actividad de promoción inmobiliaria (entendiendo por tal la actuación tendente a la transformación de las características de un inmueble con la intención de ofrecerlo en el mercado), sólo se desarrollará con carácter empresarial si concurren los requisitos generales que permiten dicha calificación: ordenación por cuenta propia de medios de producción e intención de intervenir en la producción y distribución de bienes y servicios.
- Por tanto, determinar si un particular que interviene en el proceso urbanizador es o no empresario a efectos de IRPF requerirá, primeramente, dilucidar qué tipo de actividad inmobiliaria realiza para, a continuación, realizar un análisis particularizado de las circunstancias del caso para ver si se reúnen o no los requisitos legalmente establecidos para que dicha actividad tenga carácter empresarial.
- Asumiendo que en la mayoría de los casos los particulares afectados por el proceso de ejecución del planeamiento urbanístico no asumen la ejecución material de las obras de urbanización, entendemos que, con carácter general, no se les podrá atribuir la condición de empresarios cuando su intervención en el proceso urbanizador sea ocasional y no planificada; su actuación, pasiva (se limiten a financiar los gastos de urbanización); y su participación, limitada a la urbanización del terreno (sin extenderse a la fase de edificación).

4. LOS PARTICULARES, LA URBANIZACIÓN DEL TERRENO Y EL IVA

4.1. Principios vertebradores del IVA.

Como es sabido, el IVA es un impuesto de carácter comunitario cuyo origen se encuentra en el compromiso de los Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea de armoni-

zar sus legislaciones internas en materia de imposición indirecta. Este compromiso, recogido en la Directiva 67/227/CEE, Primera Directiva del Consejo, se materializó en la posterior regulación del IVA introducida por la Directiva 77/388/CEE, Sexta Directiva del Consejo.

De los preámbulos de estas dos directivas se desprende que el IVA es un impuesto con clara vocación de neutralidad fiscal y que dicha neutralidad se articula en torno al principio de generalidad en sus dos vertientes: horizontal y vertical.

Así, el preámbulo de la Primera Directiva afirma que *«el principio del sistema común sobre el IVA consiste en aplicar a los bienes y servicios un impuesto general sobre el consumo exactamente proporcional al precio de dichos bienes y servicios, cualquiera que sea el número de transacciones que intervengan en los procesos de producción y distribución anteriores a la fase de imposición»*.

Pues bien, para la consecución de este propósito se utilizan dos técnicas jurídicas: la repercusión, que permite que el impuesto recaiga sobre el consumo, y la deducción de los impuestos satisfechos en las fases anteriores de producción o comercialización, que permite que el impuesto sea proporcional y evita el efecto cascada o piramidación que se produce en otros impuestos sobre el consumo.

En efecto, mientras que otros impuestos sobre el tráfico civil o mercantil no atribuyen el derecho a deducir el impuesto soportado por el empresario adquirente ³⁶ (lo que produce un efecto cascada o piramidación), la mecánica de funcionamiento del IVA, con el régimen de deducción de las cuotas soportadas por el empresario en la adquisición de bienes y servicios utilizados en el desarrollo de su actividad, permite cuantificar exactamente la carga tributaria soportada por cada producto en cualquier fase de su proceso productivo, evitándose el efecto cascada antes aludido y reduciéndose el coste tributario final soportado por el consumidor.

Por esta razón, las exenciones en el IVA, en cuanto que suponen para el prestador del bien o servicio exento la limitación de derecho a deducir, pueden no constituir una ventaja fiscal sino, por el contrario, suponer un mayor coste para el consumidor, sobre todo cuando la exención tiene lugar en fases muy iniciales del proceso de producción de bienes o servicios.

El principio de neutralidad requiere que el IVA se aplique con carácter general tanto al consumo de toda clase de bienes y servicios (generalidad horizontal) como a todas las fases de producción o distribución del bien o servicio que se desea gravar (generalidad vertical).

En este sentido, la derogada Ley 30/1985 ³⁷, que introdujo este impuesto en el ordenamiento tributario español, en el apartado I («Fundamentos de la introducción del Impuesto sobre el Valor Añadido») de su Exposición de Motivos reprochaba al antiguo Impuesto General sobre el Tráfico de las

³⁶ Ocurre, por ejemplo, con TPO salvo cuando el bien adquirido sea susceptible de amortización.

³⁷ Ley 30/1985, de 2 de agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido («Ley 30/1985»).

Empresas, precisamente, su falta de neutralidad interior³⁸, así como su ausencia de generalidad³⁹. Por contra, se consideraba que el IVA sí reunía los requisitos de neutralidad y generalidad y de ahí que la Exposición de Motivos configurara al IVA como «*el tributo básico de la imposición indirecta española*» en torno al cual «*se reordenará el sistema tributario español, en el que subsistirán como figuras más importantes el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, los Impuestos Especiales y los Derechos del Arancel Aduanero*».

Por tanto, la neutralidad del IVA es lo que motiva que este tributo resulte de aplicación preferente sobre otros impuestos que gravan el tráfico mercantil o civil (por ejemplo, TPO) cuando se trata de transmisiones que pueden enmarcarse en un proceso de producción o distribución de bienes y servicios. En este sentido, el artículo [4] de la Ley 37/1992 establece que están sujetos al IVA «*las entregas de bienes o prestaciones de servicios realizadas por empresarios o profesionales...*», mientras que el artículo 7.1 a) de la LITPAJD⁴⁰ establece que «*son transmisiones patrimoniales sujetas: (A) Las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas*», salvo, por aplicación del apartado 5 de dicho artículo, «*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 IVA*».

4.2. Los particulares que intervienen en las primeras fases del proceso de edificación en la Sexta Directiva.

De los principios de neutralidad y generalidad vertical se desprende una conclusión: que la finalidad del IVA es someter a tributación toda entrega de bienes o prestación de servicios enmarcadas en un proceso de producción o distribución de otros bienes o servicios.

Por esta razón, y en relación con el tráfico inmobiliario, la Sexta Directiva exonera de tributación por el IVA las fases anteriores (i.e., las entregas de terrenos no edificables) y posteriores (segundas y ulteriores transmisiones de edificaciones) al proceso de edificación, pero también trata de evitar la ruptura de la cadena de deducciones en sus fases intermedias o en fases intermedias de la producción de otros bienes y servicios.

En efecto, el artículo 4.3 de la Sexta Directiva faculta a los Estados miembros para considerar como sujetos pasivos a particulares que realicen operaciones económicas de forma aislada, añadiéndose como supuesto específico en su letra b) el de aquellos particulares que realicen entregas de terrenos edificables. Literalmente, el precepto mencionado reza como sigue:

³⁸ Señalaba la Exposición de Motivos que «*al no poder efectuarse las deducciones o compensaciones de las cargas impositivas soportadas en las fases anteriores, su incidencia sobre el consumidor final se incrementa a medida que aumenta el número de transacciones del proceso productivo*» y que ello constituía «*un importante factor de interferencia en la correcta asignación de los recursos económicos que impulsa a la utilización de ciclos productivos cortos, y a la concentración empresarial*».

³⁹ Dado que «*importantes sectores productivos y fases muy relevantes del proceso de producción y distribución de bienes no están gravadas por el citado tributo*».

⁴⁰ Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

«Los Estados miembros estarán facultados para considerar también como sujetos pasivos a quienes realicen de modo ocasional relacionado con las actividades mencionadas en el apartado 2 y en especial alguna de las operaciones siguientes: (...) b) La entrega de terrenos edificables».

Por otro lado, entre los supuestos de exención establecidos en el artículo 13 de la Sexta Directiva, se incluyen las entregas de terrenos. Como hemos apuntado, las exenciones en el IVA suponen para el prestador del bien o servicio la limitación del derecho a deducir el IVA soportado en sus adquisiciones, lo que produce la ruptura de la cadena de deducciones y que el IVA pase, desde ese momento, a constituir un mayor coste del precio del bien o servicio prestado. Pues bien, precisamente para evitar la ruptura de la cadena de deducciones cuando el terreno se va a destinar a la edificación, el artículo 13.B.h) de la Sexta Directiva exceptúa de la exención a las entregas de terrenos edificables referidas en el artículo 4.3 b).

Dice así:

«13. B). Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias, los Estados miembros eximirán, en las condiciones por ellos fijadas y a fin de asegurar la aplicación correcta y simple de las exenciones previstas a continuación y de evitar en todo lo posible fraude, evasión o abusos: (...)

h) las entregas de bienes inmuebles no edificadas, distintas a las de los terrenos edificables contemplados en la letra b) del apartado 3 del artículo 4.»

Por tanto, la condición empresarial en el IVA del particular que interviene en las primeras fases del proceso de edificación y la exclusión de la exención establecida para las entregas de terrenos edificables son conceptos ligados en la Sexta Directiva. La finalidad de ambos preceptos es la de que no se interrumpa la cadena de deducciones cuando se trata de entregas de bienes inmuebles (terrenos) que se van a incorporar al proceso de edificación. Éste es el criterio que se desprende de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («TJCE») en la sentencia *Belastungdienst*⁴¹ cuando señala que el objetivo del artículo 13.B h) es «*eximir del pago del impuesto únicamente las entregas de terrenos no edificadas que no estén destinados a la construcción*»⁴².

Por tanto, cabe concluir que es el destino previsible de los terrenos el que condiciona la aplicación de los artículos 4.3 b) y 13.B h) de la Sexta Directiva y el que nos da la clave para interpretar la expresión «terreno edificable» utilizada en ambos preceptos.

En este sentido, el inciso final del artículo 4.3 b) de la Sexta Directiva dispone que «*serán considerados como terrenos edificables los terrenos urbanizados o no que se definan como tales por*

⁴¹ Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 1996, *Gemeente Emmen v. Belastungdienst Grote Ondernemingen*, asunto C-468/93 (Sentencia «*Belastungdienst*»).

⁴² STJCE *Belastungdienst*, op. cit., pág. 25.

los Estados miembros». Esto es, incumbe a los Estados miembros la definición del concepto «terreno edificable» a efectos tanto de la letra h) del punto B) del artículo 13, como de la letra b) del apartado 4 del artículo 3 de la Sexta Directiva sin que exista, pues, una definición comunitaria uniforme aplicable a todos los Estados miembros. Pero esto no significa que no exista ningún criterio en la Sexta Directiva acerca de cuándo debe predicarse la condición de «edificable» de un terreno. En este sentido, el TJCE ha señalado que cuando el Consejo ha encomendado a los Estados miembros la tarea de definir ciertos extremos de la exención (como ocurre en el caso que nos ocupa), los Estados pueden fijar los requisitos de aplicación de la exención si bien deben «respetar, claro está, el objetivo perseguido por la letra h) del punto B del artículo 13 de la Sexta Directiva que es eximir del pago del impuesto únicamente las entregas de terrenos no edificados que no estén destinados a la construcción»⁴³. Y ha precisado, además, que «del empleo de la conjunción "o" (en el inciso final de la letra b) del apartado 4 del art. 3 de la Sexta Directiva) se deduce que para esta disposición son indiferentes las transformaciones que puedan haber sufrido los terrenos de que se trata. La expresión se refiere, pues, a los terrenos que, urbanizados o no, son definidos por los Estados miembros como terrenos destinados a la construcción»⁴⁴.

De la doctrina del TJCE cabe extraer, por tanto, algunas conclusiones:

- Que resulta indiferente el grado de urbanización que haya sufrido el terreno para que se pueda calificar como edificable.
- Que lo verdaderamente relevante es el destino de los terrenos como activo circulante de una actividad de edificación.
- Que el Estado que haga uso de la facultad establecida en el artículo 4.3 b) de la Sexta Directiva será competente para definir el concepto de «terreno edificable», pero esta competencia estará limitada por la necesidad de respetar la finalidad pretendida en los artículo 4.3 b) y 13.B h) de la Sexta Directiva, a saber: eximir del pago del impuesto únicamente a las entregas de terrenos no edificables que no están destinados a la construcción o, lo que es lo mismo, no excluir de tributación a terrenos no edificados que vayan a estar destinados a la edificación.

4.3. Los particulares que intervienen en las primeras fases del proceso de edificación en la Ley 37/1992.

4.3.1. El artículo 5.Uno d) de la Ley 37/1992.

Hemos visto que el IVA es incompatible con el concepto TPO del ITP y AJD y que, en supuestos en los que se cumplen los requisitos para la sujeción a ambos tributos, el legislador da prioridad a la

⁴³ STJCE *Belastungsdienst op. cit.*, pág. 25.

⁴⁴ STJCE *Belastungsdienst op. cit.*, pág. 24.

sujeción al IVA, por ser éste un impuesto neutral y porque la sujeción a TPO puede introducir distorsiones (si no ruptura) en la cadena de deducciones en el proceso de producción de bienes y servicios.

El artículo 4.Uno de la Ley 37/1992 establece con carácter general que *«estarán sujetos al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional»*.

De los cuatro requisitos que configuran el hecho imponible del IVA, a saber:

- (i) entrega de bienes o prestación de servicios.
- (ii) realizada por un empresario o profesional.
- (iii) a título oneroso, y
- (iv) en el ámbito de aplicación del impuesto,

parecería que el elemento verdaderamente determinante para dilucidar cuándo nos encontramos ante una operación sujeta al IVA y no a otros impuestos indirectos que gravan el tráfico de bienes y servicios es que la transmisión del bien sea realizada por un empresario o profesional.

Cuando la transmisión de los terrenos la realiza un particular, se podría entender que, en principio, no se cumple el requisito de que el transmitente tenga condición empresarial dado que éste requiere el ejercicio de actividades que *«impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos, o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios»*⁴⁵, y no parece que un particular que se limita a asumir las obligaciones que la legislación urbanística le impone por ser titular de unas parcelas encaje en este perfil, como hemos analizado en el apartado 3 anterior.

No obstante, cabe plantearse si un particular transmitente de unos terrenos puede tener la condición de empresario en la Ley 37/1992 aun cuando carezca de una organización empresarial en la que se ordenen por cuenta propia factores de producción y si, en este sentido, España ha hecho uso de la facultad establecida en el artículo 4.3 b) de la Sexta Directiva.

Pues bien, según el artículo 5.Uno d) de la Ley 37/1992, se reputarán también empresarios o profesionales a efectos del IVA a *«quienes efectúen la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título, aunque sea ocasionalmente»*.

Esto es, la Ley 37/1992 considera que un particular persona física que interviene ocasionalmente en las primeras fases del proceso de producción de edificaciones (las que atañen a la preparación y adquisición del suelo) puede tener el carácter de empresario o profesional a efectos del IVA si:

⁴⁵ Artículo 5 apartados Uno.a) y Dos de la Ley del IVA.

- (i) *efectúa la urbanización* de los terrenos y
- (ii) su finalidad es la venta, adjudicación o cesión a terceros y no el uso propio.

Varios comentarios sobre este precepto:

1. El artículo 5.Uno d) de la Ley 37/1992 parece ser la transposición del artículo 4.3 b) de la Sexta Directiva al ordenamiento español.
2. No obstante, este artículo establece un supuesto de empresario ocasional mucho más restringido y limitado que el resultante de la aplicación del artículo 4.3 b) de la Sexta Directiva ya que, con arreglo a este último precepto, la mera entrega de un terreno edificable (aunque el particular no haya tenido participación activa en el logro de dicha edificabilidad) basta para que el particular sea reputado empresario a efectos del IVA.
3. Pensamos, por tanto, que el artículo 5.Uno d) de la Ley 37/1992 es contrario a la Sexta Directiva al exigir que los particulares «urbanicen» los terrenos para poder ser considerados como empresarios a efectos de IVA ⁴⁶.
4. Sin perjuicio de esta posible infracción del Derecho Comunitario, la Ley 37/1992 no define lo que ha de entenderse por «*efectuar la urbanización*» de terrenos, por lo que tendremos que acudir a las interpretaciones que la doctrina científica, administrativa y jurisprudencial han dado al concepto. Y en esta tarea dos son, en nuestra opinión, las cuestiones que hay que considerar. En primer lugar, qué cabe entender por «*urbanización*». En segundo lugar, cuándo se debe entender que un particular está «*efectuando*» dicha urbanización.
5. Por último, al análisis de la expresión «*efectuar la urbanización*» hay que añadir el del último requisito establecido en el artículo 5.Uno d) de la Ley 37/1992 para atribuir a un particular la condición de empresario ocasional, que atañe al fin pretendido por el propietario al llevar a cabo la urbanización y que, según el precepto citado, debe ser la venta, adjudicación o cesión del terreno y no su uso propio. Este elemento subjetivo tampoco se encuentra en la Sexta Directiva.

4.3.2. *El concepto de «urbanización» o sobre cuándo se entiende que unos terrenos están siendo urbanizados.*

Como hemos visto, la Sexta Directiva utilizaba la expresión «terrenos edificables», señalando que debe entenderse que lo son «*todos aquellos terrenos, urbanizados o no, que se definan como tales por los Estados miembros*».

⁴⁶ En igual sentido, *vid.* SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ángel («El concepto en curso de urbanización en el IVA. Su interpretación en el ámbito de la Sexta Directiva», *Impuestos* n.º 9, 2004, págs. 77 y ss.).

El artículo 20.Uno.20.º de la Ley 37/1992 establece la exención en el IVA de las entregas de «terrenos rústicos y demás que no tengan la condición de edificables» señalando que a estos efectos se consideran edificables «los terrenos calificados como solares por la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y demás normas urbanísticas, así como los demás terrenos aptos para la edificación por haber sido ésta autorizada por la correspondiente licencia administrativa». Por otro lado, se equipara a la entrega de terrenos edificables a estos efectos (esto es, se excluyen de la exención) las entregas de «terrenos urbanizados o en curso de urbanización» realizadas por el promotor de la urbanización.

La determinación de lo que deba entenderse por «terrenos en curso de urbanización» ha sido (y pensamos que aún hoy lo es) una de las cuestiones más controvertidas en la aplicación de la Ley 37/1992 debido a la utilización de dos criterios distintos (material frente a jurídico) en su interpretación.

- **El criterio material.**

El criterio material considera que la expresión «en curso de urbanización» se refiere a las operaciones materiales de transformación del terreno para dotarlo de los servicios que lo convierten en terreno apto para edificar. En esta interpretación, la exención del artículo 20.Uno.20.º de la Ley 37/1992 resultaría sólo excluida cuando las obras hubieran comenzado efectivamente antes de la transmisión del terreno por el promotor.

De forma paralela, con esta interpretación podrá atribuirse al particular transmitente la condición de empresario a efectos del IVA en virtud del artículo 5.Uno d) de la Ley 37/1992 cuando haya «efectuado» (y después analizaremos cómo interpretar este verbo) las obras materiales de urbanización del terreno ⁴⁷.

Esta interpretación fue la realizada por la doctrina administrativa (resoluciones del TEAC de 1 de febrero, 23 de marzo y 22 de junio de 1995, 30 de enero y 12 de junio de 1997, 10 de julio y 21 de octubre de 1998) y finalmente confirmada por el Tribunal Supremo en sentencias de 19 de abril de 2003, 11 de octubre de 2004 y 8 de noviembre de 2004. También ha sido la tesis mantenida por la Dirección General de Tributos en las ocasiones que ha tenido que pronunciarse sobre el particular (consultas de 10 de octubre de 1991 y de 11 de marzo de 1993; informe de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo, de 26 de mayo de 1995).

Pues bien, el fundamento jurídico que subyace en esta tesis es que el IVA pretende gravar sólo la creación de valor añadido que se pone de manifiesto en el proceso de producción de bienes y servicios (en el caso que nos ocupa, de edificaciones), invocando en este sentido

⁴⁷ Como más adelante veremos, algunos autores (RODRÍGUEZ MÁRQUEZ) han mantenido la posibilidad de una interpretación no simétrica de ambos preceptos, pero ello no nos parece muy adecuado al origen de los artículos 5.Uno d) y 20.Uno.20.º de la Ley 37/1992 en los artículos 3.4 b) y 13.B h) de la Sexta Directiva en los que la remisión de un precepto a otro es expresa y que versan sobre un único supuesto común.

el apartado V (*Exenciones*) de la Exposición de Motivos de la anterior Ley 30/1985 que consideraba que la finalidad del artículo 13.B h) de la Sexta Directiva era «*someter a gravamen efectivo exclusivamente el proceso de producción de las edificaciones*»⁴⁸.

Por tanto, en esta interpretación material de la expresión «en curso de urbanización» se adopta como premisa que la finalidad del IVA es someter a gravamen la generación de valor añadido que tiene lugar en la producción de bienes y servicios, entendiendo que, cuando lo producido es suelo edificable, esta creación de valor añadido comienza con la preparación material del suelo para la producción de viviendas, que es cuando se aporta un valor antes inexistente al terreno virgen. Se distingue pues entre el tráfico del suelo sin transformación industrial alguna, prescindiendo de las transformaciones ideales que hubiera podido experimentar por efecto del planeamiento urbanístico, y el tráfico de suelo convertido por la acción del hombre en una superficie susceptible de aprovechamiento constructivo.

Por tanto, con arreglo a la interpretación material de la expresión «*en curso de urbanización*» el IVA no debe gravar operaciones realizadas en fases anteriores al proceso de edificación que comienza con las obras materiales de urbanización.

• El criterio jurídico.

Frente al criterio material, algunos de nuestros tribunales han aplicado un criterio jurídico. Así, las sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de abril de 1997, 2 de abril de 1998, 16 de mayo de 2000, 18 de julio de 2001 ó 12 de abril de 2002, entendieron que debía considerarse que están «en curso de urbanización» aquellos terrenos sobre los que existe un Plan Parcial de Ordenación del Suelo y junta de compensación puesto que así se desprende de las normas urbanísticas aplicables. Argumentaba la Audiencia Nacional que, dado que el ordenamiento tributario no define lo que debe entenderse por «curso de urbanización», «*lo correcto debe ser acudir a las normas urbanísticas para conocer el alcance que ha de tener tal expresión*». Pues bien, acudiendo a las normas urbanísticas la Audiencia Nacional entendía que «*el suelo urbanizable programado está constituido por terrenos a los que el correspondiente plan declare, en principio, aptos para ser urbanizados (art. 79.1 de la Ley del Suelo de 1976), por lo que la aprobación del plan parcial supone reconocer, al menos, el contenido expresado en los artículos 45 y 46 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, lo que supone la adquisición del*

⁴⁸ Literalmente la Exposición de Motivos afirmaba lo siguiente:

«El carácter peculiar de los bienes inmuebles y las especialidades de su tráfico jurídico justifican la oportunidad de instrumentar especialidades normativas en el Impuesto sobre el Valor Añadido que inciden sobre dichos bienes y operaciones.

Siguiendo los criterios establecidos en el artículo 13.B) h), de la Sexta Directiva, la ley exonera las entregas de terrenos que no sean inmediatamente aptos para la edificación. Con el fin de evitar la ruptura de la cadena de deducciones en las fases intermedias del proceso de producción de edificaciones se dispone que la exención no se extenderá a los terrenos en los que existan edificaciones en curso de construcción, ni a las primeras transmisiones de terrenos urbanizados.

La misma finalidad –someter a gravamen efectivo exclusivamente el proceso de producción de las edificaciones– determina la conveniencia de exonerar las segundas y ulteriores transmisiones de edificaciones, cuyo proceso de construcción hubiese concluido, en concordancia con lo establecido en el artículo 13 B) g), de la Sexta Directiva».

derecho a urbanizar que consiste en la facultad de dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras fijados en el planeamiento o, en su defecto, en la legislación urbanística, para que adquiera la condición de solar». Y todo lo anterior le llevaba a concluir que la Ley del IVA «no exige que se haya producido una transformación material del terreno, sino que la expresión "en curso de urbanización" comprende también los supuestos en que se han aprobado definitivamente los instrumentos del planeamiento urbanístico que suponen la adquisición del derecho a urbanizar».

Diversas justificaciones avalan la corrección de esta tesis. Así, además del razonamiento utilizado por la Audiencia Nacional (que el concepto de urbanización es fundamentalmente jurídico por lo que, al no existir en la Ley 37/1992 una definición a efectos tributarios, debe acudir a la legislación reguladora de la materia) se ha señalado que el partir de una fecha cierta (la de aprobación del Plan Parcial o la de la constitución de la junta de compensación) brinda seguridad jurídica a los obligados tributarios, mientras que el momento en que se inician unas obras puede no ser fácil de probar y precisar. Y también se ha argüido que no es cierto que en un momento anterior al inicio de las obras de urbanización no haya creación de valor añadido ya que la mayor parte de éste (el que corresponde a las plusvalías urbanísticas) se produce sin necesidad de que se inicien materialmente las obras sino sólo con la mera incorporación del terreno, desde el punto de vista jurídico, al proceso urbanizador ⁴⁹.

En nuestra opinión, no obstante, la corrección de esta tesis se encuentra, principalmente, en el hecho de que es la interpretación que mejor encaja con el propósito de excluir del ámbito de aplicación del IVA sólo a aquellas entregas de terrenos que no vayan a ser destinadas a la edificación (que es la verdadera finalidad del art. 13.B h) de la Sexta Directiva, según interpretación del TJCE) y con la vocación de neutralidad del impuesto ya que esta interpretación evita que terrenos que a la postre van a ser utilizados como existencias por empresas promotoras/constructoras queden gravados por un impuesto («TPO») que al no ser deducible, incrementa el precio del producto final.

Por tanto, y como conclusión, aunque la polémica planteada entre la interpretación material y jurídica de la expresión «en curso de urbanización» se encuentra aparentemente zanjada desde que el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos (19 de abril de 2003, 11 de octubre de 2004 y 8 de noviembre de 2004) se decanta por el criterio material, cabe plantearse si esta interpretación es acorde con los artículos 3.4 b) y 13.B h) de la Sexta Directiva tal y como fueron interpretados por el TJCE en *Belastungsdienst* ⁵⁰. Y ello porque los principios inspiradores de los artículos 3.4 b) y 13.B h) de la Sexta Directiva no son los de limitar la tributación por IVA al proceso de producción de edificaciones (premisa que se encuentra en la base del razonamiento de nuestro Tribunal Supremo) sino, antes bien, garantizar la neutralidad del impuesto extendiendo su tributación a toda entrega de terrenos de los que se conoce con certeza su incorporación posterior al proceso de producción de edificaciones.

⁴⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús: *El Impuesto sobre el Valor Añadido en las Operaciones Inmobiliarias*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 58 y ss.

⁵⁰ Algunos autores, en opinión que compartimos, consideran que la interpretación que el Tribunal Supremo realiza del concepto «en curso de urbanización» es contraria a la Sexta Directiva. *Vid.* en este sentido, SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ángel [*El concepto en curso (...)*], *op. cit.*, págs. 1.353 y ss.] y DOPEREIRO GÓMEZ, Pablo («Apuntes sobre la imposición indirecta en las compras de suelo por parte de empresas promotoras a particulares incluidos en juntas de compensación», *Inmobiliario & Urbanismo* n.º 13, enero 2005).

Este objetivo (evitar el incremento del producto final favoreciendo la tributación por IVA frente a la tributación por otros impuestos indirectos) nos lleva a concluir que el criterio jurídico debería ser la interpretación preferente *lege ferenda* como en reiteradas ocasiones ha reclamado el sector.

4.3.3. El concepto «efectuar» o sobre las actuaciones que debe realizar el propietario del terreno para que se le considere urbanizador ocasional.

Hemos visto como la interpretación jurisprudencial del término «en curso de urbanización» (dejando al margen su potencial incompatibilidad con el Derecho Comunitario) sólo comprende las obras materiales de transformación topográfica del terreno para dotarlo de servicios urbanísticos.

No obstante, el hecho de que se hayan iniciado las obras de urbanización no es suficiente en la Ley 37/1992 para reconocer la condición de «urbanizadores ocasionales» y, por ende, de empresarios a efectos del IVA, a los particulares que transmiten dichos terrenos. Hemos señalado ya como la Ley 37/1992 se separa en este punto de lo establecido por el artículo 4.3 b) de la Sexta Directiva: en la normativa comunitaria se faculta a los Estados miembros para que traten como empresarios a particulares que realizan entregas de «terrenos edificables», sin importar quién realice la edificación o la preparación del terreno para ésta. En la Ley 37/1992, por el contrario, se exige que el particular no sólo entregue el terreno sino que haya «efectuado la urbanización» para que se le pueda tratar como empresario a efectos de IVA. Esto es, con la redacción actual del artículo 5.Uno d) de la Ley 37/1992 la mera propiedad de unos terrenos en curso de urbanización no transforma al particular titular de dichos terrenos en empresario a efectos de IVA sino que es necesario que el propietario influya o incida de alguna forma en el proceso de urbanización.

Cabría plantear si esta redacción es contraria a la Sexta Directiva, que parece no requerir ninguna actuación más allá de la transmisión de los terrenos.

En cualquier caso, examinando las consultas emitidas por la Dirección General de Tributos, observamos que dos son los elementos que toma en consideración para calificar al propietario de unos terrenos afectados por un sistema de ejecución del planeamiento como empresario en el IVA:

- En primer lugar, el vínculo financiero del transmitente del terreno con el proceso urbanizador.
- En segundo lugar, la titularidad jurídica de los terrenos durante la urbanización (que dependerá, básicamente, del sistema elegido para la ejecución del planeamiento).

4.3.3.1. El vínculo financiero.

Está siendo un criterio constante en las últimas consultas emitidas por la Dirección General de Tributos que, a efectos del IVA, el sujeto agente del proceso de urbanización (y por tanto quien adquiere la condición de «urbanizador ocasional» en virtud del art. 5.Uno d) de la Ley 37/1992) es quien asume los costes derivados de la transformación del terreno.

Así, con los matices que después señalaremos, es doctrina reiterada de la Dirección General de Tributos que los propietarios de terrenos incluidos en unidades de actuación urbanística adquieren la condición de «urbanizadores» y, por tanto, de sujetos pasivos del IVA, desde el momento en que se hayan incorporado a los terrenos parte, al menos, de los costes de urbanización.

En este sentido, la Dirección General de Tributos ha afirmado que los propietarios adquieren «la condición de empresarios o profesionales a efectos del Impuesto **por el pago** de las cargas de urbanización» (consulta n.º 1821/2004, de 29 de septiembre) o que «constituye doctrina reiterada de este Centro Directivo que los propietarios de los terrenos afectados por la unidad de ejecución no se convierten en empresarios o profesionales hasta que no se les incorporen los costes de urbanización de dichos terrenos» (consultas n.º 0646/2004, de 16 de marzo, y n.º 0859/2004, de 31 de marzo).

Cabe deducir, pues, que en opinión de la Dirección General de Tributos, es el pago de las obras de urbanización el elemento determinante para dilucidar cuándo un particular adquiere la condición de empresario a efectos del IVA en virtud del artículo 5.Uno d) de su ley reguladora. Al menos, ésta es la conclusión que algunos autores ⁵¹ están extrayendo de las referidas consultas.

De este principio general, la Dirección General de Tributos deduce las dos siguientes consecuencias:

- En las transmisiones de terrenos que se lleven a cabo sin incorporar el transmitente costes de urbanización, esto es, donde el adquirente se haga cargo de todos los costes, *«no cabe considerar que el transmitente ha urbanizado los mismos, por lo que tales transmisiones no estarán sujetas al Impuesto si el transmitente fuera un particular»*.
- En las transmisiones de terrenos a los que se hayan incorporado parte de los costes de urbanización, *«el transmitente tendrá la consideración de empresario ya que la satisfacción de los costes de la urbanización que transforma su terreno le convierte en urbanizador del mismo»*.

Y de este criterio cabe extrapolar los dos siguientes corolarios:

- Que el que se hayan iniciado las obras materiales de urbanización (i.e., que los terrenos estén «en curso de urbanización» en la interpretación jurisprudencial) no es condición suficiente para que un particular adquiera la condición de empresario a efectos de IVA en virtud del artículo 5.Uno d) de la LIVA. Esto es, que un particular puede ser titular de terrenos que se encuentran en curso de urbanización y no por ello adquirir la condición de empresario a efectos de IVA, si no ha satisfecho, siquiera parcialmente, los gastos inherentes a dicha urbanización.

⁵¹ Así, por ejemplo, MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús (*Urbanismo y Tributación indirecta: algunas cuestiones*. Dossier. La Gaceta de los Negocios. Documentos. 4 de enero de 2005), SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ángel («El concepto en curso...», *op. cit.*, págs. 1.362 y ss.) o SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier («El tratamiento en el IVA ...», *op. cit.*).

- Que el que se hayan iniciado las obras materiales de urbanización tampoco es condición necesaria para que un particular adquiera la condición de empresario a efectos de IVA en virtud del artículo 5.Uno d) de la LIVA. Esto es, que si el particular ya ha satisfecho parte de los costes del proceso de urbanización adquiere la condición de empresario a efectos de IVA aunque las obras de urbanización no hayan comenzado.

Pensamos no obstante, a diferencia de otros autores ⁵², que este criterio no supone un cambio de la interpretación que la Dirección General de Tributos (siguiendo la interpretación material) venía dando a la expresión «*en curso de urbanización*» sino que, simplemente, se limita a dar significado al término «efectuar» contenido en el artículo 5.Uno d) de la Ley 37/1992. En nuestra opinión, por tanto, esta interpretación despliega sus efectos sólo en relación con la adquisición por un particular de la condición de empresario a efectos de IVA. Esto es, al ámbito de la sujeción al IVA (del hecho imponible) y no al ámbito de la exención.

Dicho lo cual, sí hemos de reconocer que en la aplicación de la exención también influye la condición del transmitente dado que el artículo 20.Uno.20.º de la Ley 37/1992 limita la exención a las entregas de terrenos en curso de urbanización realizadas por el «promotor». La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2004, tomando como premisa que es el comienzo de la producción de suelo edificable lo que determina que el tráfico de terrenos pase a estar gravado por el IVA y no por TPO, considera congruente con dicha finalidad *«que, una vez iniciado el proceso de producción de suelo edificable y siempre que las transmisiones se realicen por empresarios, la cadena de deducciones no se vea interrumpida por una exención, resultando contrario a la misma, que una vez iniciado el proceso de producción de suelo urbano por un promotor, posteriores transmisiones empresariales de dicho suelo queden exentas del impuesto»*.

Y con este razonamiento, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que deben considerarse promotores a efectos de la exención establecida en el artículo 20.Uno.20.º no sólo a los que ejecuten o encargan trabajos físicos de urbanización, sino también *«a quien sobre los mismos terrenos, ya en curso de urbanización, se limita a realizar gastos exigidos por el planeamiento urbanístico, tanto más si en ambos casos se actúa en calidad de empresario»*.

Pues bien, algunos autores entienden que esta interpretación permite sostener la condición empresarial a efectos de IVA de los transmitentes que asumen los costes derivados de la urbanización entendiendo por tales no sólo a los derivados directamente de la ejecución de las obras, sino también, todos los resultantes de los trámites administrativos de la ejecución del planeamiento (p. ej., constitución de la junta de compensación, solicitudes de permisos y licencias urbanísticas ...) ⁵³.

Aunque compartimos con estos autores la creencia de que esta interpretación abundaría en una mayor neutralidad del impuesto (al evitar ruptura en la cadena de deducciones), pensamos que la intención del Tribunal Supremo es centrarse en la calificación como «promotor» a efectos del artículo

⁵² Vid., por ejemplo, SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ángel: «El concepto en curso de urbanización (...)», *op. cit.*, pág. 1.363.

⁵³ En este sentido, RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús: «Una nueva polémica en torno al IVA en las operaciones urbanísticas: la condición de urbanizador», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi n.º 6/2005.

lo 20.Uno.20.º de la Ley 37/1992 de transmitentes que ya tienen previamente la condición de empresarios ⁵⁴. Por lo tanto, dudamos que el criterio utilizado por el Tribunal Supremo para interpretar el término «promotor» en el artículo 20.Uno.20.º pueda ser extrapolado para interpretar la expresión «efectuar la urbanización» utilizada en el artículo 5.Uno d), aunque sería un criterio muy adecuado *lege ferenda*. En cualquier caso, éste es otro punto en el que la Ley 37/1992 se separa de la Sexta Directiva, que trata de forma absolutamente simétrica el supuesto de sujeción (esto es, el carácter empresarial del transmitente a efectos del IVA) y la exclusión del supuesto de exención.

4.3.3.2. El vínculo jurídico.

Por si la situación resultante de la disparidad de criterios no fuera ya de por sí bastante compleja (cuando no confusa), examinando las consultas emitidas por la Dirección General de Tributos debemos señalar que al vínculo financiero exigido al transmitente de un terreno respecto de las obras de urbanización, parece añadirse un vínculo jurídico de propiedad sobre los terrenos mientras dura el proceso de urbanización. Debemos reconocer, no obstante, que dicho requisito no se exige de forma explícita por la Dirección General de Tributos sino que, antes bien, es la conclusión que cabe extraer del distinto tratamiento que se otorga a los propietarios afectados por una unidad de ejecución en función del sistema elegido para la ejecución del planeamiento.

En este sentido, cuando el sistema elegido para la ejecución del planeamiento es el **sistema de compensación** en el que no hay transmisión de la propiedad de los terrenos a la junta (i.e., los propietarios afectados mantienen la titularidad de los terrenos), la Dirección General de Tributos considera que los miembros adquieren la condición de empresarios a efectos del IVA desde el pago de las cuotas de urbanización (en las consultas más recientes, –*vid.* p. ej., las consultas 1821/2004, de 29 de septiembre, 859/2004, de 31 de marzo, o 646/2004, de 16 de marzo) o desde el inicio de las obras de urbanización (en las consultas más antiguas, p. ej., consulta 470/2003, de 1 de abril).

Por contra, cuando sí hay transmisión de la propiedad de los terrenos a la junta, se niega a los particulares afectados la posibilidad de adquirir la condición de empresarios a efectos de IVA. Así, en consulta 1821/2004, de 29 de septiembre, o 646/2004, de 16 de marzo.

Este diferente tratamiento a los propietarios afectados por la unidad de ejecución, según se trate de las denominadas «juntas fiduciarias» o «juntas propietarias», es lo que nos lleva a pensar que en el criterio administrativo también resulta determinante para adquirir la condición de empresario mantener la titularidad de terreno durante el proceso de urbanización.

No pensamos que el criterio financiero (pago de los costes de urbanización) explique por sí sólo la posición de la Dirección General de Tributos, ya que, como hemos apuntado con anterioridad, los propietarios afectados por el planeamiento siempre costean la urbanización incluso en los casos en los que se produce la transmisión de la propiedad de los terrenos a la junta.

⁵⁴ Lo que explicaría su insistencia en precisar que este criterio es aplicable cuando se trata de «transmisiones empresariales», o en las que se actúa «en calidad de empresario».

Y tampoco encontramos una explicación satisfactoria a la posición de la Dirección General de Tributos en el criterio de ejecución material del proceso urbanizador (según el cual la condición de empresario debería predicarse sólo del agente responsable de la ejecución del planeamiento) ya que, como también tuvimos ocasión de apuntar, esta responsabilidad corresponde (se transmita o no la propiedad de los terrenos a la junta) a la propia junta, como ente con personalidad jurídica propia y distinta de la de sus miembros. En este sentido, que la titularidad sobre los terrenos aportados sea en ocasiones fiduciaria no es óbice para entender que el ente responsable de la ejecución de las obras de urbanización sea la junta y no los propietarios miembros de la junta individualmente considerados. Esto es, en nuestra opinión, que la propiedad sobre los terrenos sea fiduciaria no debe traducirse, necesariamente, en que las funciones encomendadas a la junta por las normas urbanísticas también lo sean.

Además, el criterio de la ejecución material se revela ineficaz para explicar la posición administrativa cuando la ejecución del planeamiento se realiza por el sistema de **cooperación** en cuyo caso la doctrina administrativa ha entendido que los propietarios afectados adquieren la condición de empresarios desde que se le repercuten los costes de urbanización (consulta de la Dirección General de Tributos n.º 646/2004, de 16 de marzo, y resolución del TEAC de 22 de junio de 2000), pese a que la responsabilidad de la ejecución de las obras recae, claramente, en la Administración y no en los propietarios.

Por tanto, el único elemento que diferencia a los miembros de una junta de compensación propietaria de los propietarios afectados por el planeamiento cuya ejecución es llevada a término por otros sistemas (junta de compensación fiduciaria o cooperación) es el de la titularidad de los terrenos incluidos en la unidad de ejecución durante el proceso de urbanización.

Ni en la Ley 37/1992, ni mucho menos en la Sexta Directiva, encontramos una justificación a la relevancia de semejante distinción:

- En la Sexta Directiva, porque no es necesario realizar ninguna urbanización para que el transmitente de terrenos edificables adquiera la condición de empresario ocasional.
- En la Ley 37/1992, porque el término «efectuar la urbanización» puede interpretarse en sentido financiero (con lo que cualquier propietario afectado por una unidad de ejecución adquiriría la condición de empresario desde el momento en que comience a pagar las cuotas de urbanización), o en sentido material (con lo que podría mantenerse una diferenciación entre el sistema de compensación y otros sistemas o, alternatively, exigir que los propietarios sean responsables frente a la Administración de la ejecución de las obras de urbanización –con lo que la adquisición de la condición de empresario por aplicación del art. 5.Uno d) de la Ley 37/1992 podría quedar restringida a supuestos muy marginales–). Con ninguna de estas interpretaciones se llega a los resultados que se desprenden de las consultas de Tributos y nos resulta difícil equiparar la expresión «efectuar la urbanización» con la de «mantener la titularidad jurídica sobre los terrenos durante el proceso de urbanización» que es el criterio que explicaría el diferente tratamiento que la Dirección General de Tributos otorga a los miembros de una junta de compensación cuando se transmite la propiedad de los terrenos a la junta.

4.3.4. La finalidad pretendida o sobre la necesidad de que los terrenos urbanizados se destinen a la venta, adjudicación o cesión a terceros.

De acuerdo con este requisito, no adquiere la condición de empresario el sujeto que, no realizando ninguna otra actividad empresarial, promueve una construcción para uso propio (consulta de 8 de mayo de 2002), mientras que sí adquiere la condición de empresario el particular que promueve para vender o arrendar el bien transformado.

En el caso de actuaciones urbanísticas, las consultas vinculantes V1597/2005, de 27 de julio, y V1175/2005, de 17 de junio, consideran que los propietarios de los terrenos incluidos en actuaciones urbanísticas deben tener la intención inicial de transmitir el terreno para ser considerados sujetos pasivos de IVA. Mantiene la Dirección General de Tributos en las referidas consultas que si el uso asignado al terreno va a ser residencial, tratándose de un pequeño propietario, la presunción llevaría a entender que el destino de los terrenos es el consumo final (en cuyo caso el citado propietario no sería sujeto pasivo de IVA, salvo que se destruyese esta presunción). En cambio, en el caso de un propietario de un área mayor de terrenos, la presunción conduce directamente a la conclusión contraria, esto es, la voluntad de ceder, vender o adjudicar por cualquier título los terrenos en curso de urbanización o las parcelas posteriores. En nuestra opinión, este requisito subjetivo es contrario a la finalidad pretendida por la Sexta Directiva.

Así, aunque la sentencia *Belastungsdienst* del TJCE, al señalar que la expresión «"terrenos edificables" debe incluir a los terrenos, urbanizados o no, que se definan por los Estados miembros como terrenos destinados a la edificación», concede importancia al «destino» de los terrenos transmitidos, este destino no parece identificarse con la finalidad o intención subjetiva del transmitente del terreno sino con la circunstancia objetiva que, en cada Estado miembro, califica al terreno transmitido como activo circulante (presente o futuro) de una actividad de construcción.

4.4. Recapitulación.

- A fin de favorecer la neutralidad y la generalidad vertical en la aplicación del IVA al proceso de producción de edificaciones, la Sexta Directiva faculta a los Estados miembros para que sometan al IVA las entregas de terrenos edificables realizadas por particulares de forma ocasional [art. 4.3 b) de la Sexta Directiva], excluyendo dichas entregas de la exención aplicable, en general, a las de terrenos no edificados [art. 13.B h) de la Sexta Directiva].
- Según el TJCE, por terrenos edificables se entienden los terrenos, urbanizados o no, que se definan por los Estados miembros como terrenos destinados a la edificación. Es el destino de los terrenos, pues, el elemento determinante para dilucidar cuándo nos encontramos ante el supuesto de hecho establecido en los artículos 4.3 b) y 13.B h) de la Sexta Directiva. En este sentido, debemos apuntar que el destino no debe identificarse con la finalidad o elemento intencional pretendido por el transmitente del terreno, sino que constituye una circunstancia objetiva que califica al terreno transmitido como activo circulante (presente o futuro) de una actividad de construcción.

- España ha hecho uso de la facultad prevista en la Sexta Directiva en los artículos 5.Uno d) y 20.Uno.20.º de la Ley 37/1992, aunque ha introducido requisitos adicionales al supuesto de hecho previsto en los artículos 4.3 b) y 13.B h) de la Sexta Directiva.
- De las consultas evacuadas por la Dirección General de Tributos cabe concluir que para que un particular adquiriera la condición de empresario según el artículo 5.Uno d) es necesario: (i) que haya soportado parte de los costes de urbanización (entendiendo por tales los relativos a las obras de transformación física del terreno); (ii) que mantenga la titularidad de los terrenos durante la urbanización; y (iii) que el particular tenga la intención inicial de destinar los terrenos a su venta o cesión a terceros. Ninguno de estos criterios parece ser compatible con lo dispuesto en la Sexta Directiva.
- De las sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo cabe concluir que para que la entrega de unos terrenos por un empresario [que lo sea por sí, o por aplicación del art. 5.Uno d) de la Ley 37/1992] quede excluida de la exención establecida en el artículo 20.Uno.20.º de la Ley 37/1992 es necesario: (i) que se hayan iniciado las obras de transformación física de los terrenos, y (ii) que el transmitente haya soportado costes que correspondan bien a las obras de transformación material del terreno, bien a simples actuaciones o gestiones urbanísticas. Pensamos que esta interpretación es contraria al fin pretendido por la Sexta Directiva que en sus artículos 4.3 b) y 13.B h) (transpuestos a nuestro Derecho en los arts. 5.Uno d) y 20.Uno.20.º de la Ley 37/1992) trata de primar el objetivo de neutralidad del impuesto, favoreciendo su aplicación a toda la cadena de producción de edificaciones.

Nos gustaría terminar esta exposición resumiendo la distinta tributación a que puede ser sometida una misma operación (la adquisición por una empresa constructora a un particular de un terreno afectado por una unidad de ejecución urbanística) en función del sistema de ejecución del planeamiento elegido, del inicio de las obras de urbanización y del pago de los costes de la urbanización material por el transmitente, según los criterios que se desprenden de la interpretación administrativa y jurisprudencial de los artículos 5.Uno d) y 20.Uno.20.º de nuestra Ley 37/1992. Todo ello teniendo en cuenta:

- (i) Que si el transmitente no es empresario a efectos de IVA [*per se* o por aplicación del art. 5.Uno d) de la Ley 37/1992], la entrega de terrenos no está sujeta al IVA sino a TPO;
- (ii) Que cuando el transmitente es empresario a efectos de IVA, la entrega de los terrenos puede estar sujeta y exenta cuando los terrenos no están en curso de urbanización, con lo que la entrega tributaría por TPO; y,
- (iii) Que, en este último caso, cuando el adquirente es sujeto pasivo del IVA con derecho a la deducción total de las cuotas de IVA soportado, el transmitente puede renunciar a la exención del IVA, con lo que la transmisión del terreno tributaría por IVA y por AJD (habiendo establecido algunas Comunidades Autónomas un tipo de tributación por AJD superior al normal para este supuesto de renuncia a la exención de IVA).

Según la interpretación que nosotros hacemos de los artículos 4.3 b) y 13.B h) de la Sexta Directiva, la transmisión por un particular de un terreno situado en una unidad de actuación urbanística a una empresa constructora debería quedar en todo caso sujeta y no exenta de IVA.

Por el contrario, asumiendo que el particular probara que su intención inicial era vender los terrenos, con arreglo a la interpretación que nuestros tribunales y doctrina administrativa están haciendo de los artículos 5.Uno d) y 20.Uno.20.º de la Ley 37/1992 dicha transmisión podría quedar sujeta y no exenta a IVA, sujeta y exenta (con o sin renuncia a la exención), o no sujeta según se desarrolla en los cuadros siguientes:

SISTEMA DE COOPERACIÓN		Pago de cuotas de urbanización	
		SÍ	NO
<i>Inicio obras de urbanización</i>	SÍ	Sujeta y no exenta de IVA. (IVA + tipo general AJD)	No sujeta a IVA. (TPO)
	NO	Sujeta y exenta. (TPO) Si renuncia a la exención. (IVA + tipo incrementado AJD)	No sujeta a IVA. (TPO)

SISTEMA DE COMPENSACIÓN (Junta fiduciaria)		Pago de cuotas de urbanización	
		SÍ	NO
<i>Inicio obras de urbanización</i>	SÍ	Sujeta y no exenta de IVA. (IVA + tipo general AJD)	No sujeta a IVA. (TPO)
	NO	Sujeta y exenta. (TPO) Si renuncia a la exención. (IVA + tipo incrementado AJD)	No sujeta a IVA. (TPO)

SISTEMA DE COMPENSACIÓN (Junta propietaria)		Pago de cuotas de urbanización	
		SÍ	NO
<i>Inicio obras de urbanización</i>	SÍ	No sujeta a IVA. (TPO)	No sujeta a IVA. (TPO)
	NO	No sujeta a IVA. (TPO)	No sujeta a IVA. (TPO)

Ciertamente no puede sino concluirse en la falta de neutralidad de que adolece la normativa española en esta materia (falta de neutralidad a la que ha contribuido en gran medida la interpretación que de la Ley 37/1992 está haciendo la doctrina administrativa y nuestro Tribunal Supremo) y en la conveniencia de adaptar los criterios actualmente utilizados a la interpretación que se desprende de la Sexta Directiva.

5. CONCLUSIONES

- 1.^a La consideración empresarial a efectos tributarios de los particulares que intervienen en el proceso urbanizador no recibe una respuesta unívoca en todos los impuestos que le pueden resultar de aplicación, ya que los criterios utilizados para calificar a un particular como empresario no son los mismos en todos los tributos.
- 2.^a A efectos del IRPF y con carácter general, se considera empresario al que realiza actividades empresariales, entendiendo por éstas las que suponen ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios. Con esta definición, entendemos que no pueden ser calificados como empresarios particulares que, en el proceso de ejecución del planeamiento urbanístico, ven de forma ocasional cómo terrenos de su propiedad son incluidos en una unidad de ejecución, limitándose a asumir las cargas y obligaciones que la normativa urbanística les impone so pena de que le sean expropiados sus terrenos. Y ello, con independencia del sistema elegido para la ejecución del planeamiento y pese a algunas consultas recientes de la Dirección General de Tributos que podrían llevar a la conclusión (errónea en nuestra opinión) de que los juntacompensantes de una junta de compensación fiduciaria deben en todo caso ser considerados empresarios a efectos de imposición directa.
- 3.^a En el IVA, además de la definición general de empresario como aquel que realiza la ordenación por cuenta propia de factores de producción con la finalidad de intervenir en la distribución o producción de bienes y servicios, se permite también calificar como empresario a quien efectúa de forma ocasional la urbanización de terrenos para su venta, cesión o adjudicación por cualquier título a terceros.
 - Esta mayor amplitud del concepto de empresario en el IVA tiene su origen en la Sexta Directiva que, para favorecer la neutralidad y la generalidad vertical en la aplicación del IVA al proceso de producción de edificaciones, faculta a los Estados miembros para que sometan al IVA las entregas de terrenos edificables realizadas por particulares de forma ocasional [art. 4.3 b) de la Sexta Directiva], excluyendo dichas entregas de la exención aplicable, en general, a las de terrenos no edificables [art. 13.B h) de la Sexta Directiva]. Según el TJCE por «terrenos edificables» debe entenderse los terrenos, urbanizados o no, que se definan por los Estados miembros como terrenos destinados a la edificación.
 - España ha hecho uso de la facultad prevista en la Sexta Directiva en los artículos 5.Uno d) y 20.Uno.20.º de la Ley 37/1992, aunque ha introducido requisitos adicionales al supuesto de hecho previsto en los artículos 4.3 b) y 13.B h) de la Sexta Directiva.
 - De la interpretación que nuestra doctrina administrativa ha realizado del artículo 5.Uno d) de la Ley 37/1992 se desprende que para que un particular adquiriera la condición de empresario a efectos del IVA al amparo de este precepto es necesario: (i) que haya soportado parte de los costes de urbanización; (ii) que mantenga la titularidad de los terrenos durante la urbanización; (iii) que el particular tenga la intención inicial de destinar los terrenos a su venta o cesión a terceros. Ninguno de estos criterios se encuentra en el artículo 4.3 b) de la Sexta Directiva.

- De la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo recaída en la interpretación del artículo 20.Uno.20.º de la Ley 37/1992 cabe concluir que para que la entrega de unos terrenos por un empresario quede excluida de la exención establecida en este precepto es necesario: (i) que se hayan iniciado las obras de transformación física de los terrenos, y (ii) que el transmitente haya soportado costes que correspondan bien a las obras de transformación material del terreno, bien a simples actuaciones o gestiones urbanísticas. Pensamos que la interpretación de nuestro Alto Tribunal es contraria al fin pretendido por la Sexta Directiva que trata de primar el objetivo de neutralidad del impuesto, favoreciendo su aplicación a toda la cadena de producción de edificaciones.
- 4.^a El resultado de todo ello es que, siendo el concepto de empresario a efectos de IVA más amplio que a efectos de IRPF (respecto a la consideración empresarial de los particulares que intervienen en la urbanización de los terrenos), no es lo suficientemente amplio para favorecer la sujeción a IVA de toda entrega de terreno de la que se sepa con certeza su incorporación posterior a un proceso de construcción de edificaciones, que es lo que sería lógico promover para favorecer la neutralidad en este impuesto y evitar a las empresas constructoras incurrir en costes no recuperables que, al final, incrementan el precio del producto vendido.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL FABRE, Jordi [2001]: *El sistema de compensación urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia*, Ed. Bosch, Barcelona.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César [1986]: «Las operaciones inmobiliarias como actividad empresarial en el IVA», *Revista Impuestos*, Ed. Aranzadi, págs. 37 y ss.
- VARONA ALABERN, Jaime [1991]: *El sector inmobiliario en el Impuesto sobre el Valor Añadido*; Lex Nova, Valladolid; pág. 59.
- BATALLA Y MONTERO DE ESPINOSA, Alfonso [1985]: *El sector inmobiliario y la aplicación del impuesto sobre el valor añadido*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, págs. 19 y ss.
- CARBALLO CASADO, Concha; MICÓ GINER, Javier Concha y JUÁREZ GONZÁLEZ, Javier Máximo [2005]: «El patrimonio del promotor inmobiliario. Su fiscalidad y cuestiones conexas», en la obra colectiva coordinada por GARRIDO MELERO, M.; y FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*; Tomo VII; sección 2.ª; Editorial Bosch, S.A.; Barcelona.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente [2000]: «Exención del IVA de las entregas de terrenos rústicos y demás que no tengan la condición de edificables. La exclusión de la exención para las entregas de terrenos "en curso de urbanización". Sentencias comentadas: Audiencia Nacional de 16 de mayor de 2000»; *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, n.º 22.
- DOPEREIRO GÓMEZ, Pablo [2005]: «Apuntes sobre la imposición indirecta en las compras de suelo por parte de empresas promotoras a particulares incluidos en juntas de compensación», *Inmobiliario & Urbanismo*, n.º 13, enero.

- EGUINOA, María [1997]: «La problemática tributación de las Juntas de Compensación»; *Impuestos* (Compendio); tomo 2.
- FERNÁNDEZ TUBÍO, Domingo y SILVA PÉREZ, José Antonio [2003]: «La tributación de las Juntas de Compensación», *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. CEF, n.º 241.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón [2001]: «La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (TJCE 2001, 195, asunto "Proyecto Scala 2001") y su impacto en el ordenamiento urbanístico español»; *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, n.º 505.
- GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, María Jesús [2000]: «Tratamiento tributario de las juntas de compensación» en la obra colectiva *Estudios sobre fiscalidad inmobiliaria y doble imposición interna*; Ed. Comares, S.L., Albolote (Granada).
- MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier; NATERA HIDALGO, Rafael D.; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús y VILLAR EZCURRA, José Luis [2002]: *Aspectos Tributarios de las Juntas de Compensación*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier y NATERA HIDALGO, Rafael [1992]: «El IVA y las Juntas de Compensación», *Impuestos* (Compendio), Ed. Distribuciones La Ley, S.A.
- [2005]: «Urbanismo y Tributación indirecta: algunas cuestiones». *Dossier. La Gaceta de los Negocios*. Documentos.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús [2005]: «Cuestiones tributarias de la ejecución del planeamiento urbanístico»; Ed. Iustel.com; Madrid; pág. 57.
- MARTÍN MORENO, José Luis [1999]: *Transmisiones inmobiliarias sujetas al impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y fraude fiscal*; Ed. CEF, Madrid.
- MARTÍNEZ GARCÍA, José Ignacio [2001]: *Aspectos económicos y tributarios del urbanismo*, Ed. Bayer Hnos., S.A.; Barcelona.
- MÍNGUEZ JIMÉNEZ, Francisco [2001]: «Las juntas de compensación: análisis jurídico, administrativo y tributario»; *Carta Tributaria*, n.º 4.
- PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. Javier [2002]: «Las operaciones inmobiliarias en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sus relaciones con el IVA. Doctrina administrativa y judicial»; *Carta Tributaria, Monografías*, n.º 7.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del [1993]: «El sistema de compensación urbanística»; Marcial Pons, Madrid; pág. 110.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús [2002]: *El Impuesto sobre el Valor Añadido en las Operaciones Inmobiliarias*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- [2003]: «El concepto de "terrenos en curso de urbanización" en el Impuesto sobre el Valor Añadido: se perpetúa una situación de grave inseguridad jurídica»; *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi n.º 15.
 - [2005]: «Una nueva polémica en torno al IVA en las operaciones urbanísticas: la condición de urbanizador»; *Jurisprudencia Tributaria*; Aranzadi n.º 6.
- SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier [2003]: «El tratamiento en el IVA de la ejecución del planeamiento urbanístico a través de juntas de compensación fiduciarias: comentarios y un ejemplo práctico», *Revista Fiscal*, n.º 89, Ed. Francis Lefebvre.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ángel [2004]: «El concepto en curso de urbanización en el IVA. Su interpretación en el ámbito de la Sexta Directiva», *Impuestos*, n.º 9.

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Financiero
y Tributario. Universidad de León*

Extracto:

El presente trabajo analiza el régimen fiscal al que quedan sometidas las sociedades laborales en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades. Tras una delimitación inicial del concepto, la naturaleza y el régimen jurídico de la sociedad laboral, y con posterioridad a un breve análisis del mal llamado «régimen fiscal especial» susceptible de aplicarse a estas sociedades, es objeto de estudio la tributación de estas entidades en el Impuesto sobre Sociedades a la luz de cuestiones tales como su eventual calificación como empresa de reducida dimensión, el tipo de gravamen aplicable, las normas sobre operaciones vinculadas, etc.

Sumario:

- I. Concepto y naturaleza mercantil de las sociedades laborales.
- II. El llamado «régimen fiscal especial» de las sociedades laborales.
 - 1. Consideraciones previas.
 - 2. Requisitos necesarios para la aplicación del régimen fiscal especial a las sociedades laborales.
- III. La tributación de las sociedades laborales en el Impuesto sobre Sociedades: situación actual y posibles alternativas.
- IV. Obligaciones fiscales de carácter formal impuestas a las sociedades laborales.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA MERCANTIL DE LAS SOCIEDADES LABORALES

Señala el artículo 1.1 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, reguladora de las Sociedades Laborales, que «*Las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido podrán obtener la calificación de Sociedad Laboral cuando concurran los requisitos establecidos en la presente Ley*».

Por tanto, toda sociedad anónima o limitada de naturaleza mercantil en la que la mayoría del capital sea propiedad de trabajadores que presten sus servicios como tales y que tengan una relación laboral indefinida puede, concurriendo determinados requisitos que a continuación serán analizados, obtener la calificación de «sociedad laboral». Las sociedades laborales tendrán así las características de la citada sociedad limitada o anónima, en función de la forma que adopten, si bien con diversas peculiaridades ¹.

Tres son los principales elementos que nos permiten configurar el concepto de sociedad laboral. En primer lugar, la sociedad laboral constituye una sociedad única de naturaleza mer-

¹ Acerca del concepto de sociedad laboral véanse, entre otros, los trabajos de NEILA, J.M., *Sociedades Laborales. Análisis sistemático de la Ley 4/1997*, Madrid, 1998, págs. 15 y ss, RUIZ PERIS, J.I., «Breves reflexiones en materia de sociedades laborales y acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción», en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando SÁNCHEZ CALERO*, vol. IV, 2002, pág. 4.369, EMBID IRUJO, J.M., «Prólogo», en AA.VV., *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales. Estudio sistemático de la Ley 4/1997*, 1997, págs. 8 a 17, ALONSO ESPINOSA, F.J., «Especialidades en el régimen de la posición jurídica de los socios», en AA.VV. *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales. Estudio sistemático de la Ley 4/1997*, 1997, págs. 67 a 101, MERCADER UGINA, J. y PORTELLANO DÍEZ, P., «La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial», en *Relaciones Laborales*, n.º 12, 1997, págs. 45 y ss, CANO LÓPEZ, A., «Reflexiones acerca de un nuevo instrumento societario: la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales», en *RdS*, n.º 8, 1997, págs. 194 y ss., MAGRIÑA, J., *La Sociedad anónima laboral*, Barcelona, 1996, VALPUESTA, E. y BARBERENA, I., *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*, Pamplona, 1998, pág. 21, GÓMEZ CALERO, J., *Las Sociedades Laborales*, Granada, 1999, págs. 39 y ss y FERNÁNDEZ ALBOR, A., «Sociedades anónimas laborales: aspectos societarios y problemática de adaptación a la nueva regulación en materia de sociedades», en *Dereito*, n.º 1, 1992, págs. 151 a 188.

cantil ². Este carácter unitario no resulta alterado por la posible coexistencia en su seno de distintas clases de socios ni tampoco por la posibilidad concedida a los mismos de optar entre dos modelos societarios alternativos: sociedad anónima laboral y sociedad limitada laboral.

En segundo término, la sociedad laboral constituye legalmente una sociedad personalista de estructura corporativa, debiendo pertenecer la mayoría de su capital social al conjunto de trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido. Finalmente, esta clase de sociedades ofrece una estructura societaria de carácter unitario, si bien su configuración legal permite la coexistencia en su seno de hasta tres tipos distintos de socios: socio trabajador, socio no trabajador y socio institucional, ya sea éste público o privado.

Para la calificación como laboral de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada es necesario en consecuencia la vigencia simultánea de dos negocios jurídicos autónomos y compatibles entre sí: el contrato de sociedad capitalista (por acciones o por participaciones) y el contrato de trabajo ³.

La vigente **regulación** de estas entidades queda plasmada en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, que vino a derogar la antigua Ley 15/1986, de 25 de abril, la cual, si bien supuso en su día un importante avance, había quedado desfasada en sus aspectos mercantiles por la nueva regulación societaria mencionada. Hemos de aludir además, como primer gran antecedente normativo de estas entidades, a las Órdenes Ministeriales del antiguo Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 12 de enero de 1979 y de 25 de enero de 1980 ⁴.

Por otra parte, la profunda modificación operada en el Derecho Societario español a través de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, junto con la aparición de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hacían necesaria una nueva regulación de las sociedades laborales acorde con dichos cambios.

² El carácter unitario de la sociedad laboral impide toda desagregación de las dos perspectivas presentes en la misma: la perspectiva asociativa, como tipo societario autónomo que representa, y la perspectiva empresarial, como forma jurídica de empresa a que da lugar.

³ En efecto, tal y como subraya LÓPEZ I MORA, «Prestación de servicios en cooperativas y sociedades laborales», en AA.VV. *Estudios Jurídicos sobre Economía Social*, Gobierno Vasco-Marcial Pons, 2002, pág. 78, «Tiene así lugar la concertación y vigencia simultánea de dos negocios jurídicos de signo opuesto: uno asociativo, en cuya virtud tres o más personas vertebran una sociedad con la intención de obtener el calificativo de laboral; y otro de índole cambiaria, que presupone la estipulación de un contrato de trabajo por cada uno de los sujetos que, prestando sus servicios para la empresa en régimen subordinado y de forma indefinida, deben controlar, como mínimo, la mayoría de su capital social».

⁴ La Orden Ministerial de 1979 denominó por vez primera a estas entidades «sociedades laborales», mientras que la Orden de 25 de enero de 1980 trató de configurar un concepto legal de sociedad laboral caracterizado por las premisas de que el 50 por 100 del capital social estuviese en poder de los trabajadores y de que ningún socio fuese titular de más del 25 por 100 del capital. Otros aspectos significativos en dicha regulación eran las restricciones existentes a la circulación de las acciones o participaciones sociales, la fiscalización del Fondo Nacional para la Protección del Empleo o la existencia de socios capitalistas no trabajadores en los supuestos de adquisición sobrevenida de la condición de laboral. Véase a este respecto CALVO ORTEGA, R., «Las figuras de Economía Social en la Constitución española de 1978», en *CIRIEC*, n.º 47, noviembre 2003, pág. 169.

La significativa proliferación experimentada en los últimos tiempos por las sociedades de responsabilidad limitada, debido a la mayor flexibilidad y operatividad que ofrece esta forma societaria, demandaba además que las características propias de la sociedad laboral pudieran, conservando sus elementos configuradores, ser aplicadas a las sociedades de responsabilidad limitada, dado que hasta la fecha el régimen jurídico de las sociedades laborales quedaba reservado exclusivamente para las sociedades anónimas ⁵.

De hecho, en la actualidad, la sociedad de responsabilidad limitada laboral presenta un peso específico superior al de la sociedad anónima laboral, debido a su forma jurídica de base. El ritmo de creación de esta última se ha visto ralentizado por la exigencia legal del capital social mínimo lo que incide además, al menos indirectamente, en el régimen fiscal aplicable, ya que los requisitos determinantes de la aplicación del mismo pueden obtenerse ahora con mayor facilidad.

A la luz de la Ley 4/1997 surge un nuevo concepto de sociedad laboral que, respetando las características básicas de la figura hasta entonces existente, resulta válido para aquellas sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social es propiedad de trabajadores que prestan en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa en una relación laboral constituida por tiempo indefinido.

Adicionalmente, y en todo lo no previsto por la Ley 4/1997, son de aplicación a las sociedades laborales las normas correspondientes a las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, según la forma que aquéllas adopten, así como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las sociedades laborales no son sociedades de base mutualista. A pesar de ello responden a una finalidad de promoción social, pretendiéndose a través de las mismas facilitar el acceso de los trabajadores de la empresa a la titularidad de su capital social ⁶.

Tanto su capital mínimo como su forma de constitución, su sistema de administración y los demás requisitos y características que afectan a estas entidades se rigen por lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que, como ya hemos indicado, son aplicables a aquéllas con las únicas especialidades que para estas sociedades establece la Ley de 24 de marzo de 1997.

⁵ Como es sabido, son varias las ventajas que la sociedad limitada ofrece frente a la anónima: la exigencia de un capital social mínimo de 3.005,06 euros; unas menores exigencias formales (sobre todo desde un punto de vista contable y fiscal); unos gastos de constitución y puesta en funcionamiento significativamente inferiores y un carácter marcadamente personalista. En este sentido afirma FAJARDO GARCÍA, G., «Reflexión en torno a la función social de la Sociedad Laboral y su régimen jurídico», en AA.VV. *Estudios Jurídicos sobre Economía Social*, Gobierno Vasco-Marcial Pons, 2002, pág. 195 que las razones que más pesaron en su momento en la decisión de optar por la forma de sociedad anónima en la primera regulación de la sociedad laboral fueron «(...) *Por una parte, la experiencia acumulada en las tres décadas anteriores en la calificación como sociedad laboral de antiguas sociedades anónimas en crisis, lo que era posible sin recurrir a las formalidades de la transformación de la sociedad; y por otra parte, la aceptada polivalencia funcional de la sociedad anónima*».

⁶ Si bien el propósito esencial del legislador en la Ley 4/1997 ha sido el de respetar los caracteres clásicos de la sociedad laboral, llama la atención que entre los fines sociales de ésta desaparezca la referencia expresa al salvamento de empresas en crisis, que fue el argumento más destacado en la Exposición de Motivos de la antigua Ley 15/1986. Ello tiene sin embargo una explicación: estadísticamente las sociedades laborales ya no nacen mayoritariamente de empresas en crisis, sino que constituyen una fórmula de autoempleo.

En las sociedades anónimas laborales el capital social ha de ser como mínimo de 60.101,21 euros, debiendo estar totalmente suscrito y desembolsado en el momento de la constitución al menos el 25 por 100 de cada acción. En cambio, en las sociedades limitadas laborales el capital mínimo asciende, como ya hemos indicado, a 3.005,06 euros, debiendo estar totalmente suscrito y desembolsado.

El **capital social** de toda sociedad laboral se halla dividido en acciones nominativas (no al portador) representadas por títulos individuales o múltiples numerados correlativamente y en los que se indica la clase a la que pertenecen, tratándose de sociedades anónimas laborales, y en participaciones sociales, si se trata de sociedades limitadas.

Debe aludirse en estas sociedades a la existencia de una **dualidad de acciones o participaciones**. En efecto, pueden existir dos clases de acciones o participaciones sociales: las de la «clase laboral», que identifican las pertenecientes a los trabajadores cuya relación laboral lo es por tiempo indefinido; y las restantes, que serán de la «clase general». Estas últimas no son susceptibles de definirse por su pertenencia a una persona que no sea trabajador estable de la sociedad, dado que éstos pueden ser titulares de acciones o participaciones de la clase general.

Si un trabajador con contrato de trabajo por tiempo indefinido adquiere acciones o participaciones sociales pertenecientes a la «clase general» tendrá derecho a exigir de la sociedad el cambio de clase de las mismas, con su correspondiente inclusión en la «clase laboral» si se cumplen las condiciones exigidas por la ley al respecto. El cambio de clase es competencia de los administradores, sin necesidad de acuerdo de la Junta General.

Por otra parte, debe tenerse presente que las acciones de la clase laboral nunca pueden ser privadas del derecho de voto. No será válida por tanto la creación de acciones de «clase laboral» sin derecho de voto.

Cabe destacar además la admisión expresa de las denominadas «acciones en cartera», siempre que se trate de acciones reservadas a los trabajadores y que el capital que representen no exceda del 10 por 100 del capital representado por el total de las acciones de esta clase. En nuestra opinión, esta medida contribuye a facilitar la transmisión directa de acciones a los trabajadores así como su reserva para este fin, sin tener que modificar el capital social de la entidad ⁷.

En toda transmisión voluntaria de acciones o participaciones de la clase laboral efectuada por su titular a una persona que no sea trabajador de la sociedad con contrato por tiempo indefinido se reconoce un derecho de adquisición preferente a favor de los siguientes sujetos y por el orden que se señala: trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido; trabajadores con contrato por tiempo indefinido que sean socios de la sociedad; socios titulares de acciones y participaciones de clase general (socios no trabajadores); trabajadores cuyo contrato no sea por tiempo indefinido y, finalmente, la propia sociedad ⁸.

⁷ La medida resulta además acertada en tanto en cuanto la Ley 2/1995 reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada prohíbe expresamente en su artículo 39 que la sociedad pueda asumir participaciones propias.

⁸ Tal y como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1997, «*el sistema restrictivo propuesto pretende, en primer lugar, el aumento del número de socios trabajadores en beneficio de los trabajadores no socios y, en segundo lugar, que no disminuya el número de trabajadores socios*».

¿Qué consideraciones nos sugiere este orden de prelación? Desde nuestro punto de vista, esta prelación en el ejercicio de los derechos de adquisición preferente hubiera favorecido mejor el acceso de los trabajadores a la condición de socios de la sociedad y, por ende, la propia laboralidad de aquella, si se hubiera reconocido el derecho de prelación a la sociedad antes que a los socios no trabajadores (aunque fuese para conservar en cartera las acciones en favor de su posterior colocación entre los trabajadores) y que a los demás trabajadores que no reúnen los requisitos para ser socios trabajadores. Porque no parece que con la prelación establecida puedan alcanzarse los objetivos a los que responde la Ley 4/1997, es decir, aumentar el número de socios trabajadores con nuevos trabajadores y evitar que disminuya el número de trabajadores socios.

Los administradores han de comunicar a cada colectivo la posibilidad de ejercer su opción de compra de los títulos, planteándose en última instancia la posibilidad de que la propia sociedad adquiera los títulos para integrar su autocartera, siempre y cuando ello se produzca dentro de los límites contemplados con carácter general para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Aquellas acciones sobre las que nadie ejercite el derecho de adquisición preferente podrán transferirse libremente.

La transmisión de las acciones o participaciones de la clase general a quien no ostente la condición de socio trabajador se halla igualmente sometida a estas limitaciones, comenzando en este caso el ofrecimiento por los socios trabajadores, a quienes se otorga preferencia sobre los trabajadores con contrato por tiempo indefinido. En cambio, la transmisión de las partes de capital de la clase laboral es libre cuando el adquirente resulta ser trabajador de la propia sociedad laboral contratado por tiempo indefinido que no tiene la condición de socio de la misma.

¿Hasta qué punto la citada medida es compatible con el principio rector de facilitar el acceso de los trabajadores a la condición de socio? Nos encontramos ante una cuestión sobre la que debería reflexionarse, máxime si tenemos en cuenta que la adquisición por un trabajador de una acción o participación de la clase general le convierte en socio, otorgándole además la posibilidad de solicitar la conversión en clase laboral de la misma.

A nuestro juicio, esta extensión de la restricción a las acciones de la clase general sirve para poner de manifiesto la escasa utilidad de la distinción de clases. Parecería más lógico prescindir de esta última y establecer por ejemplo la exigencia de que los socios trabajadores no puedan tener más del 49 por 100 de los votos de la sociedad.

Piénsese además que, a la luz del régimen vigente en el ámbito de la sociedad de responsabilidad limitada, el voto no tiene por qué ser proporcional al capital que se ostenta. En definitiva, podría resultar más conveniente que el legislador limitara el voto de los no trabajadores en lugar de limitar y condicionar su aportación al capital.

Para el ejercicio de este derecho de adquisición preferente el titular de las acciones o participaciones que pretenda llevar a cabo su transmisión debe comunicar al órgano de administración de la sociedad su propósito de venderlas, así como el número de acciones y participaciones que pretende transmitir, su precio y las demás condiciones de la transmisión. Tan sólo en el caso de que la

transmisión fuese a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito el precio podría ser fijado de común acuerdo por las partes o, en su defecto, por el valor real de las acciones y participaciones.

La transmisión se producirá a título de compraventa, donde el valor de adquisición no tiene por qué coincidir con el valor real. Ello contrasta con lo manifestado en su momento por la Exposición de Motivos de la Ley 4/1997, en la que se afirmaba que *«El valor de las acciones en caso de adquisición preferente ha de ser, si hay discrepancia, el valor real, valor que será fijado por el auditor de la sociedad»*.

Una vez recibida la notificación, y dentro de los 15 días siguientes a su recepción, el órgano de administración de la sociedad comunicará la transmisión al primer grupo de personas con derecho de adquisición preferente, esto es, a los trabajadores no socios con contrato indefinido. Y en el supuesto de que éstos no ejercitasen el derecho de adquisición el citado órgano procedería a notificar al segundo grupo, y así sucesivamente hasta agotar todas las personas con derecho de adquisición.

Tanto los trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido como los trabajadores con contrato por tiempo indefinido que son socios de la sociedad disponen de un plazo de un mes desde la notificación para ejercer el derecho de adquisición preferente. Por el contrario, los socios titulares de acciones y participaciones de clase general (socios no trabajadores) y los trabajadores cuyo contrato no es por tiempo indefinido disponen de un plazo de 15 días. En cuanto a la sociedad, podrá adquirirlas en el plazo de un mes contado desde el día en que hubiera finalizado el plazo concedido al cuarto grupo para adquirirlas.

Puede suceder que sean varias las personas que pretendan adquirir las participaciones. En este caso se distribuirían entre todas ellas por igual. Y una vez transcurridos seis meses desde que el titular de las acciones o participaciones hubiese efectuado la correspondiente notificación al órgano de administración de la sociedad sin que nadie ejercitase el derecho de adquisición preferente, podrían transmitirse libremente las acciones o participaciones a cualquier persona. En todo caso, no procediendo el titular a la transmisión en los cuatro meses siguientes, deben comenzar nuevamente todos los trámites indicados.

La sociedad se encuentra obligada a notificar al Registro de Sociedades Laborales la transmisión de las acciones o participaciones sociales mediante la presentación ante el mismo de una certificación del Libro registro de acciones nominativas o del Libro de socios. No obstante, la ley permite incluir en los estatutos de estas sociedades laborales cláusulas que prohíban totalmente la transmisión *inter vivos* de acciones y participaciones sociales, siempre que se reconozca al mismo tiempo a los socios el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. La inclusión de tales cláusulas en los estatutos requiere el consentimiento de la totalidad de los socios.

Los estatutos de estas sociedades pueden contener también una prohibición de transmisión *inter vivos* de acciones y participaciones y una prohibición de separación de los socios durante un período máximo de 5 años contados desde la constitución de la sociedad o, en su caso, desde el otor-

gamiento de la escritura de ejecución de un aumento de capital. Sin lugar a dudas, la finalidad de estas cláusulas no es otra que la de incrementar la cohesión en torno a la empresa que da forma a la sociedad laboral.

La transmisión *mortis causa* de las acciones o participaciones de la sociedad conferirá al heredero la condición de socio. A pesar de ello, en caso de muerte del socio trabajador los estatutos sociales pueden reconocer un derecho de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones de clase laboral por el procedimiento previsto para la transmisión *inter vivos*. Este derecho de adquisición preferente no podrá sin embargo ejercitarse si el heredero o legatario tuviese la consideración de trabajador de la sociedad con contrato por tiempo indefinido.

Al margen de las reservas legales o estatutarias que procedan, las sociedades laborales se hallan obligadas a constituir un Fondo Especial de Reserva de carácter irrepartible dotado con el 10 por 100 del beneficio líquido de cada ejercicio, el cual sólo puede destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para cubrir dicha pérdida. La falta de dotación de este Fondo, su dotación insuficiente o su aplicación indebida originan la pérdida de la calificación de sociedad laboral.

El hecho de que el citado Fondo tenga un carácter irrepartible supone que si un determinado socio causa baja no tendrá derecho al reembolso de parte del mismo, el cual tampoco podrá servir para incrementar la cifra de capital. Su función se limita pues a cubrir pérdidas. No obstante, estos Fondos suelen distribuirse en el momento de la liquidación de la entidad entre los que hayan sido sus socios en los últimos años.

¿Qué función está llamado a cumplir el Fondo de Reserva? A juicio de VALPUESTA GASTAMINZA y BARBERENA BELZUNCE⁹, la razón de ser de este Fondo responde a un deseo del legislador de reforzar la solvencia de la sociedad laboral. Estamos de acuerdo con esta consideración. Deben reforzarse las garantías de solvencia de esta modalidad societaria en relación con las sociedades mercantiles. Si el Fondo de Reserva no contribuyese a facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, su existencia carecería de sentido.

Tienen la consideración de **socios trabajadores** de la sociedad laboral aquellos trabajadores que prestan en la sociedad sus servicios retribuidos de forma directa y personal con una relación laboral por tiempo indefinido, siendo al mismo tiempo propietarios de acciones de «clase laboral», las cuales en su conjunto han de suponer la mayoría del capital social.

A través de esta posición mayoritaria en el capital social los aportantes del factor trabajo a la actividad económica que constituye el objeto de la sociedad se desplazan a la posición del titular societario de la empresa que crean. Y son por tanto los trabajadores, convertidos en socios del ente que crean, los encargados de fijar la política de la empresa.

⁹ VALPUESTA GASTAMINZA y BARBERENA BELZUNCE, *Las Sociedades Laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*, Aranzadi, 1998, pág. 187. En esta misma línea se pronuncia DE LUCAS Y CADENAS, J., *Comunidades de Bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*, II, Colegios Notariales de España, 1996, pág. 1.403.

En cambio, los **socios no trabajadores o capitalistas** son aquellos propietarios de acciones de la clase general que carecen de relación laboral con la sociedad, pudiendo serlo tanto las personas físicas como las jurídicas, públicas o privadas.

De un tiempo a esta parte se ha evidenciado dentro del ámbito de estas sociedades un progresivo aumento del peso de los socios capitalistas en la estructura de capital de las mismas, lo que nos lleva a pensar que, a medida que se reduce el tamaño de la sociedad, aumenta el peso de los socios capitalistas. La condición de microempresas que presentan estas entidades origina además una escasa profesionalización de la dirección, que suele ser asumida por los propios socios trabajadores, recurriéndose a la subcontratación en aquellos asuntos más técnicos para los que no se consideran preparados.

En este sentido, cabe plantearse si la relación existente en una sociedad laboral entre ésta y el socio trabajador encaja *prima facie* dentro del esquema típico de la relación laboral. Considera LLOBREGAT¹⁰ que la respuesta a dicha cuestión ha de ser negativa, subrayando la autora que los mismos argumentos desarrollados por la jurisprudencia en relación con las cooperativas de trabajo asociado para excluir el carácter laboral de la relación con sus socios pueden aplicarse a las relaciones entre las sociedades anónimas laborales y sus socios. Desde nuestro punto de vista sin embargo, no debe haber duda de alguna de que la relación entre el socio trabajador y la sociedad laboral es de esta naturaleza¹¹.

El número mínimo de socios para la constitución de una sociedad anónima laboral o de una sociedad limitada laboral es de tres. Los socios sólo responden de las deudas sociales hasta el límite de sus aportaciones. Y ningún socio puede poseer acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social salvo las entidades públicas, que pueden alcanzar el 49 por 100. En caso contrario tendría lugar la pérdida de la condición de sociedad laboral. Ahora bien, si la sociedad estuviese participada por el Estado, Comunidades Autónomas, Entidades locales, Sociedades públicas participadas por cualquiera de las citadas instituciones, Asociaciones o Entidades sin ánimo de lucro, la participación en el capital social no podría superar el 50 por 100.

Si admitimos que el objetivo de esta medida no es otro que evitar que un socio tenga el control de la sociedad deberemos plantearnos en qué medida el establecer límites a la aportación de capital contribuye a garantizar dicho fin, al menos por lo que respecta a las sociedades de responsabilidad limitada. Porque si bien en la sociedad anónima el límite podría llegar a cumplir la citada finalidad (la ley admite las acciones sin voto si bien éstas no son factibles en una sociedad anónima laboral), en la sociedad de responsabilidad limitada la situación es bien distinta, al permitirse asignar los votos sin atender a proporcionalidad alguna con el capital social del que se pueda ser titular.

¹⁰ LLOBREGAT, M.^a L., «Reflexiones sobre el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas Laborales y las Cooperativas de Trabajo Asociado», en *Revista CIRIEC, Legislación y Jurisprudencia*, n.º 8, octubre 1996, pág. 137.

¹¹ En este mismo sentido se pronuncian, entre otros autores, LUJÁN ALCARÁZ, J., «Las Sociedades Laborales: aspectos laborales y de Seguridad Social», en AA.VV. *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)*, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 153 y 171, MERCADER UGINA-PORTELLANO DIEZ, «La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial», en *Relaciones Laborales*, 1997, tomo I, pág. 1164 y VALPUERTA GASTAMINZA y BARBERENA BELZUNCE, *Las Sociedades Laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*, Aranzadi, 1998, págs. 245 y ss.

Dada la referida imposibilidad de que ningún socio posea más de un tercio del capital social, se suele producir en estas entidades un importante aporte de capital familiar. Es precisamente por ello por lo que la Seguridad Social interpreta que no pueden encuadrarse en su Régimen General los socios trabajadores de una sociedad laboral que posean relación familiar hasta el segundo grado, existiendo convivencia y siempre que sus participaciones sumen un 50 por 100 o más. En tal caso habrían de acogerse al Régimen de Autónomos.

La mayoría del capital social debe estar en manos de trabajadores que presten sus servicios de forma personal y directa para la sociedad y que tengan una relación laboral indefinida ¹². En caso contrario se estaría atentando contra uno de los principios configuradores de la sociedad laboral, como es el principio de efectivo control de la sociedad por los socios que a la vez tengan la condición de trabajadores por tiempo indefinido de la misma. Esta circunstancia lleva aparejada además el que otra parte del capital social, minoritaria a efectos de control, pueda quedar en poder de terceros no vinculados a la sociedad por una relación laboral contractual de carácter personal e indefinido.

A nuestro juicio, las principales razones que desincentivan la existencia de socios capitalistas en las sociedades laborales pueden reducirse a dos. En primer lugar, la falta de liquidez del mercado secundario o mercado de negociación de los títulos ya existentes. Y en segundo término, la posibilidad de que los socios trabajadores puedan optar por una doble vía como contraprestación a su participación laboral y financiera en la empresa.

Toda ampliación de capital que se proyecte deberá respetar la proporción existente entre las distintas clases de acciones, teniendo preferencia para la suscripción los titulares de aquellas acciones o participaciones pertenecientes a la clase de que se trate.

Como es sabido en las sociedades laborales pueden existir, sin ser socios, trabajadores asalariados por tiempo indefinido que no tengan suscritas y desembolsadas acciones o participaciones sociales de la sociedad. La relación socios-resto de trabajadores indefinidos adquiere así una especial trascendencia en la configuración de la sociedad laboral.

Y es que para mantener la condición de «sociedad laboral» así como para determinar el número máximo de trabajadores asalariados fijos es necesario que el número de horas-año trabajadas por estos trabajadores indefinidos no socios no resulte ser superior al 15 por 100 del total de horas-año trabajadas por los socios-trabajadores. Así, en el supuesto de que la sociedad emplease a menos de 25 trabajadores dicho porcentaje no podría ser superior al 25 por 100 del total de horas-año realizadas por los socios trabajadores.

Tal y como pone de manifiesto VÉRGEZ SÁNCHEZ ¹³, lo que se establece no es sino una relación de equilibrio en la dedicación al trabajo de los trabajadores por tiempo indefinido que no sean también socios de la sociedad con la finalidad de objetivar la realización efectiva de la promoción de los trabajadores a la titularidad del capital de la empresa.

¹² Por tanto, desde la promulgación de la vigente Ley 4/1997 pueden existir sociedades laborales con solamente tres socios, de los cuales dos deberán ser necesariamente trabajadores.

¹³ VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., en AA.VV. (Dir.: A. MENÉNDEZ) *Lecciones de Derecho Mercantil*, Civitas, 2003, pág. 470.

Obsérvese que la ley limita la presencia de trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido sin hacer referencia a su dedicación completa o parcial. Esta circunstancia incide además en la forma de fijar el límite, ya que no se hace referencia al número de trabajadores sino al porcentaje de horas año trabajadas por este colectivo.

Para el cálculo de ambos porcentajes no son tomados en cuenta los trabajadores con contrato de duración determinada. Aquellas sociedades que sobrepasen los límites anteriormente mencionados quedan obligadas a ajustarse a dichos porcentajes en el plazo máximo de tres años, reduciendo cada año al menos una tercera parte del porcentaje en el que se exceda o supere el máximo legal. Y procederá la pérdida de la condición de sociedad laboral cuando durante su funcionamiento ésta exceda los límites legalmente impuestos de contratación de trabajadores asalariados antes mencionados.

La terminación, por cualquier causa, de la relación laboral existente entre la sociedad y un socio trabajador obliga a éste a ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones a los demás socios. Tiene lugar así la extinción de la condición de trabajador del socio. No obstante, si nadie ejerce su derecho de adquisición, aquél conservaría su cualidad de socio de clase general.

Las relaciones existentes entre los diferentes colectivos integrantes de la organización interna de toda sociedad laboral quedan reflejadas en una estructura de carácter análogo a la existente para cualquier sociedad anónima o de responsabilidad limitada.

Dos son los **órganos de gobierno** de las sociedades laborales. En primer lugar, la Junta General de accionistas, máximo órgano decisorio de la sociedad y en el que se reúnen todos los accionistas para dilucidar los diversos temas relacionados con la misma.

La Junta General podrá ser ordinaria, que se reunirá una vez al año dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio para la aprobación de cuentas, reparto de beneficios, elección de cargos, etc.; extraordinaria, si se reúne a petición del Consejo de Administración o cuando lo solicite un número de socios que represente, al menos, el 5 por 100 del capital social; y universal, en la que debe reunirse la totalidad de los socios que decidan constituirse en Junta.

Los acuerdos adoptados en la Junta son vinculantes para todos los socios, aunque no hubiesen asistido en el momento de su celebración. Por otra parte, el carácter laboral carece de relevancia alguna en el funcionamiento de este órgano deliberante. Tan sólo cabe reseñar la prohibición expresa establecida en la Ley de Sociedades Laborales de que existan acciones de la clase laboral privadas del derecho de voto.

La asistencia a las Juntas adquiere en estas entidades, si cabe, una mayor relevancia debido a la composición de accionariado. Y lo mismo sucede con la representación en las mismas. Piénsese que en aquellas sociedades en las que el capital se halle muy repartido y la participación de los trabajadores se aproxime al 51 por 100, la inasistencia de estos últimos podría ocasionar que en las decisiones adoptadas primen los intereses del capital sobre los del trabajo, perdiéndose así buena parte de la esencia de esta figura societaria.

Como segundo órgano de gobierno de la sociedad laboral se sitúa el Consejo de Administración, órgano encargado de la gestión de la sociedad elegido por la Junta General de accionistas, y que puede ser unipersonal o pluripersonal. Habrá Consejo de Administración cuando la administración de la sociedad se confíe conjuntamente a más de dos personas. No obstante, en aquellas sociedades laborales de reducidas dimensiones en las que el capital pertenece íntegramente a trabajadores o que son de capital familiar, suele adoptarse la figura del administrador único, debido a su mayor flexibilidad.

Siendo varios los administradores de la sociedad éstos pueden ejercitar su función solidaria o conjuntamente, con capacidad para ejercer sus facultades individualmente o sin ella. Cabe advertir en los últimos años la existencia de considerables variaciones en el régimen de responsabilidad de los administradores, estableciéndose una responsabilidad mucho más amplia y tendiendo a profesionalizarse la figura del administrador ¹⁴.

Estando la sociedad administrada por un Consejo de Administración, en el caso de que existan dos clases de socios, el nombramiento de los Consejeros deberá ser proporcional a esa dualidad. En cambio, si sólo hubiera acciones de clase laboral, aquéllos resultarían elegidos por el sistema mayoritario. Es ésta una variante importante en relación con lo establecido en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Por lo que respecta a la **constitución** de la sociedad, deben seguirse los mismos trámites que caracterizan la creación de una sociedad limitada o anónima, si bien antes de presentar la escritura en el Registro Mercantil es preciso que sea el órgano competente de cada Comunidad Autónoma (normalmente el Servicio de Economía Social de la correspondiente Dirección General de Trabajo) el que efectúe la calificación de laboral ¹⁵.

La obtención de la calificación de «sociedad laboral» así como la consiguiente inscripción en el Registro Administrativo de Sociedades Laborales demandan necesariamente que a la solicitud se acompañe una copia autorizada y una copia simple de la escritura de constitución en la que conste expresamente la voluntad de los otorgantes de fundar la sociedad.

Ha de advertirse que la calificación como laboral de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada puede solicitarse tanto si éstas son de nueva constitución como si resultan ser sociedades ya constituidas, estimándose en este caso que no existe transformación con el objetivo de facilitar la formación de esta clase de entidades.

Cabe pues la posibilidad de que se solicite la calificación de una sociedad preexistente. En este caso, a la solicitud debe acompañarse copia autorizada de la escritura de constitución y, en su caso,

¹⁴ Esta inclusión de profesionales puede resultar ciertamente positiva para aquellas sociedades laborales de mediano tamaño en las que se pone de manifiesto un inadecuado funcionamiento del órgano de administración, a consecuencia sobre todo de la carencia del grado de experiencia y conocimientos técnicos precisos para ejercer esta delicada función.

¹⁵ Existe un Registro de Sociedades Laborales en la Dirección General de Fomento de la Economía Social y del Fondo Social Europeo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, así como en aquellas Comunidades Autónomas que han recibido los correspondientes traspasos de funciones y servicios.

de las de modificación de sus estatutos previos al acuerdo de solicitud de calificación como sociedad laboral debidamente inscrita en el Registro Mercantil, junto con una copia simple de la misma, una certificación literal del mismo Registro de sus asientos vigentes y sendas certificaciones expedidas por las personas legitimadas para ello del acuerdo de la Junta General favorable a la calificación de sociedad laboral y de la titularidad del capital resultante del Libro de registro de acciones nominativas o de socios correspondiente.

Ahora bien, en los supuestos de sociedades preexistentes, no resulta posible otorgar la calificación de sociedad laboral en tanto en cuanto no se aporte una copia autorizada y una copia simple de la escritura por la que se eleve a público el acuerdo de la Junta General y las modificaciones de los estatutos que fueran precisas para adaptarse a las exigencias de la Ley de Sociedades Laborales.

Varios son los **requisitos y trámites para que la Sociedad Laboral quede reconocida legalmente**. En primer lugar, debe procederse a la elaboración de sus estatutos. A continuación, ha de tener lugar la solicitud de su calificación, inscripción y certificación como sociedad laboral en el Registro Administrativo de Sociedades Laborales. A este Registro Administrativo de Sociedades Laborales, regulado mediante Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, y dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales le corresponden, además, las funciones de calificación y registro administrativo de aquellas sociedades laborales domiciliadas en Comunidades Autónomas que no tengan transferida la competencia en dicha materia, así como la ordenación y coordinación de los datos que reciba de los Registros Administrativos de las Comunidades Autónomas sobre inscripciones practicadas, modificaciones de sus estatutos y su transformación, disolución, liquidación y descalificación cuando lo soliciten ¹⁶.

Una vez realizada la inscripción, la Dirección General de Fomento de la Economía Social y del Fondo Social Europeo o el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma notifica a la sociedad la resolución por la que es calificada como sociedad laboral, devolviendo a ésta la copia autorizada de su escritura y remitiendo a la misma un certificado de dicha calificación e inscripción en el correspondiente Registro Administrativo.

En la denominación de la sociedad debe figurar necesariamente la indicación de «Sociedad Anónima Laboral» o «Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral» o sus abreviaturas S.A.L. o S.L.L., según proceda. Esta denominación de laboral ha de hacerse constar además en toda la documentación de la sociedad, así como en su correspondencia, notas de pedido, facturas y en los anuncios que deba publicar por Lley o por disposición estatutaria. La sociedad deberá obtener un certificado del Registro Mercantil Central acreditativo de no existir ninguna sociedad con una denominación o razón social idéntica.

Ha de procederse al otorgamiento de la correspondiente escritura pública así como a la protocolización de los estatutos ante notario, siendo preciso presentar al efecto la referida certificación del

¹⁶ Así, por ejemplo, para poder inscribir en el Registro Mercantil modificaciones de los estatutos que afecten a la composición del capital o al domicilio social será necesario obtener con carácter previo la oportuna certificación del Registro de Sociedades Laborales.

Registro Mercantil Central que acredite la no existencia de otra sociedad con la misma denominación. Esta certificación tiene una validez de dos meses a contar desde la fecha de su expedición. Asimismo, ha de aportarse certificado bancario en que conste el depósito a nombre de la sociedad de, al menos, el 25 por 100 del capital que se decida suscribir por los socios en las sociedades anónimas laborales. No obstante, en las sociedades limitadas laborales el certificado bancario debe ser del 100 por 100 del capital.

Las sociedades anónimas y limitadas laborales se inscriben, como cualquier otra sociedad, en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio social. A la hora de efectuar la correspondiente inscripción ha de adjuntarse a la escritura una copia de la calificación de la sociedad como laboral, calificación esta que debe figurar, mediante nota marginal, en la hoja abierta a la sociedad en el citado Registro. Para ello ha de aportarse la certificación del Registro Administrativo correspondiente en la que conste que aquella ha sido calificada como tal e inscrita en dicho Registro.

Si bien desde su inscripción en el Registro Mercantil la sociedad laboral adquiere personalidad jurídica propia, son necesarios diversos trámites para que aquella comience a funcionar efectivamente. Así, por ejemplo, debe procederse a la legalización de los libros oficiales en el Registro Mercantil. Ha de comunicarse la apertura del centro de trabajo a la correspondiente autoridad laboral en el Área o Dependencia Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de que se trate. Y deben adquirirse y sellarse los libros de matrículas y visitas en la citada Área o Dependencia Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales, procediéndose además a tramitar el alta de la sociedad laboral como empresa en la Seguridad Social y la afiliación de los socios y trabajadores a aquella con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios.

Por otra parte, la sociedad deberá proceder a la inscripción de patentes, modelos, diseños industriales, marcas y rótulos en el Registro de la Propiedad Industrial, así como a la inscripción de los inmuebles que hubiesen sido aportados en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria.

II. EL LLAMADO «RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL» DE LAS SOCIEDADES LABORALES

1. Consideraciones previas.

Como es sabido, las sociedades laborales disfrutan de un régimen fiscal específico establecido en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, sobre Sociedades Laborales. Esta ley destina su Capítulo II a regular el régimen tributario de las mismas, atribuyendo a este tipo de sociedades un conjunto de beneficios fiscales fundamentados en la finalidad social y económica que preside la creación de estas sociedades.

No obstante, y como bien señala DE LA PEÑA VELASCO ¹⁷, basta un mero examen del contenido de dicho Capítulo de la Ley 4/1997 para constatar que el mismo no contiene un auténtico régimen tributario de estas sociedades y, lo que es más importante, que no todos los preceptos configurados en dicho Capítulo son de carácter tributario.

En efecto, de los tres artículos que integran el Capítulo II de la ley (arts. 19, 20 y 21), tan sólo el primero de ellos (art. 19) regula en sentido estricto determinados beneficios fiscales, los cuales se hallan además limitados a un único impuesto, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD).

En cuanto al segundo precepto (art. 20), se limita únicamente a fijar los requisitos necesarios para el disfrute de tales beneficios. Finalmente el artículo 21 de la Ley 4/1997 alude al régimen de afiliación a la Seguridad Social de los socios trabajadores, cuestión esta última que no mantiene ninguna conexión con la materia tributaria. A estos preceptos habría que añadir lo establecido en la disposición transitoria 3.^a y en la disposición adicional 4.^a de la ley, que posteriormente serán analizadas.

Coincidimos con DE LA HUCHA CELADOR ¹⁸ en que, por lo que respecta al artículo 21, la inserción dentro de un capítulo dedicado al régimen tributario de un precepto que regula cuestiones estrictamente laborales representa una incorrección técnica del legislador. Y es que el citado precepto nada tiene que ver con los beneficios tributarios, a menos que se considere que el incumplimiento de este requisito relativo a la afiliación de los socios trabajadores a alguno de los regímenes de la Seguridad Social determina la pérdida de la calificación de «sociedad laboral» y, en consecuencia, el incumplimiento de uno de los requisitos dispuestos por el legislador para gozar de los beneficios tributarios.

En suma, no parece posible aludir a la existencia de un verdadero régimen tributario al respecto, dada la ausencia de preceptos que contemplen la eventual incidencia en las sociedades laborales o en sus socios de los principales impuestos que integran nuestro sistema tributario y que regulen todas aquellas particularidades que este tipo de entidades pueden llegar a plantear en los distintos impuestos, ya sean directos (sobre la renta o el patrimonio) o indirectos (sobre el consumo o el tráfico de bienes).

2. Requisitos necesarios para la aplicación del régimen fiscal especial a las sociedades laborales.

Tras la regulación de las sociedades laborales instaurada por la Ley 4/1997, son varios los requisitos legalmente exigidos para proceder a la aplicación de los beneficios fiscales contemplados

¹⁷ DE LA PEÑA VELASCO, G., «Régimen tributario de las Sociedades Laborales», en AA.VV. *Régimen Jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)*, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 176.

¹⁸ DE LA HUCHA CELADOR, F., «Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales», en AA.VV. *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles, Tomo XV, Sociedades Laborales*, Civitas, 2000, pág. 323.

en el Capítulo II de la Ley 4/1997. En primer lugar, es necesario que la sociedad laboral se halle inscrita y calificada en el Registro oficial correspondiente ¹⁹. Debe disfrutar por tanto de la calificación de «sociedad laboral», cumpliendo las restantes condiciones establecidas en la ley reguladora.

Y, en segundo término, la sociedad ha de destinar al Fondo Especial de Reserva durante los ejercicios en los que se disfrute del régimen fiscal especial (y lógicamente en el ejercicio en el que se produzca el hecho imponible) el 25 por 100 de los beneficios líquidos de dicho ejercicio ²⁰.

Obsérvese por tanto como no basta con cumplir los requisitos generales necesarios para obtener la calificación de sociedad laboral, sino que además debe destinarse el referido porcentaje al Fondo Especial de Reserva. Ambos requisitos deben mantenerse además en todo momento.

A la luz de esta regulación quedó suprimido el carácter rogado y por duración limitada del disfrute de las exenciones o bonificaciones contemplado en el anterior régimen legal de 1986, en base al cual los beneficios tributarios debían ser concedidos por el Ministerio de Economía y Hacienda por un período de cinco años prorrogables por igual plazo y contados desde la fecha de escritura pública de constitución de la sociedad, de transformación de otra sociedad en sociedad anónima laboral o de adaptación de ésta.

En la actualidad por tanto, y tras la derogación de la antigua Ley 15/1986, de 25 de abril, así como del Real Decreto 2696/1986, el disfrute de este régimen especial no se halla condicionado a ninguna solicitud ni a ningún acto administrativo de reconocimiento previo por parte de la Administración Tributaria. Basta con la concurrencia de los requisitos legalmente previstos. Sin lugar a dudas, se trata de un cambio acertado.

Por lo que respecta a la duración de los beneficios cabe precisar que la vigente regulación no establece ninguna limitación temporal en orden a su disfrute, por lo que desaparece, lógicamente, la limitación de su duración a cinco años contenida en el artículo 20.3 de la antigua Ley 15/1986, así como la posibilidad anteriormente prevista de solicitar la prórroga de este tipo de beneficios. Téngase en cuenta además a este respecto que la Ley 58/2003, de 27 de diciembre, General Tributaria, omite cualquier referencia a la temporalidad de los beneficios fiscales.

Poco podemos añadir en relación con el primero de los requisitos exigidos (tener la calificación de Sociedad Laboral), el cual ya estaba contemplado en la normativa de 1986. Se trata de una mera tautología. Y es que resulta obvio que para que una entidad pueda disfrutar de aquellas ventajas fiscales que concede la Ley de Sociedades Laborales deba tratarse de una sociedad laboral.

¹⁹ Recuérdese que las condiciones y requisitos para el registro de estas sociedades laborales en el Registro administrativo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales quedan recogidas en el Real Decreto 2114/1998.

²⁰ Tal y como ya hemos precisado, las sociedades laborales se hallan obligadas a constituir un Fondo Especial de Reserva que se ha de dotar con un mínimo del 10 por 100 del beneficio líquido de cada ejercicio, pudiendo únicamente destinarse dicho Fondo a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin. Además de este Fondo las sociedades laborales destinarán a las reservas legales o estatutarias las cantidades que en ellas se estipule. En consecuencia, el 25 por 100 sólo es necesario para poder acogerse a los beneficios tributarios.

Ahora bien, si ponemos en relación este artículo 20 de la Ley de Sociedades Laborales de 1997 con el artículo 4 de la misma parece que el requisito del artículo 20.A) sólo podría entenderse en el sentido de que la sociedad disfrutará de los beneficios fiscales a partir del momento en que obtenga la calificación administrativa de sociedad laboral, aunque todavía no figure inscrita en el Registro Mercantil. Y es que, si bien el artículo 4.2 de la Ley de Sociedades Laborales regula el Registro Administrativo de Sociedades Laborales y su coordinación con el Registro Mercantil al vincular el reconocimiento de personalidad jurídica a la inscripción en este último, dispone igualmente que para que la sociedad se califique como laboral mediante nota marginal debe acompañarse el certificado pertinente expedido por el Ministerio de Trabajo o por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

Hemos de aclarar que no nos estamos refiriendo al hecho de que no se haya producido la inscripción de la sociedad como tal en el Registro Mercantil, dado que en este caso no gozaría de personalidad jurídica y ni siquiera podría ser sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades ni de cualquiera de las modalidades impositivas que integran el ITP y AJD. A lo que aludimos es a que no conste en dicho Registro la nota marginal declarándola como tal, a pesar de que ya se disponga de la calificación administrativa.

Piénsese que una sociedad que se encuentra inscrita en el Registro Mercantil y que ha obtenido la calificación de sociedad laboral en virtud del artículo 2 de la Ley de Sociedades Laborales, a pesar de que no conste todavía en aquél su carácter laboral de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4.2, cumpliría con este primer requisito, pudiendo en consecuencia (y siempre que cumpla la segunda exigencia relativa al porcentaje del Fondo Especial de Reserva), acogerse a los beneficios tributarios legalmente establecidos.

En cuanto a la necesidad de destinar al Fondo especial de reserva el 25 por 100 de los beneficios líquidos en el ejercicio en que se produzca el hecho imponible ²¹, destaca en primer lugar la reducción experimentada por el porcentaje de dotación de la reserva exigido para disfrutar del régimen fiscal especial en relación con el establecido por la regulación anterior (el 50%), flexibilizándose este requisito.

Aun así dicho porcentaje continúa siendo superior al previsto para obtener la calificación e inscripción como sociedad laboral. Por otra parte, estimamos que dicho porcentaje resulta excesivo, en la medida en que estas entidades deben constituir además la reserva legal exigida por la ley mercantil.

Puesto que dicha reserva es indisponible (salvo si, de conformidad con lo dispuesto por el art. 14.2 de la ley, se destina a compensación de pérdidas en aquellos casos en que no existan reservas suficientes para tal fin), todo destino que se diese a la misma distinto del señalado en el citado precepto originaría la pérdida automática por parte de la sociedad del derecho al disfrute de la exención o bonificación correspondiente, debiendo presentar necesariamente una declaración complementaria con el abono de los intereses de demora oportunos.

²¹ Por beneficios líquidos hemos de entender los resultantes después del pago del Impuesto de Sociedades y antes del abono de los dividendos, esto es, el resultado contable.

La pérdida de la calificación obtenida por la sociedad cuando el capital social deje de pertenecer en su mayoría a los trabajadores que prestan en ella servicios retribuidos de forma personal y directa en una relación laboral constituida por tiempo indefinido, o cuando se supere el número de horas-año correspondientes a los trabajadores no socios en relación con las efectuadas por los socios trabajadores sin haber obtenido la autorización correspondiente, determinará la imposibilidad de continuar disfrutando del conjunto de los beneficios fiscales.

También el hecho de que se superen los porcentajes máximos atribuidos a cada socio por el apartado 3 del artículo 5 de la ley sin que esta situación se restablezca en el plazo máximo de un año, junto con la falta de dotación, la dotación insuficiente o la aplicación indebida del Fondo Especial de Reserva, constituyen causas legales que pueden dar lugar a la pérdida de la condición de sociedad laboral, quedando la misma imposibilitada para continuar gozando de los citados beneficios fiscales.

Una vez verificada la concurrencia de cualquiera de estas circunstancias, y cumplidos los plazos previstos para la subsanación de la misma, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o, en su caso, el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma, habrá de requerir a la sociedad para que restablezca la situación en un plazo no superior a seis meses, transcurrido el cual, sin que la circunstancia en cuestión se hubiera eliminado, procedería la descalificación de aquella como sociedad laboral, con la consiguiente baja en el Registro.

La pérdida del régimen fiscal especial se producirá cuando no se cumplan los requisitos y condiciones anteriormente señalados. Ahora bien, dicha pérdida quedará limitada al ejercicio en que tenga lugar el incumplimiento, surtiendo sus efectos desde el comienzo del mismo.

¿Se exigen los citados requisitos para poder disfrutar de cualquier clase de beneficios fiscales o únicamente de los contemplados en la Ley de Sociedades Laborales de 1997? Es ésta una cuestión no exenta de cierta trascendencia. Piénsese por ejemplo que los beneficios e incentivos de las sociedades laborales no se circunscriben exclusivamente al ámbito estricto del ITP y AJD (cuyas modalidades impositivas son las únicas a las que se refiere la LSL), sino que también pueden ser objeto de diversas bonificaciones fiscales contempladas en el Impuesto sobre Sociedades.

Tal y como ha señalado DE LA HUCHA CELADOR ²², el problema no se plantea tanto en relación con el primero de los requisitos [la calificación de la sociedad como laboral es necesaria por ejemplo para acogerse a la libertad de amortización del art. 11.1 a) del RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades] como respecto del segundo de los condicionantes. Así, una sociedad laboral que destine al Fondo Especial de Reserva un porcentaje inferior al 25 por 100 de sus beneficios líquidos, ¿puede gozar del beneficio de la libertad de amortización recogido en el Real Decreto Legislativo 4/2004? ²³

²² DE LA HUCHA CELADOR, F., «Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales», ob. cit., pág. 349.

²³ Es ésta una cuestión que no se planteaba en la regulación anterior, ya que la Ley de 1986 (art. 20) integraba en la normativa mercantil los beneficios fiscales de las sociedades anónimas laborales. Por el contrario, lo que la antigua Ley 43/1995 hizo fue atraer a la normativa tributaria los beneficios fiscales reconocidos a las sociedades anónimas laborales, promoviendo la derogación de los preceptos afectados de la Ley de 1986.

Tomando como punto de partida la regulación normativa establecida en la Ley de Sociedades Laborales y en el Real Decreto Legislativo 4/2004, parecen existir argumentos a favor y en contra para poder extender los requisitos contemplados en el artículo 20 de la Ley de Sociedades Laborales a los beneficios fiscales de cualquier tributo, y no sólo a los expresamente mencionados en el artículo 19.

Uno de los principales argumentos a favor se centra en el hecho de que el encabezamiento del artículo 20 no limita objetivamente los beneficios tributarios en la propia Ley de Sociedades Laborales ni hace alusión alguna a que los requisitos tengan que proyectarse exclusivamente sobre los incentivos contemplados en el precedente artículo de la Ley de Sociedades Laborales. Es más, incluso la referencia del artículo 20.B) al *«ejercicio en que se produzca el hecho imponible»* podría dar pie a considerar que el legislador está pensando en proyectar el requisito sobre cualquier impuesto (por ejemplo, aquellos de carácter periódico, caso del IS), y no sólo los impuestos instantáneos que integran el ITP y AJD.

Pero también existen importantes razones para oponerse a la citada pretensión. Como se recordará, la antigua Ley de Sociedades Laborales de 1986 conectaba el disfrute de la libertad de amortización con el cumplimiento del requisito de la dotación al Fondo de Reserva. En cambio, la Ley 43/1995 vino a derogar expresamente los apartados 2.º y 3.º del artículo 20 de la Ley de 1986, incorporando la citada libertad de amortización en su artículo 11.1 a) y exigiendo únicamente que se tratase de sociedades anónimas laborales, sin aludir a requisito mercantil alguno. Finalmente, la Ley de 1997 omite toda referencia al Impuesto sobre Sociedades, aludiendo exclusivamente al ITP y AJD.

A la luz de esta evolución normativa podríamos concluir que basta con el hecho de que la sociedad sea laboral para que pueda disfrutar de los beneficios fiscales reconocidos en el Impuesto sobre Sociedades. En cambio, si se quisiera gozar de los incentivos fiscales establecidos en el ámbito del ITP y AJD, sería necesario además que aquella cumpliera con el requisito del artículo 20.B) de la Ley de Sociedades Laborales. Y es que la antigua Ley 43/1995 se remitía a la normativa mercantil únicamente a la hora de aludir a la calificación de la sociedad como laboral. Pero una vez verificado dicho requisito no se exigía ningún otro de carácter adicional para poder disfrutar de la libertad de amortización.

Sabemos ya que, para que la sociedad pueda disfrutar de los beneficios fiscales contemplados en el Capítulo II de la Ley 4/1997, debe destinar al Fondo Especial de Reserva el 25 por 100 de los beneficios líquidos en el ejercicio en que se produzca el hecho imponible.

Ahora bien ¿puede una sociedad ser calificada desde un punto de vista administrativo-mercantil como laboral si no destina al Fondo Especial de Reserva al menos el 25 por 100 de sus beneficios líquidos? Si estimamos que no la libertad de amortización no podría ser aplicada por la entidad, ya que dicho incumplimiento determina que la sociedad no pueda ser calificada como laboral. El propio artículo 16 de la Ley de Sociedades Laborales considera como una de las causas de la pérdida de la calificación de laboral por parte de la sociedad *«la falta de dotación, la dotación insuficiente o la aplicación indebida del Fondo Especial de Reserva»*.

Sucede no obstante que el artículo 14.1 de la Ley de Sociedades Laborales establece un porcentaje del 10 por 100 del beneficio líquido del ejercicio, produciéndose así una falta de coincidencia entre las exigencias mercantiles del Fondo de Reserva y aquellas otras derivadas de los requisitos tributarios que podría dar lugar a situaciones conflictivas.

Piénsese por ejemplo en el caso de una sociedad laboral que destine más del 10 por 100 pero menos del 25 por 100 de sus beneficios líquidos del ejercicio a la constitución del Fondo Especial de Reserva. La entidad estaría incumpliendo el requisito necesario para disfrutar de los beneficios tributarios dispuestos por el artículo 20 de la Ley de Sociedades Laborales. En cambio, no incurriría en causa de pérdida de su calificación como laboral. No podría acogerse a los beneficios fiscales establecidos en el artículo 19 de la Ley de Sociedades Laborales relativos al ITP y AJD pero sí podría disfrutar de la libertad de amortización en el Impuesto sobre Sociedades. Nos encontramos pues ante un supuesto de falta de conexión legislativa.

En todo caso, esta diferencia de porcentajes existentes entre los artículos 14 y 20.B) de la Ley de Sociedades Laborales en relación con el Fondo Especial de Reserva, al proyectarse sobre exigencias distintas (mercantiles y tributarias, respectivamente) no genera una identificación en las restricciones que a la disponibilidad del Fondo impone el primero de los preceptos citados.

En efecto, el exceso de las dotaciones al Fondo sobre el 10 por 100 de los beneficios líquidos del ejercicio (el cual como sabemos habrá de situarse en el 25% para cumplir el requisito que permite disfrutar de los beneficios fiscales) no determina que dicho Fondo quede afectado por las restricciones impuestas por el artículo 14.2 de la Ley de Sociedades Laborales, de manera que la sociedad laboral podrá disponer libremente del Fondo Especial de Reserva en el porcentaje que supere el 10 por 100.

Una circunstancia relativamente conflictiva es la de tener que comprobar en el momento del devengo de un impuesto instantáneo como es el ITP y AJD el cumplimiento o no de un requisito como el exigido en el artículo 20.B) de la Ley de Sociedades Laborales, típico de los impuestos de carácter periódico. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una sociedad cuyo ejercicio social coincide con el año natural y que realiza una determinada operación societaria o concierta un determinado préstamo (operaciones ambas susceptibles de gozar de beneficios fiscales) en fecha 1 de junio.

¿Podría precisarse en ese momento si se va a cumplir el requisito del artículo 20.B) de la Ley de Sociedades Laborales relativo a la dotación del 25 por 100 de los beneficios líquidos del ejercicio al Fondo Especial de Reserva? Parece claro que no. Y lo mismo cabría decir, por ejemplo, ante un supuesto de transformación de una sociedad en laboral en relación con la posibilidad de acogerse a la bonificación del 99 por 100 en cuota por la modalidad gradual de AJD.

Ante esta situación, DE LA HUCHA CELADOR ²⁴ sugiere la posibilidad de que la sociedad solicitante del beneficio fiscal pudiera comprometerse en el escrito inicial del procedimiento administrativo a cumplir dicho requisito, sin perjuicio de la posterior comprobación que pudiera practicar la Administración Tributaria y, eventualmente, de la revocación de los beneficios tributarios en caso de incumplimiento de dicho compromiso.

Por otra parte, debe tenerse presente que este requisito relativo a la necesidad de destinar al Fondo Especial de Reserva el 25 por 100 de los beneficios líquidos se refiere al ejercicio en

²⁴ DE LA HUCHA CELADOR, F., «Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales», ob. cit., pág. 355.

que se produzca el hecho imponible y tenga lugar el nacimiento de la obligación tributaria a cuya cuantía se quiere aplicar el beneficio fiscal. La dotación del 25 por 100 de los beneficios líquidos al Fondo Especial de Reserva no tiene por qué mantenerse en consecuencia durante los ejercicios sucesivos, siendo suficiente al efecto con conservar los porcentajes a que se refiere el artículo 14 de la Ley de Sociedades Laborales.

Del mismo modo, el incumplimiento de este requisito a que se refiere el artículo 20.B) de la Ley de Sociedades Laborales incidirá exclusivamente sobre los beneficios tributarios a que tuviera derecho la sociedad por hechos imposables de ITP y AJD devengados durante dicho ejercicio. Pero no puede extenderse sin más a ejercicios futuros.

III. LA TRIBUTACIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: SITUACIÓN ACTUAL Y POSIBLES ALTERNATIVAS

La antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, no contemplaba régimen especial alguno para las sociedades laborales. Esta circunstancia se mantiene actualmente en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS).

Sí se refería sin embargo el antiguo artículo 11 de la LIS al **beneficio de la libertad de amortización**, aplicable con carácter general a todas las sociedades limitadas laborales a pesar de que el citado precepto aludía únicamente a las sociedades anónimas laborales.

Las sociedades laborales (ya sean anónimas o limitadas) pueden amortizar libremente aquellos elementos de su inmovilizado material e inmaterial (bienes muebles o inmuebles) afectos a la realización de sus actividades.

Este régimen de libertad de amortización, al que se refiere el artículo 11.2 del TRLIS, se enmarca en un sistema jurídico configurado en su momento por la antigua Ley de 1986, cuyo artículo 20.3 concedía a determinadas entidades la libertad de amortización. Incluso llegó a suscitarse un problema de interpretación relativo a una hipotética colisión entre ambas normas, resuelto por la disposición transitoria única 1.16 de la LIS, que vino a derogar expresamente los apartados 2 y 3 del artículo 20 de la Ley 15/1986.

A partir del 1 de enero de 1996, y para los períodos impositivos iniciados desde dicha fecha, debe distinguirse entre aquellas sociedades anónimas laborales calificadas como tales antes de la promulgación de la LIS y que tuvieran reconocido también con anterioridad a la entrada en vigor de la citada ley el beneficio de la libertad de amortización al amparo del artículo 20.2 de la Ley de 1986, y aquellas otras sociedades anónimas laborales que, con independencia de la fecha de su constitución y calificación, no tuvieran reconocido el beneficio de la libertad de amortización previsto en el artículo 20.2 en el momento de la entrada en vigor de la LIS.

Mientras las primeras son las únicas afectadas realmente por el mandato contenido en la disposición transitoria 3.^a de la Ley de Sociedades Laborales de 1997, las segundas no resultan amparadas por la citada disposición transitoria, aplicando, en su caso, y con las condiciones legalmente previstas el beneficio de la libertad de amortización del artículo 11.2 a) de la LIS.

Establece la disposición transitoria 3.^a de la Ley de 1997 que aquellas sociedades laborales que a la entrada en vigor de la misma tuvieran concedido el beneficio fiscal al que se refería el punto 2 del artículo 20 de la Ley 15/1986, de 25 de abril, podrán continuar disfrutando del mismo hasta la finalización del plazo y en los términos autorizados.

En suma, tras lo dispuesto por el apartado 16.º de la disposición derogatoria única de la Ley 43/1995, que deroga a partir del 1 de enero de 1996 el artículo 20.2 y 3 de la Ley 15/1986, la disposición transitoria de la Ley 41/1997 ha de entenderse orientada a la finalidad de establecer un régimen transitorio para aquellas sociedades que, a la entrada en vigor de la Ley 43/1995, venían disfrutando de este incentivo. Pero en ningún caso dicha disposición permite computar el régimen tributario para los activos adquiridos a partir de la entrada en vigor de la Ley 43/1995, rigiéndose estos últimos, cuando proceda, por lo previsto en el artículo 11.2 c) de la Ley 43/1995.

Téngase presente en todo caso que la libertad de amortización constituye un derecho para la sociedad, no un deber, de manera que pueden no acogerse a aquélla y proceder a la amortización de los elementos del inmovilizado material e inmaterial de conformidad con los criterios contemplados en el apartado 1.º del artículo 11 de la LIS.

El carácter automático de la libertad de amortización de la LIS contrasta con el régimen de solicitud por la sociedad anónima laboral y su concesión por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, que era el modelo diseñado por la antigua Ley de Sociedades Anónimas Laborales de 1986²⁵.

La libertad de amortización se proyecta sobre todos los elementos del inmovilizado (tanto material como inmaterial) afectos a la realización de sus actividades. Dichos elementos deben haber sido adquiridos durante los cinco primeros años a partir de la fecha de su calificación como tales por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o, en su caso, por la correspondiente Comunidad Autónoma. Es por tanto la calificación administrativa la que permite determinar el cómputo inicial del plazo de los cinco años de que dispone la sociedad laboral para acogerse a la libertad de amortización.

En relación con los activos únicamente se precisa que se hallen afectos a la actividad. Nada se disponía además en el artículo 11.2 a) de la antigua Ley 43/1995 sobre la necesidad de que los bienes del inmovilizado de la sociedad que pueden gozar de la libertad de amortización tengan que ser nuevos. Por tanto, hemos de entender que tanto los elementos del inmovilizado material

²⁵ Tal y como pone de manifiesto DE LA HUCHA CELADOR, F., «Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales», ob. cit., pág. 325, «Se pasa así de una libertad de amortización concedida por las autoridades tributarias a una libertad de amortización reconocida directamente por el legislador; sin intermediación ni otorgamiento expreso del Ministerio de Economía y Hacienda, sin perjuicio evidentemente de que los órganos gestores e inspectores puedan verificar el cumplimiento o no de las condiciones que dan derecho a disfrutar del beneficio contemplado en el artículo 11.2 a) de la LIS».

o inmaterial nuevos como los usados (bastante frecuentes en las sociedades laborales) podrán acogerse al beneficio de la libertad de amortización, siempre que se afecten a la actividad de la sociedad.

Ciertamente se suscitan aquí diversos problemas relativos a la afectación así como los derivados del concepto legal de adquisición cuando la incorporación del elemento susceptible de amortización al patrimonio de la sociedad se produce por ejemplo a través de operaciones de *leasing*. En nuestra opinión, la cuestión debe resolverse acudiendo a los criterios establecidos en el artículo 11.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004.

En el antiguo beneficio fiscal el plazo para que los bienes adquiridos pudieran amortizarse libremente comenzaba a computarse desde el primer ejercicio económico de dichas sociedades. La nueva regulación instaurada por la Ley 41/1997 resulta en este sentido más precisa, al poner en relación el beneficio con la obtención de la calificación de «laboral» por parte de la sociedad, al margen de que dicha calificación se obtenga o no en el primer ejercicio económico de aquella.

La libertad de amortización es total, no estando sujeta a ninguna restricción. Ahora bien, queremos dejar claro a este respecto que el beneficio podrá ser utilizado como más le interese a la sociedad anónima laboral o a la sociedad de responsabilidad limitada laboral. Incluso podrá aplicarse en ejercicios iniciados con posterioridad al referido plazo de cinco años desde la constitución, siempre que los elementos hayan sido adquiridos dentro de ese plazo.

En todo caso, el ejercicio efectivo de esta libertad de amortización requiere que la sociedad anónima laboral disponga de bases imponibles positivas, de manera que si en los primeros ejercicios se hubiesen obtenido pérdidas no podrá aplicarse el incentivo, al margen de que pueda hacerse uso de la libertad de amortización una vez que la entidad comience a generar beneficios. Sucede no obstante que los efectos de esta libertad de amortización serán menores cuanto más tarde se haga uso de ella.

La sociedad podrá optar de este modo por elegir los períodos impositivos, dentro lógicamente de los cinco años, así como los concretos elementos del inmovilizado adquiridos en los que poder practicar la libertad de amortización. No cabe imponer que la amortización se practique sobre la totalidad de los elementos adquiridos o que se aplique en la declaración-liquidación del período impositivo coincidente parcialmente con el año en que ha tenido lugar la adquisición.

Una vez ejercitada la libertad de amortización mediante un ajuste negativo al resultado contable para determinar la base imponible, en los períodos impositivos posteriores aquel ajuste revertirá a la base mediante ajustes positivos con ocasión de la amortización del elemento o de su transmisión.

El resultado de aplicar la libertad de amortización será deducible aun cuando no esté imputado contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo 19 del TRLIS. En la medida en que la amortización contabilizada exceda de la depreciación

efectiva de los elementos de inmovilizado dicho exceso no tendrá la consideración de gasto deducible en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, realizándose por ese importe un ajuste positivo al resultado contable ²⁶.

Por lo que se refiere al cómputo del citado plazo de cinco años, la Dirección General de Tributos (DGT) tiene declarado, en contestación a Consulta de 12 de marzo de 1996, que para aquellas sociedades anónimas laborales que vinieran disfrutando de la libertad de amortización antes del 1 de enero de 1996 el cómputo del plazo tendrá lugar durante los cinco primeros años a partir de la fecha de la calificación de la sociedad como sociedad anónima laboral, es decir, desde la fecha de inscripción en el Registro Administrativo establecido al efecto en la respectiva Comunidad Autónoma.

En consecuencia, aquellas sociedades anónimas laborales constituidas con anterioridad a 31 de diciembre de 1995 y que estuviesen acogidas a los beneficios fiscales derivados de la antigua Ley 15/1986, podían ser objeto de la regulación establecida por el artículo 11.2 a) de la Ley 43/1995 en relación con las inversiones en elementos afectos a la realización de sus actividades adquiridos durante los cinco primeros años a partir de la fecha de su calificación como sociedades anónimas laborales, al margen de que dichos bienes hubiesen sido adquiridos antes o después de la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1995, y siempre que no se hubiesen agotado los cinco años improrrogables a los que se refería la legislación antigua.

Obsérvese que la referencia es a cinco años y no a cinco períodos impositivos. No se trata de una incorrección del legislador. El plazo debe contarse por años desde la fecha de calificación administrativa, con independencia de los períodos impositivos transcurridos entre ambos.

Este plazo de cinco años a que se refiere el artículo 11 del vigente Real Decreto Legislativo 4/2004, ¿considera los «años naturales» de fecha a fecha o, por el contrario, se está refiriendo a ejercicios económicos? En nuestra opinión, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si el plazo se fija en años, éstos deberán computarse de fecha a fecha.

Cabe plantearse en relación con este incentivo tributario qué sucede en caso de pérdida de la calificación de la sociedad como laboral transcurridos más de cinco años desde su constitución o transformación. ¿Los efectos se producen *ex tunc* o *ex nunc*?

Ya hemos analizado como el artículo 16.4 de la Ley de Sociedades Laborales establece que la pérdida absoluta de los beneficios tributarios (incluidos, en su caso, aquellos de los que pudiera gozar en relación con el IS) sólo tiene lugar si la descalificación se produce antes de cinco años desde la constitución de la sociedad y/o de su transformación. Ninguna trascendencia adquiere a este respecto la fecha de su calificación administrativa como laboral.

²⁶ Lógicamente, ello se entiende sin perjuicio del correspondiente ajuste negativo que corresponda practicar a dicho resultado contable como consecuencia de la aplicación de la libertad de amortización de que gozan tales elementos por la diferencia entre el importe de la inversión realizada y la amortización contable correspondiente a la depreciación efectiva de los elementos objeto de inversión.

Idéntico plazo opera, como hemos analizado, a efectos de lo dispuesto en el artículo 11.2.a) del TRLIS, si bien en este caso la fecha de referencia es la de su calificación administrativa. Así las cosas, podrían llegar a producirse situaciones conflictivas por desarmonía entre ambas legislaciones, la mercantil y la tributaria.

DE LA HUCHA CELADOR ²⁷ plantea esta cuestión con el siguiente ejemplo: «Una sociedad constituida en 1998, calificada como laboral en 1999 y descalificada en el 2004 no se vería afectada por la previsión del artículo 16.4 de la LSL; si dicha sociedad ha adquirido elementos del inmovilizado entre los años 2000 y 2003 sobre los que ha practicado la libertad de amortización en los términos del artículo 11 de la LIS y en las declaraciones correspondientes a cada uno de los períodos impositivos citados, cabe plantearse qué ocurriría en la declaración-liquidación del período en que ha sido descalificada (2004)».

¿Debería esta sociedad regularizar los beneficios ligados a la libertad de amortización practicados durante los ejercicios en que gozó de la calificación de laboral? ¿Podría girar la Inspección de Tributos dentro del plazo de prescripción de cuatro años actas a través de las cuales modificase las declaraciones-liquidaciones de la sociedad, anulando las amortizaciones libremente practicadas?

En opinión del citado autor el problema debe resolverse en un sentido favorable a los intereses de la sociedad laboral, que no puede verse privada de los beneficios contemplados en el Real Decreto Legislativo 4/2004 durante aquellos períodos impositivos en los que tuvo la calificación de laboral. Y ello aunque la descalificación administrativa se produzca dentro del plazo de prescripción del impuesto.

Estamos de acuerdo con esta consideración. La previsión de la normativa mercantil, al contener una referencia genérica a «los beneficios tributarios» sin concretarlos en ningún impuesto, resulta lo suficientemente amplia como para poder defender su aplicación a cualquier incentivo fiscal, ya sean los contemplados en la propia Ley de Sociedades Laborales o los dispuestos en la regulación normativa del Impuesto sobre Sociedades.

Es más, creemos que las omisiones efectuadas por el vigente Real Decreto Legislativo 4/2004 en relación con las sociedades laborales son lo suficientemente significativas como para concluir que la intención del legislador tributario es la de someter dichas entidades a un régimen fiscal similar al de los sujetos pasivos ordinarios del impuesto.

Al citado beneficio fiscal estimamos que **debería añadirse la no integración en la base imponible de aquellos beneficios de las sociedades laborales que fueran objeto de reinversión**, cuya justificación se basa, al igual que sucede con el beneficio relativo a la libertad de amortización de los elementos del inmovilizado material e inmaterial de estas sociedades afectos a la realización de sus actividades, en la importancia del papel que desempeñan estas entidades para el desarrollo de la Economía Social.

²⁷ DE LA HUCHA CELADOR, F., «Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales», ob. cit., pág. 327.

En todo caso, cabe precisar que la especificidad de este beneficio fiscal ha perdido en la actualidad su razón de ser, puesto que la inmensa mayoría de las sociedades laborales, como empresas de reducida dimensión que son, disfrutarán del conjunto de beneficios fiscales que caracterizan el régimen fiscal de éstas, entre los que se sitúa la libertad de amortización.

En efecto, resulta bastante frecuente la aplicación a las sociedades laborales del régimen previsto para las empresas de reducida dimensión. Téngase presente que la práctica totalidad de estas sociedades van a reunir los requisitos contemplados en el artículo 108 del Real Decreto Legislativo 4/2004, siendo el importe neto de su cifra de negocios en el período impositivo inmediato anterior inferior a 8 millones de euros, cualquiera que fuese el volumen de la cifra de negocios del propio período impositivo ²⁸.

El citado precepto del Real Decreto Legislativo 4/2004 no contempla además ninguna exclusión por razones subjetivas o de naturaleza jurídica de la entidad que pretenda acogerse a dicho régimen especial, motivo por el cual no existen razones que imposibiliten su aplicación a las sociedades laborales.

Pues bien, de concurrir esta circunstancia en la sociedad laboral, la misma disfrutará de las diversas ventajas fiscales que caracterizan el régimen especial de las empresas de reducida dimensión. En primer lugar, dispondrá de libertad de amortización para las inversiones realizadas en elementos de activo material nuevos que generen creación de empleo, a la que se refiere el artículo 109 del TRLIS.

El disfrute de esta libertad de amortización se halla condicionado al cumplimiento de varios requisitos. Así, la sociedad laboral habrá de gozar de la calificación de sociedad de reducida dimensión en el período impositivo en que realice la inversión, que debe efectuarse además en elementos nuevos del activo fijo material, entendiendo por «nuevos» aquellos elementos que vayan a ser utilizados por aquélla o a entrar en funcionamiento por primera vez.

Es igualmente necesario que los elementos objeto de la inversión sean puestos a disposición de la sociedad dentro del período impositivo en el que adquiera la consideración de empresa de reducida dimensión ²⁹. La libertad de amortización se aplicaría cualquiera que fuese el uso al que vaya a ser destinado el elemento objeto de inversión, es decir, tanto si se utiliza en la actividad productiva de la propia sociedad como si se emplea en la de terceros mediante la cesión del uso de los mismos.

²⁸ A estos efectos debe tenerse presente que en el supuesto de que el período impositivo inmediato anterior tuviese una duración inferior al año o si la actividad se hubiera desarrollado durante un plazo inferior al año, el importe neto de la cifra de negocios se elevaría al año. Y tratándose de empresas de nueva creación el importe de la cifra de negocios se referirá al primer período impositivo en que se desarrolle efectivamente la actividad, de manera que si éste fuese inferior al año, el importe neto de la cifra de negocios resultaría elevado igualmente al año.

²⁹ La entrega o puesta a disposición es por tanto la fecha de referencia para determinar si la inversión se realiza o no en ese período impositivo.

La inversión debe ir acompañada de un incremento de la plantilla media de la sociedad referida a los 24 meses siguientes al inicio del período impositivo en que los bienes entren en funcionamiento, y en relación a la plantilla de los 12 meses anteriores. Este incremento ha de mantenerse además durante un período adicional de otros 24 meses a contar desde la conclusión de los primeros 24 meses tenidos en cuenta para calcular el incremento de plantilla.

Finalmente, la cuantía de la inversión que pueda beneficiarse de este régimen de libertad de amortización será la que resulte de multiplicar la cifra de 120.000 euros por el incremento de plantilla anteriormente señalado y calculado con dos decimales, sin redondear por exceso o por defecto. No obstante, esta libertad de amortización resulta incompatible con otros beneficios fiscales de los que podría llegar a disfrutar la sociedad laboral. Nos referimos a la bonificación por actividades exportadoras, reinversión de beneficios extraordinarios, exención por reinversión³⁰ y deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.

En segundo término la sociedad disfrutará de libertad de amortización para inversiones de escaso valor, con independencia de la evolución que experimente la plantilla. El disfrute de esta libertad de amortización, contemplada en el artículo 110 del TRLIS, se halla igualmente condicionado al cumplimiento de varios requisitos. En primer lugar, se requiere que la sociedad laboral pueda ser calificada como de reducida dimensión en el período impositivo en que realice la inversión. Esta inversión ha de efectuarse en elementos de inmovilizado material nuevos cuyo valor unitario no exceda de 601,01 euros³¹.

El límite para las inversiones realizadas en el período impositivo susceptibles de amortizarse libremente se sitúa en este caso en 12.020,24 euros. La amortización contable sólo tendrá en consideración la depreciación de los elementos por su utilización en la empresa, de manera que no figurará como gasto contable el exceso de amortización fiscal derivado de la aplicación de este incentivo. No obstante, aun cuando no se encuentre contabilizado dicho exceso, procede la deducción del mismo al determinar la base imponible de la sociedad, en tanto en cuanto se prevé una excepción al principio de inscripción contable para los elementos patrimoniales que puedan amortizarse libremente³².

A diferencia de lo que señalábamos anteriormente en relación con la libertad de amortización con creación de empleo, la aplicación de la libertad de amortización para inversiones de escaso valor es compatible con cualquier otro incentivo fiscal a la inversión del que pueda disfrutar la sociedad.

³⁰ A pesar de que este régimen de exención por reinversión resultó derogado para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 1999, se aplica transitoriamente para las transmisiones realizadas en períodos impositivos anteriores, aun cuando la reinversión tenga lugar, dentro del plazo permitido, en períodos iniciados con posterioridad a aquella fecha, en cuyo caso será de aplicación la incompatibilidad, no pudiendo gozar los elementos objeto de reinversión de libertad de amortización.

³¹ De conformidad con lo establecido por las normas del Plan General de Contabilidad sobre valoración del inmovilizado material, por «valor unitario» se ha de entender el precio de adquisición más todos los gastos adicionales a la compra que se produzcan hasta su puesta en condiciones de funcionamiento.

³² Así, en el período impositivo en que se adquieran estos elementos de escaso valor, la sociedad podrá practicar un ajuste negativo al resultado contable por el importe que desee amortizar en exceso, procediendo ajustes positivos en los períodos impositivos posteriores por el importe de la amortización contable en la medida en que esos elementos estuviesen ya totalmente amortizados a efectos fiscales.

En consecuencia, la inversión en estos elementos de escaso valor podrá generar derecho: a la deducción para incentivar la realización de determinadas actividades; a considerar cumplido el requisito de reinversión para diferir el gravamen de los beneficios extraordinarios; a estimar que es la materialización de la exención por reinversión, o a considerar cumplido el requisito de la reinversión a efectos de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.

Cabe precisar que el 108 del Real Decreto Legislativo 4/2004 dispone que estos incentivos fiscales se aplicarán *«siempre que el importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a 8 millones de euros»*. Parece pues indisponible para el contribuyente la sujeción al citado régimen, lo que contrasta con la aplicación de la libertad de amortización específica a que se refiere el artículo 11.2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de carácter potestativo.

Una sociedad laboral con una cifra neta de negocios inferior a 8 millones de euros, ¿ha de aplicar necesariamente la libertad de amortización con los requisitos y límites de los artículos 109 y 110 del Real Decreto Legislativo 4/2004 o, por el contrario, puede optar por la libertad contemplada en el artículo 11.2 a)? Es ésta una cuestión en relación con la cual no existe una doctrina administrativa.

Desde nuestro punto de vista, resulta posible defender la existencia de una compatibilidad entre ambos regímenes. No existe ningún precepto donde se disponga expresamente la incompatibilidad entre la libertad de amortización para las sociedades laborales y el régimen especial de empresas de reducida dimensión. Mientras el artículo 11.2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2004 contempla un régimen específico para las sociedades laborales, los artículos 108 y ss. del citado TRLIS establecen un régimen especial de carácter general para todas las entidades sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

No obstante, estimamos que esta compatibilidad demanda el cumplimiento de diversas condiciones. En primer lugar, si la sociedad opta por la aplicación de la libertad de amortización con los requisitos y condiciones del artículo 11.2 a) no podría aplicar, para alguno o varios de los elementos del inmovilizado susceptibles de amortización, el régimen de los artículos 109 y 110.

No creemos que pueda «fraccionarse» el régimen jurídico de la amortización de los elementos del inmovilizado combinando el precepto específico de la sociedad laboral y el régimen especial de la empresa de reducida dimensión. De la misma manera, tampoco consideramos que la Administración Tributaria pueda imponer a la entidad que efectúe la liquidación del impuesto mediante la aplicación íntegra del régimen especial cuando el sujeto pasivo haya optado por la aplicación del régimen de amortización específico de las sociedades laborales.

La sociedad podría, por ejemplo, acogerse a los diversos aspectos del régimen especial de incentivos fiscales correspondiente a las empresas de reducida dimensión que no se refieren a la libertad de amortización, pudiendo aplicar la dotación por insolvencias de deudores contemplada en el artículo 112 del Real Decreto Legislativo 4/2004 o determinar la cuota íntegra del impuesto mediante la aplicación de los tipos de gravamen diferenciados en función de la base imponible a que se refiere el artículo 114 del TRLIS.

En definitiva, una interpretación sistemática de la regulación normativa del Impuesto sobre Sociedades impediría que, por el simple hecho de que una sociedad laboral disfrutara de la libertad de amortización del artículo 11.2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2004, hubiese de renunciar al régimen especial de empresas de reducida dimensión, teniendo que tributar siempre y en todo caso al tipo del 35 por 100 cualquiera que fuere el importe de su base imponible. Al amparo de esta misma interpretación sistemática hemos de descartar que la aplicación de los beneficios contemplados en el Capítulo XII del TRLIS (con la consabida excepción de los relativos al régimen de amortizaciones) suponga necesariamente la renuncia a la libertad contemplada en su artículo 11.2 a).

Por otra parte, la sociedad laboral podrá adoptar un sistema de amortización acelerada, a efectos fiscales, de las inversiones en elementos de activo material nuevos no asociadas con creación de empleo, así como por inversiones en elementos del inmovilizado inmaterial. También el disfrute de este incentivo fiscal queda sujeto al cumplimiento de un conjunto de requisitos. Ante todo, la sociedad debe cumplir los requisitos para que pueda ser considerada como de reducida dimensión en el período impositivo en que los elementos objeto de inversión sean puestos a su disposición, siendo indiferente que en los períodos impositivos posteriores la cantidad conserve o bien pierda esta condición, aun cuando en los mismos tenga efectos la aceleración de amortizaciones.

La inversión ha de ser efectuada en elementos de inmovilizado material nuevos, entendiéndose por elemento nuevo, como ya hemos puesto de manifiesto, aquel que entra en funcionamiento por primera vez. También podrá consistir en elementos de inmovilizado inmaterial. Las inversiones en elementos de inmovilizado material nuevos podrá amortizarse, a efectos fiscales, al porcentaje resultante de multiplicar por 2 el coeficiente de amortización lineal máximo previsto en las tablas de amortización oficialmente aprobadas. En cambio, tratándose de inversiones en inmovilizado inmaterial, podrán amortizarse fiscalmente en un 150 por 100 de la amortización de tales elementos.

Si el importe de la depreciación del plan resultase ser inferior a la amortización obtenida al aplicar el coeficiente lineal máximo de tablas correspondiente a ese elemento multiplicado por 2, la diferencia podría computarse mediante ajustes extracontables negativos en la determinación de la base imponible.

En todo caso, la aplicación práctica de este incentivo fiscal dependerá de si la depreciación efectiva contabilizada es superior o inferior a la derivada de multiplicar por 2 el coeficiente lineal máximo de tablas o la amortización del activo inmaterial. Si esta última resulta ser superior a la depreciación contabilizada, el exceso podría integrarse en la base imponible de la sociedad laboral mediante los correspondientes ajustes negativos al resultado contable, revertiendo dichos ajustes con signo positivo a la base imponible en aquellos períodos impositivos posteriores en los que, estando el elemento totalmente amortizado a efectos fiscales, no lo esté a efectos contables. De este modo, el importe de esta amortización contable no tendría el carácter de gasto fiscalmente deducible.

Otro de los beneficios fiscales de los que gozaría la sociedad laboral, siempre y cuando reuniese los requisitos para ser considerada de reducida dimensión, sería la facultad para dotar una provisión por posibles insolvencias de deudores de forma global sobre el saldo de deudores existentes a la conclusión del período impositivo. Se refiere esta facultad, tanto a aquellos deudores que al

cierre del período impositivo se hallan en situación de insolvencia de acuerdo con los criterios generales del Impuesto sobre Sociedades, como a aquellos otros deudores sobre los que no hay riesgo cierto de insolvencia ³³.

El importe de la dotación para la cobertura del riesgo derivado de posibles insolvencias de deudores, deducible a efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, no puede sin embargo sobrepasar el 1 por 100 del saldo de los deudores de la sociedad existentes a la conclusión del período impositivo. Y a efectos de determinar el saldo de deudores sobre el que dotar la provisión global no se incluyen en los mismos aquellos deudores que individualmente tienen cubierto el riesgo de insolvencia, así como aquellos deudores sobre los que la provisión que se pudiera dotar no tuviese la consideración de fiscalmente deducible ³⁴.

La sociedad podrá disfrutar de un régimen de aceleración de las amortizaciones de los elementos de su inmovilizado material en los que reinvierta el importe obtenido en la transmisión onerosa de otros elementos de esta naturaleza, existente desde el 1 de enero de 1999. Recuérdesse que para los períodos impositivos iniciados desde la citada fecha se sustituyó el régimen de exención por reinversión por este régimen de aceleración de amortizaciones ³⁵.

La amortización se producirá en función del coeficiente que resulte de multiplicar por 3 el coeficiente de amortización lineal máximo de las tablas de amortización linealmente aprobadas. Este coeficiente multiplicador 3 rige para los ejercicios iniciados a partir del 25 de junio de 2000, dado que con anterioridad su valor era de 2,5.

En el período impositivo en que se transmita el elemento del inmovilizado material la sociedad debe, no obstante, cumplir las condiciones para ser considerada de reducida dimensión, siendo indiferente que la entidad conserve esta condición tanto en los períodos impositivos en los que se realiza la reinversión como en aquellos otros períodos en los que se amortizan aceleradamente los elementos objeto de la reinversión.

³³ De este modo, la entidad podrá dotar una provisión individualizada para los créditos en situación de posible insolvencia así como otra provisión global sobre el saldo de deudores no afectados por la provisión directa.

³⁴ Significa ello que no se tendrán en cuenta para el cálculo de la dotación global los créditos adeudados por entidades vinculadas, los adeudados o afianzados por entidades de Derecho público, los afianzados por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca, los garantizados mediante derechos reales, pacto de reserva de dominio y derecho de retención (excepto en los casos de pérdida o envilecimiento de la garantía), los garantizados mediante un contrato de seguro de crédito o caución y los que hubieran sido objeto de renovación o prórroga expresa.

³⁵ En efecto, para los períodos impositivos iniciados antes del 1 de enero de 1999 la LIS, en su redacción inicial, mantuvo para las empresas de reducida dimensión el régimen de exención por reinversión, estando exentas aquellas rentas que no superasen la cuantía de 300.506,05 euros, una vez corregidas por el efecto de la inflación, siempre que hubiesen sido obtenidas en la transmisión onerosa de elementos del inmovilizado material afectos a explotaciones económicas. La única condición exigida era que se reinvirtiera el importe total obtenido en la transmisión en otros elementos del inmovilizado material. Por el contrario, para aquellos períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 1999, la redacción otorgada al artículo 127 de la LIS por la Ley 50/1998 sustituyó el régimen de exención por reinversión por un régimen de aceleración de las amortizaciones de los elementos en los que se reinvirtiera el importe total obtenido en la transmisión de los elementos del inmovilizado material afectos a las explotaciones económicas de las empresas de reducida dimensión. No obstante, aquellas rentas que se hubiesen acogido a la exención por reinversión con anterioridad al 1 de enero de 1999 se rigen por lo establecido inicialmente por la LIS para este régimen, aun cuando la reinversión tuviese lugar en períodos impositivos iniciados a partir de dicha fecha.

El negocio jurídico ha de ser una transmisión onerosa, por lo que las transmisiones lucrativas que, en su caso, efectúe la sociedad laboral no podrán acogerse a este régimen especial. Los elementos patrimoniales transmitidos deben ser materiales y de activo fijo, quedando por tanto al margen de este incentivo las transmisiones de activos tanto inmateriales como financieros, aun cuando ambos elementos pertenezcan al inmovilizado. Un requisito adicional es que el elemento transmitido se halle afecto a explotaciones económicas, es decir, que resulte necesario para el desarrollo de las actividades empresariales del sujeto pasivo. Quedan así excluidas de este beneficio fiscal las transmisiones de meros elementos patrimoniales de la entidad.

La cuantía que debe reinvertir la sociedad laboral es el importe total de la transmisión. La reinversión debe materializarse en otros elementos del inmovilizado material afectos igualmente a las explotaciones económicas desarrolladas por aquélla. Resulta por tanto válida la reinversión tanto en elementos nuevos como usados siempre que consistan en activos materiales fijos.

La reinversión ha de tener lugar en el plazo comprendido entre el año anterior a la fecha de entrega o puesta a disposición del elemento transmitido y los tres años posteriores, entendiéndose efectuada la reinversión en la fecha en que se produzca la puesta a disposición de los elementos patrimoniales en que se materialice el importe obtenido en la transmisión.

La base de la amortización consistirá en el precio de adquisición de los elementos del inmovilizado material, siempre que fuese igual o inferior al importe total de la transmisión. En el supuesto de que el precio de adquisición resultase ser mayor, la aceleración de la amortización girará sólo sobre el importe total obtenido en la transmisión que sea objeto de la reinversión.

Ha de tenerse presente a este respecto que la deducción de la amortización resultante de este incentivo no queda condicionada a la imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad. En consecuencia, el exceso que resulte de aplicar este incentivo sobre la depreciación efectiva contabilizada se integrará en la base imponible mediante ajustes negativos al resultado contable.

Finalmente la sociedad podrá deducir las cuotas de arrendamiento financiero (*leasing*) satisfechas que correspondan a la recuperación del coste del elemento hasta un cierto límite. Y es que la fiscalidad de los contratos de *leasing* celebrados por las entidades de reducida dimensión se rodea de un conjunto de incentivos fiscales especiales.

Tiene la consideración de gasto fiscalmente deducible la carga financiera satisfecha por la sociedad a la entidad arrendadora, incorporada en las cuotas de arrendamiento. Igualmente es deducible la parte de las cuotas de arrendamiento financiero satisfechas que corresponda a la recuperación del coste del elemento, salvo si el contrato tiene por objeto elementos no amortizables.

El importe de la deducción anterior no podrá exceder del resultado de aplicar al coste del elemento el duplo del coeficiente de amortización lineal, según tablas de amortización, que correspondan a ese elemento. Aquellos excesos que no hubiesen podido ser deducibles podrán serlo en los

períodos impositivos siguientes con el mismo límite del duplo del coeficiente de amortización. Además, el importe de la opción de compra es deducible a través del proceso de amortización sobre dicho importe ³⁶.

Por otra parte, la sociedad podrá practicar diversas deducciones de la cuota íntegra. Concretamente, para los períodos impositivos iniciados a partir del 25 de junio de 2000, la deducción para el fomento de las tecnologías de la información y de la comunicación. Y para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2002, la deducción por inversiones destinadas al aprovechamiento de fuentes de energías renovables ³⁷.

Al margen de que las sociedades laborales puedan acogerse a este régimen fiscal especial contemplado en el Capítulo XII del Real Decreto Legislativo 4/2004, en el que se regulan los incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión, queremos insistir en la idea de que **las sociedades laborales se encuentran sometidas al régimen común o general del Impuesto sobre Sociedades**.

Estas sociedades tributan por tanto a través del Impuesto sobre Sociedades, siendo el tipo aplicable el 30 por 100 por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros, siempre que tuviesen la consideración de empresas de reducida dimensión al ser el importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior inferior a 8 millones de euros, y el 35 por 100 por la parte de base imponible restante ³⁸.

Ahora bien ¿por qué no establecer un tipo de gravamen inferior para las sociedades laborales similar por ejemplo al contemplado por el artículo 28 del Real Decreto Legislativo 4/2004 para las sociedades cooperativas fiscalmente protegidas? A nuestro juicio, las especiales características y la regulación social específica de las sociedades laborales deben implicar también la existencia de unas normas técnicas de ajuste a los términos de las normas tributarias. Y no hay razón que justifique la aplicación del tipo impositivo general de gravamen a unas entidades como las sociedades laborales, que coadyuvan al mejor cumplimiento de los fines caracterizadores de la Economía Social.

³⁶ Téngase presente a este respecto que, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2005, la disposición final 2.ª de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea, modifica el apartado 11 del artículo 115 del TRLIS, relativo al régimen fiscal especial de determinados contratos de arrendamiento financiero, al objeto de proceder a regular los supuestos de pérdida o inutilización del bien objeto de dichos contratos. Así, se incorpora en el citado apartado 11 un último párrafo de conformidad con el cual, en los supuestos de pérdida o inutilización definitiva del bien por causa no imputable al sujeto pasivo y debidamente justificada, no se integrará en la base imponible del arrendatario la diferencia positiva entre la cantidad deducida en concepto de recuperación del coste del bien y su amortización contable. La incorporación de este párrafo determina la eliminación de la necesidad de realizar este ajuste positivo en los supuestos de pérdida o inutilización de los bienes objeto de los contratos de arrendamiento financiero regulados en el Capítulo XIII del Título VII del TRLIS.

³⁷ Debe precisarse, no obstante, que para los períodos impositivos iniciados a partir del 27 de mayo de 2003, esta deducción se extiende a todos los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

³⁸ Lógicamente, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 114 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, si el período impositivo tuviese una duración inferior al año, la parte de la base imponible que tributaría al tipo del 30 por 100 sería la resultante de aplicar a 120.202,41 euros la proporción en la que se halle el número de días del período impositivo entre 365 días, o la base imponible del período impositivo cuando ésta fuera inferior.

Son varios los argumentos en base a los cuales podría defenderse la aplicación de un tipo menor a estas entidades. En primer lugar, que la ley impone limitaciones a las facultades dominicales del socio, al someterle al derecho de adquisición preferente que pueden ejercer otras personas y a la valoración del auditor. Y en segundo término, la confluencia en una persona de la condición de accionista o partícipe y de la de trabajador otorga una mayor cohesión interna a la sociedad, contribuyendo probablemente a incrementar su productividad, y favoreciendo el autoempleo y el empleo.

Incluso podría plantearse la conveniencia de aplicar un tipo de gravamen bonificado para estas entidades durante los primeros años como contrapartida a la constitución del Fondo Especial, lo que contribuiría en buena medida al fortalecimiento de la sociedad.

Otra importante circunstancia que interesa reseñar en relación con este impuesto es la relativa al hecho de que, en la medida en que en este tipo de sociedades concurren necesariamente en unos mismos sujetos la condición de socios y de trabajadores, deberán aplicarse a este respecto las normas previstas para las operaciones vinculadas (art. 16 del RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TRLIS) ³⁹.

Para la norma fiscal no resulta intrascendente que entre las partes intervinientes en una operación del tráfico económico medien o no relaciones de dependencia o vinculación. La búsqueda de ahorros fiscales ilícitos o de ventajas distorsionadoras de las condiciones que deben presidir un mercado de libre competencia aconseja que, en caso de operaciones entre partes que se consideran vinculadas, se prescinda del valor contable atribuido por las mismas, ateniéndose al valor señalado por la norma fiscal, esto es, el precio de mercado que, en circunstancias normales, se acordaría entre partes independientes.

Las normas sobre operaciones vinculadas tratan de evitar que, mediante el uso de precios distintos a los normales de mercado, se transfieran rentas de una parte a otra con el resultado práctico de minorar o diferir la tributación del Impuesto sobre Sociedades correspondiente a las citadas partes afectadas por la vinculación.

Esta circunstancia obliga a corregir la valoración convenida entre las partes en determinados supuestos y con determinados requisitos. La corrección de valor la realiza, en todo caso, la Administración Tributaria, y no los propios sujetos pasivos, salvo en el caso de operaciones vinculadas con personas físicas, que es precisamente el supuesto que se nos plantea en relación con las sociedades laborales ⁴⁰.

³⁹ Nos referimos concretamente a aquellos supuestos del artículo 16 en los que la vinculación se define en función de la relación socio-sociedad.

⁴⁰ La corrección de los valores pactados sólo puede efectuarla la Administración Tributaria en los supuestos de este artículo 16 en tanto en cuanto no hayan «prescrito» sus facultades de comprobación y liquidación sobre el periodo impositivo en que se haya llevado a cabo la operación vinculada. En el supuesto de que hubiese prescrito, la Administración no podrá corregir los valores pactados ni los efectos que dichos valores hubiesen podido tener en periodos impositivos posteriores no prescritos.

Obsérvese que la norma fiscal define el valor normal de mercado como el precio que hubiera sido acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes. De este modo la determinación de ese valor de mercado constituirá en la práctica una cuestión de hecho de difícil cuantificación, dado que lo normal será que no exista precio comparable de referencia.

El artículo 16 del Real Decreto Legislativo 4/2004 establece los métodos que la Administración Tributaria puede aplicar para la determinación del valor normal de mercado. Se refiere el precepto, en primer lugar, al precio comparable de mercado. En virtud de este método, el valor de mercado consistirá en el precio de mercado del bien o servicio de que se trate o de otros de similares características efectuando, en su caso, las correcciones necesarias para considerar las particularidades de la operación.

Este precio será el que aplique el propio sujeto pasivo u otra entidad en operaciones concertadas con entidades no vinculadas en parecidas condiciones, esto es, operaciones referidas a una mercancía similar, volumen de operaciones equivalentes, operaciones referidas al mismo período de tiempo o a una misma zona geográfica, etc.

Cuando no exista precio de mercado comparable la Administración podrá utilizar supletoriamente el precio de adquisición o coste de producción incrementado. En este caso, el precio de adquisición o coste de producción se incrementará en el margen que obtenga habitualmente el sujeto pasivo en operaciones equiparables concertadas con personas independientes o, en su caso, en el margen que suelen obtener las empresas que operen en el mismo sector en operaciones equiparables concertadas con personas o entidades independientes.

Asimismo, podrá acudir la Administración con carácter supletorio al criterio del precio de reventa minorado. Mediante este método el valor normal de mercado se determina a partir del precio con el que el comprador revende a terceros independientes el bien o servicio, minorado en el margen que obtenga habitualmente en operaciones equiparables con entidades independientes, o bien a través del precio habitual de empresas del mismo sector.

Hemos de referirnos finalmente al método consistente en la distribución del resultado conjunto de la operación. La utilización de este método permite identificar el valor de mercado con aquel precio que se derive de distribuir el resultado conjunto de la operación de que se trate, teniendo en consideración los riesgos asumidos, los activos implicados y las funciones desempeñadas por las partes relacionadas.

Por tanto, en aras de poder cifrar el valor normal de mercado deberá partirse en este caso del resultado obtenido por el conjunto de las entidades vinculadas del grupo operando con terceros. Y será el que permita distribuir el resultado conjunto teniendo en cuenta el valor que añade cada entidad vinculada al bien o servicio que se transmite o presta a terceros.

Como es sabido, el actual Proyecto de Ley de Prevención del Fraude introduce diversas modificaciones en este artículo 16 del TRLIS al objeto de establecer el valor de mercado como el valor

válido en el ámbito de las personas o entidades vinculadas, dándose una nueva redacción a los supuestos en los que se considera que existe dicha vinculación, y estableciéndose además los métodos necesarios para la fijación de dicho valor.

Así, por ejemplo, a la luz de la nueva regulación, desaparece la referencia a la facultad potestativa y exclusiva de la Administración, que exime de toda responsabilidad al sujeto pasivo que contabiliza y declara sus operaciones a los precios reales convenidos, a pesar de que éstos no coincidan con los valores normales de mercado. De este modo, el artículo 16 del TRLIS pasa a configurarse de manera semejante al artículo 15 de este mismo texto legal, que establece la valoración para las sociedades, normalmente a precios de mercado, de ciertos bienes y servicios. Tal y como se dispone en el Proyecto, la Administración corregirá las operaciones sujetas al Impuesto sobre Sociedades (así como al IRPF o al IRNR) que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado.

Es ésta una regla que obliga en primer lugar y, ante todo, al propio declarante, sin perjuicio de la facultad de comprobar ese valor declarado que tiene la Administración Tributaria. En efecto, la nueva redacción de las disposiciones pasa a configurar lo concerniente a operaciones vinculadas como una verdadera norma de valoración, de aplicación obligatoria. Se trata de un importante cambio de criterio que determina además la introducción de una nueva regulación de las infracciones y sanciones tributarias en relación con la obligación de aportar a la Administración Tributaria determinada documentación por parte de las personas o entidades vinculadas ⁴¹.

Por lo que respecta a los métodos para determinar el «valor normal de mercado», el texto del Proyecto mantiene los tres principales actualmente existentes (método de «precio libre comparable», método del «coste incrementado» y método del «precio de reventa»), que son los propuestos en el Informe de la OCDE de julio de 1995, pero sin establecer una jerarquía entre ellos. Y para aquellos casos en los que los citados métodos no resulten aplicables, se ofrecen otras dos opciones: el método de «distribución de resultados» entre las partes vinculadas en función de un criterio que valore adecuadamente las condiciones acordadas entre ellas; y el método de «margen neto», que aspira a atribuir al conjunto de operaciones realizadas con una sociedad vinculada su resultado neto en función de las características de las mismas que resultan objetivas.

La intención perseguida parece clara: pudiendo la Administración proceder a valorar, con carácter general, a precios de mercado, esta posibilidad ha de resultar excluida cuando la sociedad documente suficientemente el valor declarado. Y en aquellos casos en los que se produzca incumplimiento sustancial de dicha obligación, se faculta a la Administración a efectuar la valoración a precios normales de mercado de acuerdo con los datos de que disponga aquélla.

⁴¹ Este mismo carácter imperativo se propone para la valoración de las operaciones realizadas con residentes en paraísos fiscales (operaciones efectuadas con personas o entidades, vinculadas o no vinculadas, y residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales), matizándose no obstante que ello será así siempre que dicha valoración con criterios de mercado no determine una tributación en España inferior o una tributación diferida respecto de la derivada del valor convenido entre las partes.

Al objeto de evitar problemas de estimación, el Proyecto prevé la posibilidad de que se solicite a la Administración, por parte de los sujetos pasivos, la valoración que debe atribuirse a estas operaciones vinculadas. La solicitud ha de ir acompañada de una propuesta formulada por el propio sujeto pasivo, debiendo desarrollarse su aspecto procedimental, más adelante, mediante la oportuna norma reglamentaria. Si el sujeto pasivo que fuese objeto de comprobación aceptara la valoración propuesta, se daría traslado de la misma a los demás obligados tributarios interesados en la «operación vinculada»; y si tampoco fuese objeto de impugnación por ellos, surtiría todos sus efectos, como nuevo valor, ya sea en el IS, en el IRPF o en el IRNR. En cambio, si el sujeto pasivo comprobado impugnase la valoración o solicitase la práctica de una tasación pericial contradictoria, dicha circunstancia se notificaría igualmente a las demás partes interesadas en el procedimiento al objeto de que puedan presentar las alegaciones que estimen pertinentes en el mismo ⁴².

Por otra parte el texto del Proyecto contempla la posibilidad de que, en caso de operaciones vinculadas, terceros afectados por la valoración administrativa de aquéllas puedan interponer recursos y reclamaciones, quedando así interrumpido el plazo de prescripción del derecho de la Administración Tributaria a efectuar las oportunas liquidaciones al obligado tributario, e iniciándose de nuevo el cómputo de dicho plazo cuando la valoración practicada por la Administración haya adquirido firmeza.

Todo lo anterior comporta además el establecimiento de una limitación a la deducibilidad de ciertos gastos (caso concreto de los servicios entre entidades vinculadas), que quedan condicionados al hecho de que los mismos produzcan o puedan producir una determinada ventaja o utilidad a su destinatario. Se trata de un requisito que quizás no añade nada nuevo respecto a los ya vigentes en materia de deducción de cualquier gasto, en la medida en que tan sólo incorpora un elemento nuevo de difícil concreción, no especificándose que la utilidad recibida haya de ser de naturaleza económica y obviándose la delimitación de este término respecto del requisito de correlación con los ingresos, que actualmente ya se aplica.

Dispone concretamente el apartado 5 del artículo 16 en su futura redacción que, tratándose de servicios prestados conjuntamente, cuando no resulte posible su individualización, la deducción de los gastos en concepto de servicios entre entidades vinculadas quedará condicionada a que los servicios prestados produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario. Así las cosas, corresponderá al sujeto que pretenda la deducción probar que se ha producido o que se puede producir una ventaja o utilidad por el servicio recibido.

Uno de los supuestos de operaciones vinculadas que podría llegar a plantearse en el ámbito de las sociedades laborales es el contemplado en el artículo 45.2 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LIRPF, relativo a operaciones vinculadas específicas que consistan en el ejercicio de actividades económicas o en prestaciones de trabajo llevadas a cabo por personas físicas.

⁴² Se mantiene no obstante la literalidad de la disposición relativa a las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver la solicitud del particular, conservándose la referencia relativa a que «las propuestas a que se refiere este apartado podrán entenderse desestimadas una vez transcurrido el plazo de resolución».

Se trata, no obstante, de una regla de valoración que únicamente es aplicable a aquellas operaciones vinculadas que tengan por objeto una prestación de trabajo realizada por una persona física (en nuestro caso el socio-trabajador de la sociedad laboral) a la sociedad con la que se halle vinculada o una entrega de bienes o prestación de servicios realizada por un profesional o empresario individual a una sociedad con la que mantenga vinculación. Tan sólo en estos dos casos la regla de valoración a precio de mercado sería la establecida en el citado artículo 45.2 del Real Decreto Legislativo 3/2004.

Es condición *sine qua non* para la aplicación de este régimen que la valoración a precio de mercado de dichas operaciones constituya un aumento de ingresos para la persona física que participa en la operación. Por ello debe estimarse que, en aquellos supuestos de operaciones vinculadas en que participe por ejemplo un empresario individual y en los que la valoración a precio de mercado de la operación no origine para él mayores ingresos sino mayores gastos, el régimen de valoración no será el establecido por el artículo 45.2 del Real Decreto Legislativo 3/2004, sino el contemplado en el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el TRLIS.

Debe quedar claro que en este régimen al que nos estamos refiriendo la valoración a precio de mercado es obligatoria para la sociedad y la persona física que realizan la operación vinculada. Así las cosas, es indiferente que se produzca o no un perjuicio económico para la Hacienda Pública. La valoración a precio de mercado debe efectuarse siempre que se produzca el «aumento de ingresos» para la persona física ⁴³.

Dadas las circunstancias anteriores se establece una regla específica de valoración de los servicios profesionales o de trabajo prestados por las personas físicas (socios-trabajadores) a la sociedad laboral con la que se hallan vinculadas. Esta regla consiste en que, a efectos del impuesto, se entiende que lo efectivamente satisfecho por la sociedad a la persona física por la prestación de sus servicios coincide con el valor de mercado.

Lógicamente, la aplicación de esta regla determina que en relación con estos servicios no resulten de aplicación las reglas de valoración de las operaciones vinculadas, aun cuando sea superior la valoración real de mercado de la operación. En consecuencia la Administración Tributaria nunca podrá valorar estos servicios de acuerdo con las reglas de las operaciones vinculadas, ni siquiera en aquellos supuestos en que pueda probar que la contraprestación satisfecha por la sociedad laboral haya sido inferior al verdadero valor de mercado.

El único requisito exigido a este respecto por el artículo 16.7 del Real Decreto Legislativo 4/2004 es que la sociedad vinculada (en nuestro caso la sociedad laboral) realice actividades profesionales y, en particular, que más del 50 por 100 de sus ingresos procedan de dichas actividades, siempre que la sociedad cuente además con medios personales y materiales para el desarrollo de sus actividades.

⁴³ Significa ello que si se ha pactado un precio diferente al de mercado, es este último el que debe consignarse por la persona física en su declaración del IRPF. Por su parte, la sociedad debe efectuar una corrección al resultado contable en su declaración para reflejar la diferencia con el valor de mercado, puesto que en su contabilidad habrá registrado el gasto por el importe real del mismo.

Téngase presente por tanto que la finalidad de esta regulación no es sino la de excluir las operaciones vinculadas en que participa una persona física del régimen de valoración del artículo 16 del TRLIS, de manera que sean los propios contribuyentes (persona física y sociedad) los que realicen en sus declaraciones, cuando fuere necesario, los ajustes oportunos al valor de mercado del precio por ellos convenido para la operación.

En definitiva, la naturaleza de la regla de valoración de la operación vinculada será distinta según la operación sea o no entre una sociedad y una persona física por el ejercicio de actividades económicas o por la prestación de trabajo personal.

Si la operación vinculada no constituye una operación de la sociedad con una persona para el ejercicio de actividades económicas y de prestación de trabajo personal, la valoración de la operación se producirá de acuerdo con el citado artículo 16 del TRLIS, precepto que contiene una norma cautelar de valoración que opera con la eficacia de una presunción *iuris et de iure*.

Y si la vinculación entre la sociedad y la persona física corresponde al ejercicio de actividades económicas o prestación de trabajo personal, la valoración de la operación se realizará de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 45.2 del TRLIRPF. Serán, por tanto, las propias partes implicadas en la operación las que lleven a cabo la valoración a valor normal de mercado.

Esta regla de valoración debe considerarse como una norma imperativa que opera igualmente con la eficacia de una presunción *iuris et de iure*, al no posibilitar la prueba en contrario como sucede con cualquier regla de valoración a precio de mercado regulada en la Ley del Impuesto. La aplicación de la norma sustantiva de valoración será por tanto obligatoria por los propios contribuyentes (la sociedad laboral y el trabajador) en sus declaraciones, evitándose así una fijación «caprichosa» del importe de la renta por parte de la persona física o de la cuantía del gasto por parte de la sociedad.

Piénsese que en el ámbito de las sociedades laborales no resulta infrecuente que la retribución de los socios-trabajadores no se fije en función de las condiciones normales de mercado, sino que se atienda a la situación económica que atraviese la sociedad. De este modo, en épocas de dificultad económica para aquélla los salarios se reducirán con la finalidad de garantizar su viabilidad económica, mientras que en épocas de crecimiento económico los socios-trabajadores percibirán retribuciones superiores a las correspondientes según su categoría laboral, obteniendo un beneficio indirecto derivado más de su condición de socio que de la de trabajador.

¿Podría en estos casos la Administración Tributaria practicar un ajuste tanto en la base imponible de la sociedad laboral como en la de los socios? Si el resultado de dicho ajuste fuese un incremento global en la tributación de la operación entendemos que sí. En la práctica, ello se producirá cuando los salarios de los socios-trabajadores superen el importe que corresponda a su categoría y cuando el tipo de gravamen marginal en el IRPF de aquéllos resulte inferior al 30 o al 35 por 100. Y es que la sociedad se ahorrará fiscalmente el 35 o el 30 por 100 sobre tales cantidades, mientras que la persona física tributará por esas mismas cantidades a un tipo inferior al 35 o al 30 por 100.

Igualmente, si las retribuciones del socio-trabajador resultan ser inferiores a las de su categoría laboral y si su tipo de gravamen marginal en el IRPF supera el 30 o el 35 por 100 se producirá un incremento en la tributación de la operación, en la medida en que sobre dichas cantidades el socio-trabajador pagaría por IRPF más del 35 o del 30 por 100, mientras que la sociedad tendría un ahorro impositivo sobre esas mismas cantidades del 35 por 100.

Incluso esta situación podría afectar, no ya sólo al socio-trabajador de la sociedad laboral, sino también a su cónyuge, ascendientes o descendientes, calculándose el valor de mercado a aplicar en aquellos supuestos en los que existiese diferencia con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 16 del Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades ⁴⁴.

De conformidad con lo establecido en el citado precepto debe notificarse a la otra parte vinculada, excepto cuando no se halle sujeta al IS o al IRPF, la existencia de un procedimiento de comprobación del que pueda derivarse la valoración de la operación vinculada por un ajuste diferente al pactado por las partes, indicándose además los motivos del ajuste así como los métodos que pueden ser tomados en consideración para determinar el valor normal de mercado.

A la luz de esta notificación, la otra parte vinculada podrá alegar en el plazo de 30 días aquello que estime pertinente. Una vez examinadas las alegaciones de ambas partes vinculadas, y con anterioridad a la redacción del acto de determinación del valor normal de mercado, debe ponerse de manifiesto a las partes los métodos y criterios de valoración tenidos en cuenta para dicha determinación, disponiendo éstas al efecto de un plazo de 15 días para formular las alegaciones y justificaciones que estimen oportunas.

El órgano administrativo competente para dictar el acto de liquidación dictará el acto de comprobación determinando al efecto el valor normal de mercado. Este acto ha de estar motivado y puede ser recurrido por ambas partes vinculadas al ejercitar los recursos y reclamaciones que procedan contra el acto de liquidación correspondiente al período impositivo en que se realizó la operación vinculada.

El valor de mercado determinado por la Administración surtirá efecto, cuanto no hubiese sido recurrido, para los períodos impositivos correspondientes. Y en caso de que se hubiese interpuesto recurso, el valor normal de mercado fijado por la Administración quedará en suspenso hasta la resolución del recurso con carácter firme.

En todo caso, hemos de concluir esta cuestión precisando que el actual Proyecto de Ley de Prevención del Fraude elimina de su texto la referencia al artículo 45.2 del TRLIRPF (y también, de manera correlativa, en el art. 16.7 TRLIS), respecto a los servicios socio-sociedad en el ámbito de

⁴⁴ Realmente este artículo 16 del RIS no establece un procedimiento en sentido estricto entendido como un conjunto de trámites encadenados entre sí de modo sucesivo e integrando un *iter lógico* que se inicie con la declaración del sujeto pasivo o con una actuación de oficio de la Administración y que termine con el acto de comprobación. El reglamento se limita a señalar una serie de trámites dentro de la fase de comprobación del procedimiento de liquidación tributaria que deberán seguirse por los órganos inspectores a la hora de dictar el acto de comprobación.

las sociedades profesionales, en el sentido de que *«en todo caso se entenderá que la contraprestación efectivamente satisfecha coincide con el valor normal de mercado en las operaciones correspondientes al ejercicio de actividades profesionales o a la prestación de trabajo personal por personas físicas a sociedades en las que más del 50 por 100 de sus ingresos procedan del ejercicio de actividades profesionales, siempre que la entidad cuenta con medios personales y materiales para el desarrollo de sus actividades»*. Coincidimos con GARCÍA NOVOA ⁴⁵ en que ello puede llegar a suponer la apertura de una vía hacia la arbitrariedad en la determinación del valor de las prestaciones satisfechas por las sociedades a los socios profesionales que realizan actividades laborales o económicas para las mismas.

IV. OBLIGACIONES FISCALES DE CARÁCTER FORMAL IMPUESTAS A LAS SOCIEDADES LABORALES

Toda sociedad laboral debe cumplimentar diversas obligaciones fiscales de carácter formal para poder iniciar de modo efectivo su actividad.

En primer término, ha de tramitar la declaración de alta de domicilio fiscal y la declaración previa al inicio de la actividad en la correspondiente Delegación de Hacienda (Modelo 036) ⁴⁶ solicitando además el oportuno Código de Identificación Fiscal (CIF) ⁴⁷.

Como es sabido, desde el 1 de septiembre de 2003 las declaraciones censales quedan contempladas en el Reglamento por el que se regulan determinados censos tributarios, aprobado mediante Real Decreto 1041/2003. La sociedad laboral ha de presentar declaración censal tanto para comunicar a la Administración determinados hechos o situaciones como para solicitar de la misma la asignación del NIF.

En cambio, no resulta exigible la utilización de esta declaración para solicitar la aplicación, renuncia o revocación de las exenciones y beneficios fiscales de los que disfrutaban esta clase de entidades. Recuérdese que dicho régimen tributario no se halla condicionado a ninguna solicitud ni a ningún acto administrativo de reconocimiento previo por parte de la Administración Tributaria, basando con la concurrencia de los requisitos legalmente previstos.

La sociedad podrá presentar tres tipos de declaración censal: de alta, de modificación y de baja. Como norma general la declaración de alta se presentará, según proceda, antes del inicio de la actividad, de la realización de las operaciones o del nacimiento de la obligación de retener por aquellos rendimientos que se satisfagan, abonen o adeuden.

⁴⁵ GARCÍA NOVOA, C., «El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude», en *QF*, n.º 9, 2006, pág. 19.

⁴⁶ Con carácter general, este Modelo 036 es el único aprobado para todo obligado tributario, constando de dos ejemplares, uno para la Administración y otro para el interesado, y debiendo llevar adherido cada uno de ellos la etiqueta identificativa del declarante.

⁴⁷ En la actualidad, y como consecuencia de la generalización del Número de Identificación Fiscal (NIF), el Código de Identificación Fiscal de estas entidades constituirá su NIF, resultando aplicables las disposiciones relativas a este último.

La declaración de modificación servirá para comunicar a la Administración la variación de cualquiera de los datos recogidos en la declaración de alta de la sociedad (caso por ejemplo del cambio de domicilio fiscal) o en cualquier otra declaración posterior. El plazo de presentación será de un mes a contar desde el día siguiente a aquel en que se produzcan. No obstante, si la modificación de los datos resultase ser iniciativa de la Administración, no será preciso presentar esta declaración.

Finalmente, la sociedad deberá presentar la declaración de baja cuando cese en el ejercicio de toda actividad, constituyendo esta declaración la baja en el Censo de obligados tributarios. El plazo para su presentación será de un mes a partir del día siguiente a aquel en que se produzca la mencionada circunstancia.

Tal y como hemos señalado anteriormente, la solicitud para que la Administración asigne el CIF a la sociedad (y, en consecuencia, el NIF) se realiza mediante declaración censal en unidad de acto con la declaración de actividad o alta en el censo, adjuntando la correspondiente documentación complementaria. La sociedad deberá solicitar la asignación del NIF cuando vaya a ser titular de relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria, debiendo asignarlo la Delegación o Administración de la AEAT competente en el plazo máximo de 10 días ⁴⁸.

El NIF asignado tendrá un carácter provisional mientras la sociedad no aporte en su totalidad la documentación complementaria requerida, a saber, copia de la escritura pública o documento fehaciente de su constitución, copia de los estatutos sociales o documento equivalente y certificación de su inscripción en Registro Público ⁴⁹.

Una vez asignado el NIF provisional la sociedad queda obligada a aportar aquella documentación que estuviese pendiente tan pronto como disponga de toda ella, si bien la Administración Tributaria puede requerirle para que la aporte, otorgándole un plazo máximo de 10 días para presentarla o para que justifique los motivos que lo impidan, indicando el plazo necesario para su aportación definitiva. En todo caso, su solicitud deberá producirse dentro del mes siguiente a la fecha de su constitución.

Ahora bien, el hecho de que la sociedad pudiese tener la consideración de «irregular» (al faltar su inscripción en el Registro Mercantil o la elevación a escritura pública del contrato de sociedad) no significa que el NIF asignado caduque, teniendo validez indefinida. En todo caso, una vez cumplidas las referidas obligaciones, se asignará a la sociedad laboral el NIF definitivo, previa solicitud a través de la oportuna declaración censal, en la que habrán de constar todas las modificaciones producidas respecto de los datos consignados en la declaración presentada para solicitar el NIF provisional no comunicados a la Administración en anteriores declaraciones censales de modificación.

⁴⁸ Concretamente la sociedad deberá instar la solicitud antes de que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias: realización de entregas, prestaciones o adquisiciones de bienes o servicios, percepción de cobros o abono de pagos o contratación de personal laboral efectuada para el desarrollo de su actividad.

⁴⁹ La sociedad deberá presentar además copia de las escrituras o documentos que modifiquen los anteriormente vigentes, siempre que tales variaciones impliquen la presentación de una declaración de modificación de datos.

El NIF asignado será además invariable, cualquiera que puedan ser las modificaciones que experimente la entidad, salvo lógicamente el cambio de forma jurídica.

La sociedad laboral debe llevar además los oportunos Libros Registros del IVA, esto es, los Libros Registro de facturas emitidas y recibidas y, en su caso, el Libro Registro de bienes de inversión. En el Libro Registro de facturas expedidas la sociedad deberá contabilizar todas aquellas facturas y documentos sustitutivos que hayan sido expedidos, por orden cronológico, reflejando respecto de cada una su número, fecha, destinatario, base imponible, tipo aplicado y cuota repercutida⁵⁰. Igualmente habrá de conservar las facturas emitidas numeradas por orden cronológico y agrupadas por trimestres.

En el Libro Registro de facturas recibidas se registrarán todas aquellas facturas recibidas por la sociedad laboral, así como las facturas o documentos sustitutivos expedidos en los casos de autoconsumo. Como es lógico, en este caso el número de emisión de la factura se sustituye por el de recepción asignado por el destinatario, pudiendo emplearse en la numeración series separadas cuando existan razones que lo justifiquen. Los asientos resúmenes habrán de serlo por facturas recibidas en una misma fecha, siempre que su valor global no supere los 6.000 euros, IVA no incluido, ni en de cada una de ellas 500 euros, asimismo, con el IVA incluido.

Por lo que al Libro Registro de bienes de inversión se refiere, en él ha de registrar la sociedad, en su caso, todos los datos relativos a sus bienes de inversión, haciendo constar su naturaleza, las facturas o documentos relativos a su adquisición, la fecha de inicio de su utilización (que determinará el comienzo del período de regularización), la prorrateo anual definitiva y la regularización anual, si procediese, de las deducciones.

Tanto los Libros Registro como todos aquellos documentos que hubieren servido a su elaboración han de ser conservados por la sociedad al menos durante un período de cuatro años, a excepción de las facturas correspondientes a bienes de inversión, las cuales se conservarán durante toda la vida útil del bien o hasta que se dé de baja.

Lógicamente, si la sociedad realizase actividades a las cuales les fuese de aplicación los regímenes especiales de agricultura, pesca y ganadería, no estará obligada a llevar Libros Registro de dicha actividad a efectos del IVA.

Si bien la sociedad laboral estará exenta del Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) siempre que el importe de su cifra de negocios resulte ser inferior a 1.000.000 de euros, con independencia de la naturaleza de las actividades que ejerza, deberá comunicar a los órganos administrativos que gestionan la matrícula del IAE la referida circunstancia al formular la declaración censal en el Censo de obligados tributarios (Modelo 036).

⁵⁰ Son admisibles, no obstante, asientos resúmenes referidos a varias facturas, indicando los números de ellas, fecha, base imponible global, tipo impositivo y cuota global, siempre que las facturas o documentos sustitutivos englobadas correspondan a la misma fecha y el importe conjunto, IVA incluido, no exceda de 6.000 euros.

Si la sociedad no estuviese exenta, quedando obligada a ingresar la deuda tributaria que proceda, deberá presentar declaración de alta en la matrícula del impuesto por la totalidad de las actividades que ejerza antes del transcurso de un mes desde el inicio de la actividad ⁵¹. El ingreso de la deuda tributaria tendría lugar, en las declaraciones de alta, mediante liquidación notificada individualmente por el órgano competente para liquidar y, en los restantes supuestos, por recibo.

A través del Modelo 840 la sociedad podrá darse de alta o de baja en el IAE y declarar variaciones en la actividad, así como dar de alta o de baja un local indirectamente afecto a la actividad en el IAE, declarar las variaciones en dichos locales y rectificar datos de declaraciones anteriores. Sirviéndose del citado Modelo la sociedad podrá darse de baja en el ejercicio de la actividad. El plazo para ello es de un mes a partir del cese, surtiendo efecto la declaración en la matrícula del ejercicio siguiente al de su presentación ⁵². También podría darse de baja a través del citado Modelo aquella sociedad que, estando incluida en la matrícula del impuesto, accediese a la aplicación de la exención. El plazo para ello sería durante el mes de diciembre inmediato anterior al año en que la sociedad quedase exonerada de tributar por el impuesto.

El Modelo 848 podrá ser, en su caso, utilizado por aquella sociedad a la que no resulte aplicable la exención por importe neto de cifra de negocios inferior a 1.000.000 de euros, al objeto de proceder a la comunicación ante la AEAT del importe neto de la cifra de negocios o de la variación en la misma que suponga la modificación de la aplicación o no de la citada exención.

⁵¹ Esta declaración de alta también debe ser presentada por la sociedad si, habiendo estado exenta, hubiese dejado de cumplir las condiciones necesarias para la aplicación de la misma, presentándola en este caso durante el mes de diciembre inmediato anterior al año en que estuviese obligada a contribuir por el IAE.

⁵² No obstante, si el cese se produjese en los ejercicios anteriores y la declaración se presentase fuera de plazo, siempre que la fecha de cese fuese acreditada fehacientemente, surtiría efectos en la matrícula del ejercicio de su presentación.

MÓNICA ARRIBAS LEÓN

Profesora Doctora de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Extracto:

LAS ONGs son entidades sin ánimo lucrativo con una importancia indudable en la realidad social actual. Sin embargo, a nuestro juicio, desde el punto de vista jurídico no han recibido la atención individualizada que merecen, ni por parte del legislador ni por parte de la doctrina científica.

Jurídicamente, pueden articularse como fundación o como asociación. Eso significa que cuando reúnan las condiciones exigidas por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, disfrutarán de un régimen fiscal ventajoso de cara a su propia tributación, además de otorgar la posibilidad de aplicar beneficios fiscales a quienes efectúen donativos, donaciones y aportaciones en su favor.

El estudio versa sobre esta última cuestión, es decir, los incentivos fiscales reconocidos en las leyes estatales, así como los creados por la normativa de las Comunidades Autónomas de régimen común y Foral, en el seno de los impuestos directos que gravan la renta de quienes realizan estas contribuciones: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Se trata de analizar las medidas tributarias instauradas en aras a promover este tipo de aportaciones, que básicamente se reconducen a dos: una deducción en la cuota del impuesto correspondiente y la eventual exención de la ganancia patrimonial generada con la operación.

Sumario:

1. Introducción.
2. La naturaleza del donante como elemento básico del estudio.
3. Las donaciones a ONGs y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - 3.1. Deducción a la cuota íntegra estatal.
 - 3.1.1. Régimen de la Ley 49/2002.
 - 3.1.2. Régimen de la LIRPF.
 - 3.2. Deducciones a la cuota íntegra autonómica.
 - 3.3. Deducciones a la cuota íntegra en los territorios históricos.
 - 3.3.1. Deducciones a la cuota íntegra en Navarra.
 - 3.3.2. Deducciones a la cuota íntegra en los territorios históricos del País Vasco.
 - 3.4. Exención de la eventual ganancia patrimonial.
4. Las donaciones a ONGs y el Impuesto sobre Sociedades.
 - 4.1. Deducción a la cuota íntegra en la Ley 49/2002.
 - 4.2. Deducción a la base imponible en los territorios forales.
 - 4.3. Exención de la eventual ganancia patrimonial.
5. Las donaciones a ONGs y el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.
 - 5.1. Regulación en los territorios forales.
6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio del régimen fiscal de las Organizaciones no Gubernamentales (en adelante, ONGs) puede ser afrontado desde varias perspectivas. Nosotros pretendemos abordar en las siguientes páginas la que toma en consideración las especialidades tributarias de los donativos/donaciones/aportaciones en favor de estas entidades, centrando nuestra atención en los incentivos fiscales reconocidos a los donantes en las normas reguladoras de los impuestos directos que gravan la renta de quienes llevan a cabo el donativo/donación/aportación.

Previamente queremos hacer una precisión; somos conscientes del distinto significado que puede atribuirse a las expresiones «*beneficio fiscal*» e «*incentivo fiscal*». Según el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, un beneficio es un bien o utilidad que se recibe y un incentivo es un estímulo que mueve a hacer una cosa. Compartimos con la doctrina que el incentivo no es una modalidad de beneficio, sino una forma de actuar de éste, tendente a producir concretos resultados; el incentivo es el estímulo que en relación con una determinada conducta puede provocar el reconocimiento de un beneficio fiscal¹. No obstante, emplearemos ambas locuciones de forma indistinta, como sinónimos de medidas especiales o privilegios que pueden aplicarse los sujetos al practicar donativos/donaciones/aportaciones en favor de una ONG.

2. LA NATURALEZA DEL DONANTE COMO ELEMENTO BÁSICO DEL ESTUDIO

Resulta manifiesto que la naturaleza del sujeto que efectúa el donativo/donación/aportación deviene en un elemento esencial de cara al trabajo. En función de las condiciones de esta persona, la incidencia de los incentivos fiscales deberá observarse en un impuesto o en otro.

¹ SOLER ROCH, M.T., *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983; MARTÍN FERNÁNDEZ, J., *Régimen tributario del mecenazgo en España*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996, pág. 42.

Las circunstancias personales que deben ser tenidas en cuenta son dos: el carácter del sujeto y su lugar de residencia. Según sea una persona física o jurídica ², residente o no residente en territorio español, estaremos en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF, en adelante), el Impuesto sobre Sociedades (IS, en adelante) o el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR, en adelante).

3. LAS DONACIONES A ONGs Y EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Dos son los beneficios, en principio, reconocidos en el ámbito del IRPF a las personas físicas residentes en territorio español que procedan a realizar un donativo/donación/aportación en favor de una ONG: una deducción en la cuota y la exención de la eventual ganancia patrimonial que puede producir dicha operación.

Y decimos en principio porque no es suficiente con la práctica de tales actuaciones para generar el derecho a la aplicación de estas medidas. Nuevamente aquí existe un factor determinante: el carácter de quien recibe el donativo/donación/aportación. En función de la naturaleza jurídica y de las condiciones que reúna el sujeto receptor se otorgan unos mayores o menores incentivos a la persona que lleva a cabo el donativo.

Antes de iniciar el estudio de esas medidas es menester realizar una importante puntualización al régimen descrito, pues no tiene validez dentro de todo el territorio español. Debemos recordar que, en los territorios históricos, el IRPF es un tributo concertado de normativa autonómica. Según el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF, en adelante):

«Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de concierto y convenio económico en vigor, respectivamente, en los Territorios Históricos del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra.»

Estos territorios se regirán, por lo tanto, por sus propias normas y no por la ley estatal. No obstante, las leyes propias reguladoras del IRPF en estos territorios forales también contemplan deducciones a la cuota íntegra por donativos en favor de determinadas entidades, tal y como observaremos más adelante cuando hayamos analizado el régimen común, así como la eventual exención del incremento de patrimonio que se pueda poner de manifiesto con ocasión de tal operación.

² Las entidades sin personalidad jurídica no suscitan especialidad alguna; basta con aplicar las normas de atribución de renta para analizar quién está detrás, si una persona física o jurídica, y acudir a las normas del impuesto correspondiente. Por ejemplo, si quien efectúa la donación es una comunidad de bienes, simplemente habrá que analizar la naturaleza de los comuneros para decidir el impuesto afectado: si son personas físicas residentes, el IRPF; si son personas jurídicas residentes, el IS; y si son no residentes, personas físicas o jurídicas, el IRNR.

3.1. Deducción a la cuota íntegra estatal.

A la hora de afrontar el examen de la deducción a la cuota íntegra estatal debemos partir de los artículos 68 y 69.3 de la LIRPF. Veamos qué dicen ambos preceptos:

Artículo 68: *«Cuota líquida estatal.*

- 1. La cuota líquida estatal será el resultado de disminuir la cuota íntegra estatal en la suma de: (...)*
 - b) El 67 por 100 del importe total de las deducciones previstas en los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 69 de esta ley.*
- 2. El resultado de las operaciones a que se refiere el apartado anterior no podrá ser negativo.»*

Artículo 69.3: *«Deducciones por donativos.*

Los contribuyentes podrán aplicar, en este concepto:

- a) Las deducciones previstas en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.*
- b) El 10 por 100 de las cantidades donadas a las fundaciones legalmente reconocidas que rindan sus cuentas al órgano de protectorado correspondiente, así como las asociaciones declaradas de utilidad pública, no comprendidas en el párrafo anterior.»*

De esta regulación se desprenden dos datos esenciales. En primer lugar, que el importe de la deducción que puede destinarse a reducir la cuota íntegra estatal será del 67 por 100 del valor total de la cuantificación de la deducción. Y, en segundo lugar, que la LIRPF prevé dos sistemas diferentes para cuantificar la deducción, según que sean o no aplicables las normas propias contenidas en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (en adelante, Ley 49/2002).

Analicemos por separado estos regímenes. Pero, antes de ello, hemos de traer también a colación otra norma básica de la LIRPF, el artículo 70.1, que dispone:

«La base de las deducciones a que se refieren los apartados 3 y 5 del artículo 69 de esta ley no podrá exceder del 10 por 100 de la base liquidable del contribuyente.»

Se inserta de este modo un límite máximo a la base de la deducción, que no debe confundirse con la limitación consignada en el artículo 68.2 de esta misma ley respecto al importe de la deducción. La LIRPF contiene dos topes distintos: uno, a la base de la deducción en el artículo 70.1, y otro, a la cuantía de la deducción, en el artículo 68.2. Sobre ambos volveremos más adelante.

3.1.1. Régimen de la Ley 49/2002.

Según preceptúa el artículo 16 de la Ley 49/2002, en su letra a), para que adquiriera vigencia el régimen especial contenido en este texto normativo es necesario que el receptor del donativo/donación/aportación sea alguno de los entes recogidos en el Título II de la propia Ley 49/2002. Y el artículo 2 de este cuerpo legislativo considera como entidades sin fines lucrativos a las fundaciones, las asociaciones declaradas de utilidad pública, las organizaciones no gubernamentales de desarrollo a que se refiere la Ley 23/1998 cuando tengan la forma jurídica de una fundación o una asociación, las delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones, las federaciones deportivas españolas y las territoriales de ámbito autonómico, el Comité Olímpico Español, el Comité Paralímpico Español y las federaciones y asociaciones de las entidades sin fines lucrativos anteriores.

La pregunta inmediata es: ¿están las ONGs dentro de esa lista? Es obvio que la contestación es sencilla para las ONGs de desarrollo a que se refiere la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, si adoptan la forma jurídica de una fundación o una asociación declarada de utilidad pública. ¿Y el resto? Para dar respuesta a este interrogante debemos indagar acerca de la naturaleza jurídica de estas entidades. Y aquí aparece una dificultad: no hay ninguna norma que se refiera a este aspecto; ninguna ley determina cuál es la naturaleza jurídica de las ONGs. No obstante, a pesar de la ausencia de reglas legales, se acepta de manera unánime que una ONG no es más que una asociación privada, que puede configurarse jurídicamente como fundación o como asociación. De ahí que en principio quepa considerar bajo la esfera de eficacia de la Ley 49/2002 a estos entes.

Pero no basta con que la ONG se articule jurídicamente bajo alguna de estas formas, sino que además se recoge otro condicionante indispensable: que cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 3.

«Artículo 3. Requisitos de las entidades sin fines lucrativos.

Las entidades a que se refiere el artículo anterior, que cumplan los siguientes requisitos, serán consideradas, a efectos de esta Ley, como entidades sin fines lucrativos:

- 1.º Que persigan fines de interés general (...)*
- 2.º Que destinen a la realización de dichos fines al menos el 70 por 100 de las siguientes rentas e ingresos:*
 - a) Las rentas de las explotaciones económicas que desarrollen.*
 - b) Las rentas derivadas de la transmisión de bienes o derechos de su titularidad (...)*
 - c) Los ingresos que obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales ingresos (...)*
- 3.º Que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria (...)*
- 4.º Que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado*

inclusive de cualquiera de ellos no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios (...)

- 5.º *Que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno sean gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, sin que las cantidades percibidas por este concepto puedan exceder de los límites previstos en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para ser consideradas dietas exceptuadas de gravamen (...)*
- 6.º *Que, en caso de disolución, su patrimonio se destine en su totalidad a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta Ley, o a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general, y esta circunstancia esté expresamente contemplada en el negocio fundacional o en los estatutos de la entidad disuelta, siendo aplicable a dichas entidades sin fines lucrativos lo dispuesto en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 97 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (...)*
- 7.º *Que estén inscritas en el registro correspondiente.*
- 8.º *Que cumplan las obligaciones contables previstas en las normas por las que se rigen o, en su defecto, en el Código de Comercio y disposiciones complementarias.*
- 9.º *Que cumplan las obligaciones de rendición de cuentas que establezca su legislación específica. En ausencia de previsión legal específica, deberán rendir cuentas antes de transcurridos seis meses desde el cierre de su ejercicio ante el organismo público encargado del registro correspondiente.*
- 10.º *Que elaboren anualmente una memoria económica en la que se especifiquen los ingresos y gastos del ejercicio, de manera que puedan identificarse por categorías y por proyectos, así como el porcentaje de participación que mantengan en entidades mercantiles (...).*»

Tras sentar la premisa necesaria de que nada obsta a que una ONG pueda cumplir las condiciones exigidas por la Ley 49/2002, generando así el derecho de quienes llevan a cabo donaciones/donativos/aportaciones en su favor a regirse por las normas contenidas en el Título III de este cuerpo legal, y antes de entrar estrictamente en las reglas de cuantificación de la correspondiente deducción, tenemos que hacer al menos una rápida referencia al objeto del donativo/donación/aportación. No sólo puede consistir en dinero, sino que, como bien reconoce el artículo 17 de la Ley 49/2002, puede ser bastante heterogéneo:

«Artículo 17. *Donativos, donaciones y aportaciones deducibles.*

1. *Darán derecho a practicar las deducciones previstas en este Título los siguientes donativos, donaciones y aportaciones irrevocables, puros y simples, realizados en favor de las entidades a las que se refiere el artículo anterior:*

- a) *Donativos y donaciones dinerarios, de bienes o de derechos.*
 - b) *Cuotas de afiliación a asociaciones que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación presente o futura.*
 - c) *La constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes, derechos o valores, realizada sin contraprestación.*
 - d) *Donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro general de bienes de interés cultural o incluidos en el Inventario general a que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.*
 - e) *Donativos o donaciones de bienes culturales de calidad garantizada en favor de entidades que persigan entre sus fines la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión del patrimonio histórico artístico.*
2. *En el caso de revocación de la donación por alguno de los supuestos contemplados en el Código Civil, el donante ingresará, en el periodo impositivo en el que dicha revocación se produzca, las cuotas correspondientes a las deducciones aplicadas, sin perjuicio de los intereses de demora que procedan.*

Lo establecido en el párrafo anterior se aplicará en los supuestos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.»

El precepto anterior exige que el donativo/donación/aportación sea irrevocable³ y tenga carácter puro y simple, sin que, en opinión de la Dirección General de Tributos, el hecho de que la entidad donante realice publicidad de la misma pueda considerarse que desvirtúa esta naturaleza⁴.

Pasemos ahora a ver en que consisten las especialidades recogidas en la Ley 49/2002 de cara a la determinación del montante de la oportuna deducción.

Los artículos 18 y 19 de la Ley 49/2002 son los que regulan esta cuestión:

³ Pudiera parecer un contrasentido que el precepto comience su apartado 1 exigiendo que el donativo, donación o aportación sea «irrevocable» y luego, en el apartado 2, se remita a los supuestos de revocación del Código Civil. Debe distinguirse entre la irrevocabilidad del contrato por la simple voluntad del donante, que es lo que prohíbe la norma fiscal, y la revocación del mismo por la concurrencia de las causas previstas en el Código Civil. Estamos simplemente ante una transposición de los criterios civiles al ámbito tributario; como reconoce la doctrina civil, la donación es un negocio jurídico irrevocable en el sentido de que no puede quedar sin efecto por la sola voluntad del donante, aunque, dado su carácter de atribución patrimonial sin contraprestación, faculta al donante para recuperar lo donado en determinados supuestos. ALBA-DALEJO, M., *Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, 11.ª edición, Bosch, Barcelona, 2002, págs. 609-610; CASTÁN, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo tercero. Derecho de obligaciones y el contrato en general*, 13.ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1983, págs. 612-617; Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, 9.ª edición, Madrid, 2004, pág. 314; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones. Volumen segundo. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 98-99; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. III Contratos*, Marcial Pons, 7.ª edición, Madrid, 2003, pág. 193.

⁴ Consulta número 2045-04, de 3 de diciembre de 2004.

Artículo 18. *«Base de las deducciones por donativos, donaciones y aportaciones.»*

1. *La base de las deducciones por donativos, donaciones y aportaciones realizados en favor de las entidades a las que se refiere el artículo 16 será:*

- a) En los donativos dinerarios, su importe.*
- b) En los donativos o donaciones de bienes o derechos, el valor contable que tuviesen en el momento de la transmisión y, en su defecto, el valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio.*
- c) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes inmuebles, el importe anual que resulte de aplicar, en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo, el 2 por 100 al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo.*
- d) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre valores, el importe anual de los dividendos o intereses percibidos por el usufructuario en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo.*
- e) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre otros bienes y derechos, el importe anual resultante de aplicar el interés legal del dinero de cada ejercicio al valor del usufructo determinado en el momento de su constitución conforme a las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.*
- f) En los donativos o donaciones de obras de arte de calidad garantizada y de los bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español a que se refieren los párrafos d) y e) del apartado 1 del artículo 17 de esta Ley, la valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación. En el caso de los bienes culturales que no formen parte del Patrimonio Histórico Español, la Junta valorará, asimismo, la suficiencia de la calidad de la obra.*

2. *El valor determinado de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior tendrá como límite máximo el valor normal en el mercado del bien o derecho transmitido en el momento de su transmisión.»*

Artículo 19. *«Deducción de la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.»*

- 1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán derecho a deducir de la cuota íntegra el 25 por 100 de la base de la deducción determinada según lo dispuesto en el artículo 18.*
- 2. La base de esta deducción se computará a efectos del límite previsto en el artículo 56, apartado 1, de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias ⁵.»*

⁵ Esta referencia debe entenderse efectuada al artículo 70 de la LIRPF.

Una idea resulta manifiesta: la cuantificación del importe total de la deducción se obtiene aplicando sobre la base de la deducción el tipo fijado en la norma.

Junto a esta idea debemos incidir en otras dos que ya hemos apuntado con anterioridad. Por un parte, es conveniente no perder de vista que la legislación general del impuesto prevé que la cuota líquida estatal nunca puede resultar negativa por aplicación de las deducciones, de donde extraemos la existencia de un tope máximo al importe que puede ser deducido de la cuota íntegra estatal; la suma de las deducciones no podrá exceder en ningún caso del saldo que arroje dicha magnitud. Y por otra, que la cuantía de la deducción que puede aplicarse sobre la cuota íntegra estatal no es del 100 por 100 del valor total que resulte de la regla de cuantificación, sino sólo del 67 por 100.

Los artículos 18 y 19 de la Ley 49/2002 sientan perfectamente los criterios para fijar la base de la deducción y el tipo aplicable, de tal forma que la cuantificación del importe total no es complicada. Queremos subrayar que la Ley 49/2002, en el artículo 19, recoge el límite a la base de deducción por donativos insertado en el artículo 70 de la LIRPF; este precepto de la LIRPF, al indicar el máximo de la cuantía que puede tomarse como base de la deducción, señala que en ningún caso puede superar, junto con la base de la deducción por otros donativos y la base de la deducción por actuaciones para la protección y difusión del Patrimonio Histórico Español y de las ciudades, conjuntos y bienes declarados Patrimonio Mundial, el 10 por 100 de la base liquidable del contribuyente; luego, de cara a la cuantificación, hay que tener en cuenta también la posible presencia de otras deducciones por donativos/donaciones/aportaciones o por lo que podríamos denominar inversión en bienes de interés cultural.

Veámoslo con un ejemplo:

Deducción a la cuota íntegra estatal IRPF: régimen Ley 49/2002

C. Cuantificación de la deducción

Artículos 18 y 19 de la Ley 49/2002

Ejemplo: Particular residente en Sevilla que a lo largo del ejercicio 2005 efectuó donaciones por importe total de 3.000 euros en favor de una ONG constituida como asociación, declarada de utilidad pública y que cumple todos los requisitos exigidos por la Ley 49/2002. Suponiendo que la BL de ese contribuyente en el ejercicio 2005 arroja un valor de 31.689 euros y que no ha realizado ninguna inversión en bienes de interés cultural, ¿cuánto podrá deducirse de la cuota íntegra estatal en concepto de donación?

1. Cálculo importe deducción general $\longrightarrow$ Importe = base $\times$ tipo

Base:	$\ominus$	Importe donado $\longrightarrow$	3.000 €	} 3.000 €	} 750 €
		10% BI total $\longrightarrow$	3.168,9 €		
Tipo:	25%				

2. Cálculo importe deducción a la CIE

67% importe general deducción $\longrightarrow$ 67% 750 = 502,5 €

3.1.2. Régimen de la LIRPF

El apartado b) del artículo 69.3 de la LIRPF recoge un sistema propio para aquellos casos en que no sea posible aplicar el previsto en la Ley 49/2002; esto sucederá cuando la ONG no reúna los requisitos del artículo 3 de esta norma, aunque sí cumpla los reclamados por el propio artículo de la LIRPF: si es una fundación, que esté legalmente reconocida y rinda cuentas al órgano de protectorado correspondiente, o si tiene la naturaleza de una asociación, que haya sido declarada de utilidad pública.

Este régimen de la LIRPF es muy similar al expuesto con anterioridad, con dos diferencias; una, en el porcentaje de deducción aplicable, que disminuye quince puntos y se sitúa en el 10 por 100; la otra, con relación al elemento objetivo de la operación, esto es, el contenido de la misma, que a nuestro juicio, dada la literalidad del precepto, «*cantidades donadas*», está restringiéndolo a importes en efectivo o equivalentes ⁶.

Si retomamos el ejemplo anterior, comprobamos la desigualdad en el tratamiento que se dispensa:

Deducción a la cuota íntegra estatal IRPF: régimen LIRPF

Ejemplo: Particular residente en Sevilla que a lo largo del ejercicio 2005 efectuó donaciones por importe total de 3.000 euros en favor de una ONG constituida como asociación, declarada de utilidad pública pero que no cumple todos los requisitos exigidos por la Ley 49/2002. Suponiendo que la BL de ese contribuyente en el ejercicio 2005 arroja un valor de 31.689 euros y que no ha realizado ninguna inversión en bienes de interés cultural, ¿cuánto podrá deducirse de la cuota íntegra estatal en concepto de donación?

1. Cálculo importe deducción general $\longrightarrow$ Importe = base $\times$ tipo

Base:		Importe donado>	3.000 €	} 3.000 €	} 300 €
		10% BI total>	3.168,9 €		
Tipo:	10%				

2. Cálculo importe deducción a la CIE

67% importe general deducción $\longrightarrow$ 67% 300 = 201 €

COMPARATIVA	Bajo Ley 49/2002 $\longrightarrow$	502,5 €
	Bajo LIRPF $\longrightarrow$	201 €

⁶ En este sentido se expresa también CARBAJO VASCO, D.: «Los incentivos fiscales al mecenazgo tras la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo», *Impuestos*, tomo I, 2003, pág. 373.

3.2. Deducciones a la cuota íntegra autonómica.

Según previene el artículo 78 de la LIRPF:

«1. La cuota líquida autonómica o complementaria será el resultado de disminuir la cuota íntegra autonómica o complementaria en la suma de:

- a) (...)*
 - b) El 33 por 100 del importe total de las deducciones previstas en los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 69 de esta ley, con los límites y requisitos de situación patrimonial previstos en sus artículos 70 y 71.*
 - c) El importe de las deducciones establecidas por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de las competencias previstas en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.*
- 2. El resultado de las operaciones a que se refiere el apartado anterior no podrá ser negativo.»*

De este precepto se desprende que hay dos tipos de deducciones a la cuota íntegra autonómica relacionadas con nuestro tema; por un lado, la prevista en la propia ley estatal, aplicable en el territorio de cualquier Comunidad Autónoma, excepto País Vasco y Navarra⁷; y, por otro, las aprobadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de la capacidad normativa reconocida en la Ley 21/2001.

Por cuanto hace a la primera, simplemente recordar que el importe de la deducción total a practicar por el contribuyente, hubiera sido fijada dicha cuantía a través de las normas de la Ley 49/2002 o mediante la aplicación de las reglas de la LIRPF, debía ser prorrateado entre la parte estatal y la autonómica; un 67 por 100 se destinaba a calcular la cuota líquida estatal y el 33 por 100 restante la parte autonómica.

En cuanto a las deducciones propias creadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de la capacidad normativa que tienen reconocida, siete son las que han actuado en este sentido: Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana y Región de Murcia. Como tendremos ocasión de comprobar, ninguna está directamente relacionada con donativos/donaciones/aportaciones en favor de ONGs, sino que se refieren de forma más amplia a donativos en favor de fundaciones, fundaciones o asociaciones, entidades no lucrativas... No obstante, debemos traerlas a colación puesto que una ONG puede, jurídicamente, adoptar tales formas.

⁷ Recordamos que el IRPF, en los territorios históricos de Navarra y País Vasco, es un tributo concertado de normativa autonómica. Estos territorios se regirán, por lo tanto, por sus propias normas y no por la ley estatal. De ahí la salvedad realizada.

Más que analizar de forma separada las diferentes deducciones aprobadas, creemos que tiene mayor interés agruparlas por materias, según se relacionen con donaciones con finalidad ecológica, donaciones al patrimonio histórico o cultural autonómico, donaciones para el fomento de la lengua autonómica o donaciones que persigan fines culturales, asistenciales o sanitarios.

Tanto Canarias como Castilla y León y la Comunidad Valenciana tienen una deducción con finalidad ecológica, del 10 por 100 del importe donado, con el límite del 10 por 100 de la cuota íntegra autonómica en el caso de la primera ⁸; del 15 por 100 de la cantidad donada, con el límite a la base de deducción del 10 por 100 de la base liquidable del contribuyente en el caso de la segunda ⁹, y algo más generosa en el caso valenciano, pues el porcentaje de deducción se duplica con respecto a Canarias, pasando a ser del 20 por 100 ¹⁰.

Nuevamente las tres Comunidades anteriores, más la Región de Murcia, han fundado deducciones relacionadas con donativos al patrimonio histórico o cultural de la respectiva Comunidad. Canarias prevé una deducción del 20 por 100 de la donación, con el límite del 10 por 100 de la cuota íntegra autonómica ¹¹; en Castilla y León la deducción es del 15 por 100 del importe donado, con el límite a la base de deducción del 10 por 100 de la base liquidable del contribuyente ¹²; la Comunidad Valenciana diferencia en función de si el objeto de la donación son bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural Valenciano, en cuyo caso el porcentaje de deducción será de un 10 por 100, o dinero para la conservación, reparación y restauración del mencionado patrimonio, en cuyo caso el tipo cae hasta el 5 por 100 ¹³; y la Región de Murcia establece una deducción del 30 por 100 de la donación, aunque ésta es incompatible con la prevista en la LIRPF estatal ¹⁴.

Cataluña y la Comunidad Valenciana tienen ambas sendas deducciones vinculadas a donaciones para el fomento de la lengua propia de la Comunidad; en el caso de Cataluña, se permite una deducción del 15 por 100 del importe donado, con el límite del 10 por 100 de la cuota íntegra autonómica ¹⁵, mientras que la Comunidad Valenciana prevé un porcentaje inferior del 10 por 100 aunque sin limitación ¹⁶.

⁸ Artículo 2 de la Ley 10/2002, de 21 de noviembre, por la que se regula en tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁹ Artículos 11 y 13 del Decreto Legislativo 1/2006, de 25 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado.

¹⁰ Artículo 30 de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalidad.

¹¹ Artículo 2 de la Ley 10/2002, de 21 de noviembre, por la que se regula en tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la Comunidad Autónoma de Canarias.

¹² Artículos 11 y 13 del Decreto Legislativo 1/2006, de 25 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado.

¹³ Artículo 30 de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalidad.

¹⁴ Artículo 1 de la Ley 15/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Tributarias en Materia de Tributos Cedidos y Tasas Regionales.

¹⁵ Artículo 1 de la Ley 21/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

¹⁶ Artículo 30 de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalidad.

Por último, tanto Cantabria como la Comunidad de Madrid han establecido una deducción por donativos a fundaciones que persigan fines culturales, asistenciales o sanitarios, en los dos casos cifrada en el 15 por 100 de la cuantía donada, fijando un límite máximo en relación a la base liquidable del contribuyente ^{17, 18}.

No podemos cerrar este apartado sin destacar que el legislador estatal, en el apartado 2 del artículo 78, vuelve a introducir una limitación similar a la del artículo 68.2, en el sentido de que la suma del importe de las deducciones aplicadas sobre la cuota íntegra autonómica nunca puede generar una cuota líquida autonómica negativa.

3.3. Deducciones a la cuota íntegra en los territorios históricos.

Como ya referimos al inicio de este epígrafe, el IRPF es un tributo concertado de normativa autonómica en los territorios históricos de Navarra y País Vasco. Además, la Ley 49/2002, en su artículo 1.3, salva expresamente de su campo de acción estos territorios:

«Lo establecido en esta Ley se entenderá sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de Concierto y Convenio Económico en vigor, respectivamente, en los Territorios Históricos del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra (...)»

Esto significa que tiene sus propias normas reguladoras del impuesto. Indaguemos que preceptúan al respecto.

3.3.1. Deducciones a la cuota íntegra en Navarra.

En Navarra, el artículo 62.4 de la Ley Foral 22/1998, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas contempla la deducción a la cuota íntegra por donativos, sosteniendo:

«4. Deducciones por donaciones. Las previstas en la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del Régimen Tributario de las Fundaciones y de las Actividades de Patronato.»

Existe, por tanto, una remisión expresa a la Ley Foral 10/1996, cuyo Capítulo I del Título II, dedicado al régimen tributario de las donaciones efectuadas a fundaciones y de otras actuaciones de colaboración en actividades de interés general, dedica la Sección 1.^a a las donaciones efectuadas por sujetos pasivos del IRPF:

¹⁷ Artículo 11 de la Ley 6/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Administrativas y Fiscales para la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2006.

¹⁸ Artículo 1 de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

«Artículo 33. Deducciones por donaciones.

Los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán derecho a deducir de la cuota del Impuesto el 20 por 100 de las donaciones que a continuación se indican, tanto si se efectúan en concepto de dotación inicial como si se realizan en un momento posterior:

- 1. Cantidades donadas para la realización de las actividades que la entidad donataria efectúe en cumplimiento de sus fines.*
- 2. Donaciones puras y simples de bienes declarados expresa e individualizadamente Bienes de Interés Cultural al amparo de lo dispuesto en el Decreto Foral 217/1986, de 3 de octubre, de bienes inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o de bienes incluidos en el Inventario General a que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.*
- 3. Donaciones puras y simples de obras de arte de calidad garantizada a favor de Fundaciones que persigan, entre sus fines, la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión de los bienes a que se refiere el número anterior, siempre que tales obras se destinen a la exposición pública.*

La calidad de la obra habrá de ser acreditada ante el Departamento de Economía y Hacienda, quien determinará la suficiencia de la misma. A tal efecto podrá solicitar el correspondiente informe del Departamento competente por razón de la materia.

- 4. Donaciones puras y simples de bienes que deban formar parte del activo de la entidad donataria y que contribuyan a la realización de las actividades que efectúan en cumplimiento de los fines de ésta.*
- 5. Cantidades donadas para la conservación, reparación o restauración de los bienes que, siendo de la titularidad de la Fundación donataria, pertenezcan a alguna de las categorías a que se refiere el número 2 de este artículo.»*

«Artículo 34. Base de las deducciones de cuota.

- 1. En los supuestos a que se refieren los números 2 y 3 del artículo anterior la base de la deducción la constituirá el valor que determine el Departamento de Economía y Hacienda. A tal efecto podrá recabar informe del Departamento competente por razón de la materia.*
- 2. En el supuesto previsto en el número 4 del artículo anterior la base de la deducción será el valor de adquisición del bien determinado conforme a la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Si el bien donado hubiese sido elaborado o producido por el donante se atenderá al coste de producción debidamente acreditado, que no podrá ser superior al valor de mercado.»*

«Artículo 35. Límite de las deducciones.

La base de las deducciones se computará a efectos del límite a que se refiere el artículo 76.1 de la Ley Foral 6/1992, de 14 de mayo, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.»

De las normas anteriores sacamos varias conclusiones: 1. En Navarra, a diferencia del sistema previsto en la LIRPF estatal, sólo existe un régimen para calcular la cuantía de la deducción, el previsto en la Ley Foral reguladora del régimen tributario de las fundaciones; no hay en la Ley Foral del IRPF un sistema supletorio para aquellos casos en que no pudiera ser de aplicación el régimen citado. 2. La cuantificación del importe de la deducción es similar al sistema de la LIRPF estatal, siendo el resultado de aplicar sobre la base de deducción un tipo de deducción; sin embargo, tanto la determinación de la base de deducción como el tipo presentan disparidades.

La base de deducción será el importe donado, con el límite máximo recogido en el artículo 64, que duplica el establecido en la LIRPF estatal:

«1. La base de la deducción por donaciones a que se refiere el apartado 4 del artículo 62 no podrá exceder del 20 por 100 de la base liquidable del sujeto pasivo.»

Y en cuanto al tipo, es de un 20 por 100, diez puntos por encima del contemplado en la LIRPF estatal y cinco por debajo del recogido en la Ley 49/2002.

No podemos terminar de analizar el régimen de Navarra sin hacer siquiera una alusión a la Ley Foral 5/2001, de 9 de marzo, de cooperación al desarrollo, cuyo artículo 22 recoge el régimen fiscal de las organizaciones no gubernamentales de desarrollo y de las aportaciones a las mismas, disponiendo el apartado 4:

«4. Las aportaciones efectuadas por personas físicas y jurídicas a Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo que hayan adquirido el régimen tributario especial establecido en la Ley Foral 10/1996, darán derecho al disfrute de los incentivos contemplados en los capítulos I y II del título II de dicha Ley Foral.»

3.3.2. Deducciones a la cuota íntegra en los territorios históricos del País Vasco.

Como ya es sabido, la competencia legislativa no radica en la Comunidad Autónoma Vasca, sino en las Diputaciones Forales que la conforman. De ahí que existan tres leyes del IRPF en el ámbito autonómico vasco: en Álava, la Norma Foral 35/1998, de 16 de diciembre, del IRPF; en Guipúzcoa, la Norma Foral 8/1998, de 24 de diciembre, del IRPF; y en Vizcaya, la Norma Foral 10/1998, de 21 de diciembre, del IRPF.

No obstante, los tres textos reguladores del IRPF son casi idénticos¹⁹ y pueden estudiarse de forma conjunta. Son, en los tres casos, los artículos 80 de la correspondiente Norma Foral los que regulan la cuestión:

¹⁹ Los textos de Guipúzcoa y Vizcaya son totalmente iguales y se corresponden con el transcrito. El texto de Álava contiene una leve diferencia en las preposiciones, ya que sustituye la expresión «y de los» contenida al final del párrafo primero por una simple «e».

«Artículo 80. Deducciones por actividades de mecenazgo.

Los contribuyentes podrán aplicar las deducciones prevista para este Impuesto en las Normas Forales reguladoras del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

La base de la deducción a que se refiere este artículo no podrá exceder del 30 por 100 de la base imponible minorada en las reducciones contempladas en los artículos 61 y 62 de esta Norma Foral.»

Al igual que en Navarra, estamos ante una remisión directa a la normativa de las organizaciones no lucrativas. Dicha regulación se encuentra en Álava, en la Norma Foral 16/2004, de 12 de julio, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo; en Guipúzcoa, en la Norma Foral 3/2004, de 7 de abril, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo; y en Vizcaya, en la Norma Foral 1/2004, de 24 de febrero, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

Este proceder de los textos forales vascos del IRPF, al igual que el navarro, implica una primera separación del sistema estatal; mientras la LIRPF permitía la coexistencia de dos regímenes (el de la Ley 49/2002 y el de la propia LIRPF), las normas forales sólo contemplan un método para cuantificar la deducción, el de las normas sobre entidades no lucrativas. De aquí extraemos una consecuencia muy importante; en estos territorios la naturaleza del donatario es esencial para poder reconocer algún incentivo al donante; si la ONG no cumple los requisitos de las leyes forales sobre entidades sin fines lucrativos, el donante no podrá aplicar una deducción por el donativo/donación/aportación efectuada.

Volviendo a los tres cuerpos normativos forales vascos sobre régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos, interesan los Capítulos II de los Títulos II, «*Régimen fiscal de las donaciones y aportaciones* ²⁰»:

«Artículo 19. Donativos, donaciones y aportaciones deducibles.

1. Darán derecho a practicar las deducciones previstas en este Título los siguientes donativos, donaciones, aportaciones irrevocables, puros y simples, y las prestaciones gratuitas de servicios realizadas a favor de las entidades a las que se refiere el artículo anterior:

- a) Donativos y donaciones dinerarios, de bienes o de derechos.*
- b) Cuotas de afiliación a asociaciones que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación presente o futura.*
- c) La constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes, derechos o valores, realizada sin contraprestación.*

²⁰ La Norma Foral de Álava contiene una literalidad algo diferente: «*Régimen fiscal de los donativos, donaciones, aportaciones y prestaciones deducibles*».

- d) *Donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Cultural Vasco que estén inscritos en el Registro de Bienes Culturales calificados o incluidos en el Inventario general a que se refiere la Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco, así como los donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de bienes de interés cultural o incluidos en el Inventario general a que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y los donativos o donaciones de bienes culturales declarados o inscritos por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo establecido en sus normas reguladoras.*
 - e) *Donativos o donaciones de bienes culturales de calidad garantizada en favor de entidades que persigan, entre sus fines, la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión del patrimonio histórico artístico.*
 - f) *Las prestaciones gratuitas de servicios realizadas por sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes que actúen con establecimiento permanente en el ejercicio de su actividad, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en los artículos 22 y 23.2 de esta Norma Foral.*
2. *En el caso de revocación de la donación por algunos de los supuestos contemplados en el Código Civil, el donante ingresará, en el período impositivo en el que dicha revocación se produzca, las cuotas correspondientes a las deducciones aplicadas, sin perjuicio de los intereses de demora que procedan.*

Lo establecido en el párrafo anterior se aplicará en los supuestos de separación voluntaria del socio cuando éste perciba una participación patrimonial en razón a aportaciones distintas de las cuotas ordinarias de pertenencia a la misma.»²¹

«Artículo 20. Base de las deducciones por donativos, donaciones y aportaciones.

1. *La base de las deducciones por donativos, donaciones, aportaciones y prestaciones gratuitas de servicios realizados en favor de las entidades a las que se refiere el artículo 18 será:*

- a) *En los donativos dinerarios, su importe.*
- b) *En los donativos o donaciones de bienes o derechos, el valor contable que tuviesen en el momento de la transmisión y, en su defecto, el valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio.*
- c) *En la constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes inmuebles, el importe anual que resulte de aplicar, en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo, el 2 por 100 al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo.*
- d) *En la constitución de un derecho real de usufructo sobre valores, el importe anual de los dividendos o intereses percibidos por el usufructuario en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo.*

²¹ El texto transcrito se corresponde con el vigente en Guipúzcoa y Vizcaya. La Norma Foral de Álava introduce pequeñas variaciones sobre esa literalidad que en nada afectan al fondo de la regla.

e) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre otros bienes y derechos, el importe anual resultante de aplicar el interés legal del dinero de cada ejercicio al valor del usufructo determinado en el momento de su constitución conforme a las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

f) En los donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Cultural Vasco, la valoración efectuada por el Gobierno Vasco, en los donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, la valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación y en los donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico de las Comunidades Autónomas, la valoración efectuada por los órganos competentes.

En defecto de valoración efectuada por los órganos mencionados en el párrafo anterior, ésta se realizará por la Diputación Foral de Álava/Gipuzkoa/Bizkaia.

g) En los donativos o donaciones de obras de calidad garantizada, la valoración efectuada por la Diputación Foral de Álava/Gipuzkoa/Bizkaia que, asimismo, valorará la suficiencia de la calidad de la obra.

h) En las prestaciones gratuitas de servicios, el coste de la prestación de los servicios, incluida en su caso, la amortización de los bienes cedidos.

2. El valor determinado de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior tendrá como límite máximo el valor normal en el mercado del bien o derecho transmitido en el momento de su transmisión.»

La literalidad de las normas vascas es muy semejante a la contenida en la Ley estatal 49/2002 en dos aspectos: respecto a los bienes y derechos que pueden ser objeto de donativo/donación/aportación y en la determinación de la base de deducción. La única diferencia es la inclusión de una norma de valoración para las prestaciones de servicios a título gratuito; trataremos esta cuestión al analizar los incentivos fiscales en las donaciones efectuadas por personas jurídicas y por no residentes que actúen mediante establecimiento permanente, ya que la regla se vincula exclusivamente con los casos en que la prestación de servicio sea realizada por sujetos pasivos del IS o del IRNR.

Sin embargo, la norma que incide sobre la cuantificación de la deducción es distinta. Los artículos 21 de las Normas Forales disponen:

«Artículo 21. Deducción de la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán derecho a deducir de la cuota íntegra el 30 por 100 de la base de la deducción determinada según lo dispuesto en el artículo 20 de esta Norma Foral, salvo lo dispuesto en la letra h) del mencionado artículo.

2. La base de esta deducción no podrá exceder del 30 por 100 de la base imponible minorada en las reducciones contempladas en los artículos 61 y 62 de la Norma

Foral (...) del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Igualmente será aplicable lo dispuesto en el artículo 87 de la citada Norma Foral (...), del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.»²²

Hay una clara separación de los criterios contenidos en la normativa estatal, no en cuanto a la fórmula de cuantificación del importe de la deducción, que sigue siendo el resultado de aplicar sobre la base de deducción el tipo fijado en la norma, sino con relación a dos extremos: el límite a la base de deducción, del 30 por 100 de la base imponible minorada en las reducciones de los artículos 61 y 62; y el tipo de gravamen, cinco puntos por encima del establecido en la Ley 49/2002 y veinte puntos superior al previsto en la LIRPF.

3.4. Exención de la eventual ganancia patrimonial.

El segundo gran incentivo fiscal reconocido a quienes efectúen donativos/donaciones/aportaciones en favor de ONGs es la exención de la posible ganancia patrimonial que pueda generarse en el IRPF como consecuencia de la realización de tal operación. Así lo reconocen tanto el artículo 31, apartado 4, letra a) de la LIRPF como el artículo 23 de la Ley 49/2002:

«Artículo 31.4. Estarán exentas del Impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto:

a) Con ocasión de las donaciones que se efectúen a las entidades citadas en el artículo 69.3 de esta ley.»

«Artículo 23. Exención de las rentas derivadas de donativos, donaciones y aportaciones.

1. Estarán exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (...) que grave la renta del donante o aportante las ganancias patrimoniales y las rentas positivas que se pongan de manifiesto con ocasión de los donativos, donaciones y aportaciones a que se refiere el artículo 17 de esta Ley.»

También las normas vigentes en el territorio vasco insertan reglas de similar tenor literal. Son, por una parte, respecto del artículo 31.4 a) de la LIRPF, los artículos 41.4 a) de las Normas Forales 35/1998, de 16 de diciembre, del IRPF en Álava, 8/1998, de 24 de diciembre, del IRPF en Guipúzcoa, y 10/1998, de 21 de diciembre, del IRPF en Vizcaya:

«Artículo 41.4. Estarán exentas del Impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto:

a) Con ocasión de las donaciones que se efectúen a las entidades citadas en el artículo 80 de esta Norma Foral.»

²² Hemos puesto la indicación «(...)» porque cada Norma Foral contiene la referencia a su propia Ley del IRPF.

El equivalente al mandato del artículo 23 de la Ley 49/2002 lo hallamos en los artículos 24 de las Normas Forales 16/2004, de 12 de julio, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo de Álava, 3/2004, de 7 de abril, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo de Guipúzcoa, y 1/2004, de 24 de febrero, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo de Vizcaya:

«Artículo 24. Exención de las rentas derivadas de donativos, donaciones y aportaciones.

1. Estarán exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (...) que grave la renta del donante o aportante las ganancias patrimoniales y las rentas positivas que se pongan de manifiesto con ocasión de los donativos, donaciones y aportaciones a que se refiere el artículo 19 de esta Norma Foral.»

En el caso de Navarra, es el artículo 36 de la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, el que se refiere a esta cuestión, aunque con una dicción algo distinta:

«No se considerarán a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas los incrementos o disminuciones patrimoniales originados como consecuencia de las donaciones a que se refiere el artículo 33 de esta Ley Foral.»

Al hilo de las normas transcritas surgen dos preguntas. La primera aparece al vincularse este incentivo en la Ley 49/2002 sólo en relación con aquellas operaciones a que se refiere el artículo 17, que recordemos recoge los bienes y derechos que pueden ser objeto de donativo/donación/aportación. El interrogante es si sólo se reconoce esta medida en favor de las donaciones/donativos/aportaciones cuando la ONG cumpla con los requisitos de la Ley 49/2002 o, como el artículo 23 de este cuerpo normativo se refiere al artículo 17 y no al 16, debe entenderse vigente siempre que se efectúe un donativo/donación/aportación, aunque la ONG no cumpla con las condiciones impuestas por la Ley 49/2002. Si tomamos en consideración únicamente la Ley 49/2002, la respuesta la hallaríamos en el propio artículo 17, puesto que, aunque es cierto que regula los bienes y derechos que pueden ser objeto de estas operaciones, se refiere de manera expresa a las entidades del artículo precedente, el artículo 16, que exige el cumplimiento de las condiciones recogidas en el artículo 3 de la propia Ley 49/2002; por tanto, podría llegarse a la conclusión de que este incentivo está reconocido única y exclusivamente cuando el donativo/donación/aportación tenga como destinatario una ONG que cumpla todos los requisitos exigidos por la propia Ley 49/2002.

Pero hay un error fundamental en la argumentación anterior, al olvidar que también la LIRPF contiene un mandato claro e inequívoco al respecto en el artículo 31.4 a). Dicha norma declara exentas de este tributo las ganancias generadas con ocasión de las donaciones que se efectúen a las entidades citadas en el artículo 69.3 de la ley. Y recordemos que este último precepto, si bien en su apartado a) se refiere a las entidades de la Ley 49/2002, a continuación, en su letra b), hace mención

a las fundaciones y asociaciones no comprendidas en el párrafo anterior, es decir, las no comprendidas bajo la Ley 49/2002, siempre, eso sí, que sean fundaciones legalmente reconocidas que rindan cuentas al órgano de protectorado correspondiente o sean asociaciones declaradas de utilidad pública. De ahí que este beneficio deba ser reconocido tanto con relación a donativos/donaciones/aportaciones que tengan como receptor a una ONG comprendida dentro de la Ley 49/2002, como a una ONG que, no cumpliendo los requisitos exigidos por este texto legal, sí reúna al menos las condiciones del artículo 69.3 b) de la LIRPF. Estamos, por tanto, ante un precepto de la Ley 49/2002 que, con relación al IRPF y en el seno de las Comunidades Autónomas de régimen común, es prescindible.

La segunda duda aparece al leer la norma de Navarra, que declara exentos tanto los incrementos como las disminuciones patrimoniales que puedan ocasionarse por la operación, mientras que las normas estatales y de los territorios vascos sólo se refieren a las ganancias patrimoniales. ¿Significa esto que cuando el donativo/donación/aportación genere una disminución patrimonial sólo quedará exenta en Navarra, pero no en el resto de territorios? Obviamente, no. Es cierto que la antigua Ley 30/1994 se refería expresamente a las pérdidas patrimoniales para declararlas exentas²³; pero el hecho de que la nueva no contenga esta inclusión no significa que esté posibilitando que el contribuyente pueda consignarse la disminución patrimonial a la hora de cuantificar su base imponible. En nuestra opinión, ante el silencio del artículo 23 de la Ley 49/2002 hay que acudir al inequívoco mandato de su artículo 1.2:

«En lo no previsto en esta Ley se aplicarán las normas tributarias generales»

Este precepto se remite a las normas generales del Derecho tributario, en este caso, las del IRPF. Y tanto a nivel estatal como de los territorios vascos nos encontramos, en sus textos reguladores del IRPF, con una declaración rotunda sobre que no se computarán como pérdidas patrimoniales las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades²⁴. Así lo reconoce la propia Dirección General de Tributos²⁵.

La doctrina científica española está dividida; un sector considera que si la transmisión genera una disminución en el patrimonio de quien realiza el donativo/donación/aportación ésta es compu-

²³ Artículo 62. «Tratamiento de los incrementos o disminuciones patrimoniales resultantes de la donación de bienes. No se someterán al impuesto los incrementos o disminuciones patrimoniales que se ponga de manifiesto con ocasión de donaciones de los bienes (...) efectuadas en favor de las entidades contempladas (...)»

²⁴ Artículo 31.5 c) Ley estatal IRPF; artículo 41.5 c) de la Norma Foral de Álava 35/1998, de 16 de diciembre, del IRPF; artículo 41.5.c) de la Norma Foral de Guipúzcoa 8/1998, de 24 de diciembre, del IRPF; artículo 41.5 c) Norma Foral de Vizcaya 10/1998, de 21 de diciembre, del IRPF.

²⁵ Consulta número 0141-05, de 4 de abril de 2005: «Ha de distinguirse, en primer lugar, si la donación que realiza un contribuyente tiene o no carácter dinerario. La donación de dinero a favor de la entidad consultante no produce en el donante pérdida patrimonial alguna en la medida en que la letra c) del apartado 5 del artículo 31 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (...) establece que no se computarán como pérdidas patrimoniales las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o liberalidades. La donación de cualquier elemento patrimonial distinto del dinero producirá, en principio, en quien la efectúa una ganancia o una pérdida patrimonial por la diferencia entre el valor de adquisición y transmisión del mismo, tomando como referencia de los valores respectivos los que resulten de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, a tenor de lo fijado en el artículo 34 del TRLIRPF. No obstante, en el caso de producirse una pérdida patrimonial, ésta no se computará a efectos del impuesto, de acuerdo con el artículo 31.5 c) del TRLIRF».

table como pérdida patrimonial, pudiendo integrarse y compensarse con el resto de las rentas del ejercicio de cara a cuantificar la base imponible ²⁶; otros autores defienden la misma solución que nosotros apuntamos ²⁷.

En resumen, una persona física residente en territorio español que realice un donativo/donación/aportación en favor de una ONG puede experimentar, fruto de las concretas normas de valoración de las transmisiones lucrativas, un incremento de patrimonio, al ser el valor computable por la transmisión superior al de la adquisición. En este caso, tanto si la ONG cumple las condiciones exigidas por la Ley 49/2002 como si tan sólo cumple las recogidas en el artículo 69.3 b) de la LIRPF, dicha ganancia quedará exenta de tributación en el IRPF de quien efectuó la transmisión. Ahora bien, si la ONG se encuentra fuera de la Ley 49/2002, sin verificar al menos los requisitos del artículo 69.3 b) de la LIRPF, la ganancia patrimonial que se genere en el donante quedará al margen del beneficio y deberá integrarse en la base imponible.

Cuando, por el contrario, la operación genere una disminución en patrimonio del sujeto, en ningún caso podrá computarse la correspondiente pérdida patrimonial, ni aunque la ONG cumpla los requisitos de la Ley 49/2002 ²⁸.

²⁶ Según PEDREIRA MENÉNDEZ, «si, como consecuencia de la donación se produce una disminución patrimonial, ésta será compensable con otras ganancias que pueda haber obtenido el contribuyente, puesto que en estos casos no existe exención» y continúa afirmando que considera que «cuando se produce una disminución, si se la declara exenta (...) se desincentiva la donación» (*El régimen fiscal del sector no lucrativo y del mecenazgo. Comentarios a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 264-265); este mismo autor reitera su posición un año después en su monografía *Beneficios e Incentivos Fiscales del Patrimonio Cultural*, Aranzadi, Elcano, 2004, pág. 165. Comparte esta opinión, entre otros, MARCO SERRANO, para quien «el precepto aludido supone una gran novedad en su actual formulación, dado que al restringir el ámbito de la exención exclusivamente a las ganancias patrimoniales y rentas positivas, con ello está permitiendo que los donantes puedan computar las rentas negativas o pérdidas patrimoniales producidas por las transmisiones lucrativas a favor de las ESFL» («El régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo», *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, número 205, enero 2005, pág. 52). También defienden esta postura GIL DEL CAMPO, M., *Fiscalidad de Fundaciones, Asociaciones y del Mecenazgo*, CISS, Valencia, 2003, pág. 283.

²⁷ En palabras de GIL MACIÁ, que compartimos, «el hecho de que el vigente artículo 23.1 únicamente contemple de forma expresa la exención de las ganancias patrimoniales y las rentas positivas (...) no implica en modo alguno que se pueda realizar una interpretación *a sensu contrario* para concluir, de este modo, que las pérdidas patrimoniales y las rentas negativas que pudieran ponerse de manifiesto con ocasión de la donación podrían quedar, por tanto, sujetas y no exentas, con lo que se posibilitaría la compensación de las mismas con el resto de ganancias y rentas positivas obtenidas», concluyendo que «en defecto de regulación expresa debemos acudir al tratamiento de tales rentas que se deriva de la normativa reguladora de cada Impuesto en cuestión» («Las donaciones no dinerarias realizadas a favor de las entidades sin fines lucrativos: alcance de la exención de rentas en la nueva Ley de Mecenazgo», *Impuestos*, tomo I, 2005, pág. 367). De igual forma, para LÓPEZ RIVAS, el artículo 23 de la Ley 49/2002 «exceptúa de gravamen exclusivamente las rentas positivas lo que implica que las negativas seguirán el tratamiento pertinente en cada uno de los impuestos sobre la renta» («Estatuto fiscal del mecenazgo en la Ley 49/2002», *Quincena Fiscal*, número 5, marzo 2004, pág. 17).

²⁸ Así lo reconoce además la Dirección General de Tributos de forma nítida en la respuesta a la consulta ya citada número 0141-05, de 4 de abril de 2005: «La donación de cualquier elemento patrimonial distinto del dinero producirá, en principio, en quien la efectúa una ganancia o una pérdida patrimonial (...). No obstante, en el caso de producirse una pérdida patrimonial, ésta no se computará a efectos del impuesto, de acuerdo con el artículo 31.5 c) del TRLIRF. No obstante lo anterior, el apartado cuarto del artículo 31 del citado TRLIRF establece la exención del Impuesto de aquellas ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de las donaciones que se efectúan a las entidades citadas en el artículo 69.3 del mismo texto legal, es decir: –a las entidades descritas en el art. 2 de la mencionada Ley 49/2002 (...) que cumplan con los requisitos de su art. 3 y con respecto a las donaciones y aportaciones a que se refiere el artículo 17 de dicha ley– a las fundaciones legalmente reconocidas que rindan cuentas al órgano de protectorado correspondiente y a las asociaciones declaradas de utilidad pública que no entren en el ámbito de la citada Ley 49/2002.»

4. LAS DONACIONES A ONGs Y EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La situación descrita respecto al IRPF difiere bastante de la vigente en el ámbito del IS. En primer lugar, por la propia configuración del tributo como impuesto no cedido a las Comunidades Autónomas, lo que significa que estos entes territoriales no pueden aprobar medidas ni beneficios propios. En segundo lugar, porque no hay ningún precepto en la ley estatal reguladora de este tributo, el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), que otorgue algún incentivo fiscal por realizar donativos/donaciones/aportaciones en favor de ONGs o, más en general, de entidades no lucrativas, salvo el supuesto del artículo 14.3 de la LIS, relativo a donaciones en favor de sociedades de desarrollo regional o determinadas entidades deportivas²⁹. Es la Ley 49/2002 la que recoge tales medidas. De aquí se extrae que sólo hay un método vigente en el seno de esta figura impositiva, el descrito en la Ley 49/2002, a diferencia de lo que hemos visto ocurre en el IRPF, donde había dos regímenes especiales, el previsto en la Ley 49/2002 y el recogido en la propia LIRPF. Es decir, que si la ONG receptora del donativo/donación/aportación no reúne las condiciones previstas en la Ley 49/2002, la entidad donante no podrá aplicar ningún incentivo fiscal por el hecho de efectuar donativos/donaciones/aportaciones en favor de esa ONG³⁰.

Analicemos el régimen previsto en la Ley 49/2002. Para ello debemos traer a colación los artículos 20 y 23 de dicho texto normativo:

«Artículo 20. Deducción de la cuota del Impuesto sobre Sociedades.

- 1. Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades tendrán derecho a deducir de la cuota íntegra, minorada en las deducciones y bonificaciones previstas en los Capítulos II, III y IV del Título VI de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, el 35 por 100 de la base de la deducción determinada según lo dispuesto en el artículo 18. Las cantidades correspondientes al período impositivo no deducidas podrán aplicarse en las liquidaciones de los períodos impositivos que concluyan en los 10 años inmediatos y sucesivos.*
- 2. La base de esta deducción no podrá exceder del 10 por 100 de la base imponible del período impositivo. Las cantidades que excedan de este límite se podrán aplicar en los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos.»*

²⁹ Artículo 14.3 de la LIS: «Serán deducibles las cantidades satisfechas y el valor contable de los bienes entregados en concepto de donación en cuanto sean aplicables a la consecución de los fines propios de las siguientes entidades donatarias: a) Las sociedades de desarrollo industrial regional. b) Las federaciones deportivas españolas, territoriales de ámbito autonómico y los clubes deportivos, en relación a las cantidades recibidas de las sociedades anónimas deportivas para la promoción y desarrollo de actividades deportivas no profesionales, siempre que entre las referidas entidades se haya establecido un vínculo contractual oneroso necesario para la realización del objeto y finalidad de las referidas federaciones y clubes deportivos. Las transmisiones a que se refiere este apartado no determinarán para la entidad transmitente la obtención de rentas, positivas o negativas, previstas en el apartado 3 del artículo siguiente.»

³⁰ Respuesta de la Dirección General de Tributos a la Consulta número 0141-05, de 4 de abril: «si la entidad consultante (la donataria) no cumple los requisitos de la Ley 49/2002, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (...), los donativos no serán deducibles para el donante ni tendrá derecho a aplicar deducción alguna.»

«Artículo 23. Exención de las rentas derivadas de donativos, donaciones y aportaciones.

1. Estarán exentas del (...) Impuesto sobre Sociedades (...) que grave la renta del donante o aportante las ganancias patrimoniales y las rentas positivas que se pongan de manifiesto con ocasión de los donativos, donaciones y aportaciones a que se refiere el artículo 17 de esta Ley.»

La Ley 49/2002 mantiene los dos tipos de incentivos fiscales reconocidos para el caso de personas físicas residentes: la deducción en la cuota del impuesto, en este caso el IS, y la exención de la eventual ganancia patrimonial, siempre que, como ya vimos, la entidad receptora del donativo/donación/aportación cumpla los requisitos fijados por las normas legales ³¹, en este caso, la Ley 49/2002.

4.1. Deducción a la cuota íntegra en la Ley 49/2002.

La deducción por donativos/donaciones/aportaciones a la cuota íntegra del IS se calcula de la misma forma que la deducción en el IRPF, aplicando sobre la base de deducción el tipo fijado en el texto legal, con un tope máximo.

No obstante hay importantes diferencias cuando se analiza la regla en profundidad, tanto en lo concerniente a la determinación de la base, como al tipo de deducción y a ese límite máximo.

Comenzando por el final, por el valor máximo a deducir, la ley previene que no puede superar el saldo positivo resultante de aminorar la cuota íntegra en las deducciones previstas en los Capítulos II, III y IV del Título VI de la Ley del impuesto ³²; hasta aquí igual que en el IRPF, donde la cuota

³¹ La Consulta de la Dirección General de Tributos número 1518-00, de 9 de septiembre de 2000, se refiere a este tema, aunque tomando como referencia la antigua Ley 30/1994. La cuestión planteada es sencilla: una entidad pretende conceder una donación a una asociación sin ánimo de lucro domiciliada en Italia, para colaborar a la realización de su objeto social. La Dirección General de Tributos recuerda que la ley «al pretender dinamizar de manera sustancial la realización de actividades de interés general, opta por establecer un sistema de garantías que asegure el adecuado destino de los fondos e inversiones en las finalidades que motivan el apoyo del ordenamiento jurídico. Para ello, identifica a través de una serie de cautelas a los entes destinatarios de los beneficios contenidos en las normas. Este sistema de garantías queda claramente expuesto (...) en la disposición adicional 16 de la Ley 30/1994, relativa a fundaciones extranjeras, al exigir para las mismas su inscripción en el Registro especial y limitar la aplicación del régimen fiscal establecido en el título II a la actividad de sus delegaciones en España. (...) queda patente que el legislador pretende limitar la aplicación de los beneficios fiscales contenidos en la norma a aquellos entes susceptibles de someterse a un sistema de control administrativo de su actividad, fines, organización y funcionamiento, circunstancia que resultaría de imposible cumplimiento en caso de entidades no sometidas a la normativa española». Sobre la base de la motivación anterior, concluye que «sólo si la entidad donataria cumple todos y cada uno de los requisitos establecidos en los artículos 41 a 46 de la Ley 30/1994, podrá la consultante computar como partida deducible las cantidades donadas a aquélla».

³² Las deducciones recogidas en los Capítulos II, III y IV del Título VI son las siguientes: deducción para evitar la doble imposición interna: dividendos y plusvalías de fuente interna (art. 30); deducción para evitar la doble imposición internacional: impuesto soportado por el sujeto pasivo (art. 31); deducción para evitar la doble imposición internacional: dividendos y participaciones en beneficios (art. 32); bonificación por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla (art. 33); bonificación

líquida resultante tras aplicar las deducciones a la cuota íntegra tampoco puede generar un valor negativo. La innovación aparece porque, en el caso de que el montante de cuota íntegra no fuese suficiente para absorber todo el importe de la deducción, la cuantía no deducida por falta de saldo positivo podrá ser aplicada en los diez años inmediatos y sucesivos³³; esto implica un cambio esencial con respecto al régimen del IRPF, ya que en este tributo, si bien existe un límite máximo, al no poder ser la cuota líquida en ningún caso negativa, no se prevé la posibilidad de reservar el importe no aplicado en el ejercicio para periodos posteriores³⁴.

La determinación de la base de deducción cuenta con alguna modificación respecto al sistema analizado en el IRPF. Será el resultado de tomar la norma de valoración oportuna entre las previstas por el artículo 18 de la Ley 49/2002, igual que en el IRPF, aunque con el límite máximo del 10 por 100 de la base imponible del período impositivo³⁵, pudiendo aplicarse las cuantías que excedan de ese límite en años sucesivos. Hay, por lo tanto, dos diferencias notables con respecto al IRPF: por una parte, la limitación opera sobre el importe de la base imponible y, por otra, el montante que supere ese tope no se pierde, sino que puede utilizarse en años sucesivos³⁶.

Y, por último, el tipo de gravamen es dispar, elevándose en el caso de donantes personas jurídicas residentes en territorio español hasta el 35 por 100.

por actividades exportadoras y de prestación de servicios públicos locales (art. 34); deducciones por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica (art. 35); deducción para el fomento de las tecnologías de la información y de la comunicación (art. 36); deducción por actividades de exportación (art. 37); deducción por inversión en bienes de interés cultural, producciones cinematográficas, edición de libros, sistemas de navegación y localización de vehículos, adaptación de vehículos para discapacitados y guarderías para hijos de trabajadores (art. 38); deducciones por inversiones medioambientales (art. 39); deducción por gastos de formación profesional (art. 40); deducción por creación de empleo para trabajadores minusválidos (art. 41); deducción por reinversión de beneficios extraordinarios (art. 42); y deducción por contribuciones empresariales a planes de pensiones de empleo, a mutualidades de previsión social que actúen como instrumento de previsión social empresarial o por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad (art. 43).

³³ Como aprecia MONTSEERAT CODORNIÚ, «si la empresa tiene pérdidas en el ejercicio, no podrá deducirse nada de la donación (...), pero sí conserva el derecho a aplicar la deducción durante los 10 ejercicios siguientes» (*La fiscalidad de las Fundaciones y Asociaciones*, Gestión-2000, Barcelona, 2004, pág. 96).

³⁴ PEDREIRA MENÉNDEZ («El régimen fiscal...», *op. cit.*, pág. 249-250) y MARCO SERRANO («El régimen fiscal...», *op. cit.*, pág. 49), entre otros, así lo constatan.

³⁵ Se ha planteado, ante la Dirección General de Tributos, la posibilidad de computar el límite máximo de deducción por donativos sobre la base imponible consolidada del grupo fiscal en el caso de entidades que tributen bajo el régimen especial de los grupos de sociedades regulado en el Capítulo VII del Título VIII de la Ley 43/1995 (actualmente este régimen aparece recogido en el Capítulo VII, «*Régimen de consolidación fiscal*», del Título VII, «*Regímenes tributarios especiales*», de la LIS). La Consulta número 2453-99, de 28 de diciembre de 1999, en respuesta a esta cuestión señala que el grupo de sociedades «no tiene personalidad jurídica y su consideración como sujeto pasivo responde a una ficción legal (...) De ningún otro precepto de la LIS o de la Ley 30/1994, ni de la mecánica propia de la deducción puede interpretarse que el límite se aplique respecto de la base imponible del grupo consolidado sino respecto de la base imponible de la entidad que efectúa la donación».

³⁶ Consulta a la Dirección General de Tributos número 1863-04, de 7 de octubre de 2004: «En cuanto a la deducción a practicar a la cuota del Impuesto, habrá que tener en cuenta que la base de la misma está sometida al límite del 10 por 100 de la base imponible de la sociedad donante. Por tanto, si la base imponible es negativa, no se podrá practicar la deducción en ese período impositivo, sin perjuicio de si la base de la deducción excede del citado límite, el exceso se pueda aplicar en los períodos impositivos que concluyan en los 10 años inmediatos y sucesivos».

Veámoslo con un ejemplo:

Deducción a la cuota IS: régimen Ley 49/2002

Ejemplo: Sociedad andaluza que en el ejercicio 2005 efectuó donaciones por importe total de 6.000 euros en favor de una ONG que cumple todos los requisitos exigidos por la Ley 49/2002. Suponiendo que la BI de esta sociedad en el ejercicio 2005 arroje un valor de 62.500 euros, ¿cuánto podrá intentar deducirse de la cuota íntegra por la donación?

Importe deducción $\longrightarrow$ Importe = base $\times$ tipo

Base:	(-)	Importe donado $\longrightarrow$	6.000 €	} 6.000 €	} 2.100 €
		10% BI $\longrightarrow$	6.250 €		
Tipo:	35%				

Ejemplo: ¿y si la BI del ejercicio hubiese sido de 22.000 euros?

Base:	(-)	Importe donado $\longrightarrow$	6.000 €	} 2.200 €	} 770 €
		10% BI $\longrightarrow$	2.200 €		
Tipo:	35%				

La cuantía no aplicada por la entrada en juego del límite (1.330 €) podrá intentar aplicarse en los años sucesivos, siempre que exista saldo de cuota íntegra minorizada suficiente.

4.2. Deducción a la base imponible en los territorios forales.

Nuevamente nos encontramos con un tributo concertado de normativa autonómica. Debemos acudir a las normas propias de los territorios históricos para observar el tipo de régimen que previenen respecto a esta cuestión.

En Navarra, la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, dedica la Sección 2.^a del Capítulo I del Título II al régimen fiscal de las donaciones efectuadas por sujetos pasivos del IS:

«Artículo 37. Deducciones por donaciones.

Para la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades tendrá la consideración de partida deducible el importe de las donaciones que a continuación se indican, tanto si se efectúan en concepto de dotación inicial como si se realizan en un momento posterior:

1. *Cantidades donadas para la realización de las actividades que la entidad donataria efectúe en cumplimiento de sus fines.*
2. *Donaciones puras y simples de bienes declarados expresa e individualizadamente Bienes de Interés Cultural al amparo de lo dispuesto en el Decreto Foral 217/1986, de 3 de octubre, de bienes inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o de bienes incluidos en el Inventario General a que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.*
3. *Donaciones puras y simples de obras de arte de calidad garantizada en favor de Fundaciones que persigan, entre sus fines, la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión de los bienes a que se refiere el número anterior, siempre que tales obras se destinen a la exposición pública.*

La calidad de la obra habrá de ser acreditada ante el Departamento de Economía y Hacienda, quien determinará la suficiencia de la misma. A tal efecto podrá solicitar el correspondiente informe del Departamento competente por razón de la materia.

4. *Donaciones puras y simples de bienes que deban formar parte del activo de la entidad donataria y que contribuyan a la realización de las actividades que efectúen en cumplimiento de los fines de ésta.*
5. *Cantidades donadas para la conservación, reparación o restauración de los bienes que, siendo de la titularidad de la Fundación donataria, pertenezcan a alguna de las categorías a que se refiere el número 2 de este artículo.»*

«Artículo 38. Base de la deducción.

1. *En los supuestos a que se refieren los números 2 y 3 del artículo anterior la base de la deducción la constituirá el valor que determine el Departamento de Economía y Hacienda. A tal efecto podrá recabar informe del Departamento competente por razón de la materia.*
2. *En el supuesto previsto en el número 4 del artículo anterior la valoración de los bienes se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:*
 - a) *Los bienes nuevos producidos por la entidad donante, por su coste de fabricación que no podrá exceder del precio medio del mercado.*
 - b) *Los bienes adquiridos de terceros y entregados nuevos, por su precio de adquisición, que no podrá exceder del precio medio del mercado.*
 - c) *Los bienes usados por la entidad donante, por su valor neto contable, que no podrá resultar superior al derivado de aplicar las amortizaciones mínimas correspondientes.»*

«Artículo 39. Límites de las deducciones.

1. *El importe de las deducciones establecidas en los números 2 y 3 del artículo 37 no podrá exceder, en la entidad donante, del mayor de los siguientes límites: a) El 30*

- por 100 de la base imponible previa a estas deducciones y, en su caso, a las que se refieren los artículos 42 y 47 de esta Ley Foral. b) El 3 por 1.000 del volumen de ingresos.*
2. *El importe de las deducciones establecidas en los números 1, 4 y 5 del artículo 37 no podrá exceder del mayor de los siguientes límites: a) El 10 por 100 de la base imponible previa a estas deducciones y, en su caso, a las que se refieren los artículos 42 y 47 de esta Ley Foral. b) El 1 por 1.000 del volumen de ingresos.*
 3. *De la aplicación de lo dispuesto en la letra b) de los números anteriores no podrá resultar una base imponible negativa.*
 4. *Los límites de deducción contemplados en este artículo serán compatibles con los previstos en los artículos 42 y 47 de esta Ley Foral.»*

En los tres territorios históricos del País Vasco, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, encontramos una regulación bastante parecida. Los artículos 22 de las Normas Forales de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo preceptúan:

«Artículo 22. Deducción de los donativos en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

A efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, tendrá la consideración de gasto deducible ³⁷ el importe de los donativos, donaciones, aportaciones y prestaciones gratuitas de servicios valoradas conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la presente Norma Foral.»

La divergencia esencial entre el régimen estatal y el previsto en las normas de los territorios históricos salta a la vista. En éstas el incentivo fiscal reconocido en favor de quienes realicen donativos/donaciones/aportaciones no es la posible deducción en la cuota del IS de una cuantía obtenida tras aplicar sobre una base de deducción el tipo fijado en la norma correspondiente; la medida foral es la consideración del importe del donativo/donación/aportación como un gasto deducible destinado a reducir la base imponible del sujeto que efectúa la operación, y además sin límite alguno en los casos de los territorios vascos. A pesar de la rúbrica de los artículos forales, que se refieren a «*deducciones*», nada más lejos de lo estatuido en ellos, partidas que pueden utilizarse por los donantes como elemento para reducir su base imponible.

³⁷ Tanto Álava como Vizcaya se refieren a «*gasto deducible*», mientras que Guipúzcoa utiliza la expresión «*partida deducible*».

El sistema actual de los territorios forales sigue de este modo el régimen definido en el artículo 63 (donativos deducibles) ³⁸ y el artículo 64 (cómputo de la deducción) ³⁹ de la derogada Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General ⁴⁰.

Como bien observa la doctrina científica, el hecho de que a nivel estatal el donativo ya no se deduzca por su cuantía en la base imponible y se haya trasladado como deducción a la cuota en un porcentaje del 35 por 100 resulta fiscalmente neutro para todos aquellos contribuyentes que tributen al tipo general ⁴¹. Sin embargo, el nuevo sistema instituido en la Ley 49/2002 es, en determinados

³⁸ Artículo 63. «Donativos deducibles en la determinación de la base imponible. 1. A efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades tendrán la consideración de partida deducible, el importe de los donativos que se realicen en favor de las fundaciones y asociaciones a que se refiere la sección 1.ª del capítulo I de este Título, en los siguientes casos: a) Las donaciones puras y simples de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español (...), de obras de arte de calidad garantizada en favor de entidades que persigan entre sus fines la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión de nuestro patrimonio artístico, y que se comprometan a destinar estas obras a la exposición pública. b) Las donaciones puras y simples de bienes que deban formar parte del activo de la entidad donataria y que contribuyan a la realización de las actividades que efectúen en cumplimiento de los fines previstos en el artículo 42.1 a). c) Las cantidades donadas para la realización de las actividades que la entidad donataria efectúe en cumplimiento de los fines previstos en el artículo 42.1 a), o para la conservación, reparación y restauración de los bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, a que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

2. La deducción a que se refiere el apartado anterior, letras b) y c), no podrá exceder del 10 por 100 de la base imponible previa a esta deducción, del donante correspondiente al ejercicio económico en que se realiza la donación.

En el caso de tratarse de los bienes a que se refiere la letra a) del mismo apartado, la deducción de los mismos no podrá exceder del 30 por 100 de dicha base.

3. Alternativamente, la entidad podrá acogerse a los límites del 1 por 1.000 y del 3 por 1.000 de su volumen de ventas respectivamente, sin que, en ningún caso, la aplicación de estos porcentajes pueda determinar una base imponible negativa.

4. El límite de deducción contemplado en este precepto será compatible con el previsto en el artículo 68 y en el artículo 70 de esta Ley.»

³⁹ Artículo 64. «Cómputo de la deducción en la base imponible. 1. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1, a), del artículo anterior, la valoración de los bienes donados se efectuará por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación, en la forma prevista en el artículo 8, e), del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. En el caso de las obras de arte que no formen parte del Patrimonio Histórico Español, la Junta valorará asimismo la suficiencia de la calidad de la obra.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1, b), del artículo anterior, la valoración de los bienes se realizará de acuerdo con los siguientes criterios: a) Los bienes nuevos producidos por la entidad donante, por su coste de fabricación. b) Los bienes adquiridos de terceros y entregados nuevos, por su precio de adquisición, que no podrá exceder del precio medio del mercado. c) Los bienes usados por la entidad donante, por su valor neto contable, que no podrá resultar superior al derivado de aplicar las amortizaciones mínimas correspondientes.»

⁴⁰ Existe abundante bibliografía sobre esa normativa anterior. Entre otros, pueden consultarse a ARIAS VELASCO, J., *La fiscalidad de las entidades sin ánimo de lucro*, 3.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1995; BARCELÓ RICO-ABELLÓ, G., ÁLVAREZ DE NEYRA, G. y BARCELÓ ARISTOY, M., *Regímenes especiales en el Impuesto sobre Sociedades (Fundaciones, Asociaciones, Entidades parcialmente exentas e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general)*, Colex, Madrid, 1996; CARBAJO VASCO, D., «El régimen tributario de las aportaciones efectuadas a entidades sin fines lucrativos en la Ley 30/1994, de Fundaciones», *Impuestos*, tomo II, 2001, págs. 338-372; DE LUIS DÍAZ DE MONASTERIO-GURÉN, F., *Régimen Fiscal de las entidades sin fines lucrativos*, Edersa, Madrid, 1998, págs. 122-133; DEL CAMPO, J. A., *La fiscalidad de las Fundaciones y del Mecenazgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 353-383; GARCÍA LUIS, T., *Fiscalidad de Fundaciones y Asociaciones*, Lex Nova, Valladolid, 1995; MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Fundaciones y Mecenazgo. Análisis jurídico-tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, 3.ª edición, Aranzadi, Elcano, 1999, págs. 204-237; SÁNCHEZ PINILLA, F., «Las donaciones a las fundaciones. Beneficios fiscales», en OLMOS VICENTE, I., *Las fundaciones. Su fiscalidad e incentivos al mecenazgo*, Fundación San Pablo CEU-Dykinson, Madrid, 1998, págs. 85-107.

⁴¹ LÓPEZ RIVAS, S., «Estatuto Fiscal...», *op. cit.*, pág. 15; RUIZ GARIJO, M., «Entidades sin fines lucrativos: fundaciones y asociaciones de utilidad pública», en CALVO ORTEGA, R. (Director), *Fiscalidad de las Entidades de Economía Social*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, pág. 464.

casos, ventajoso respecto al vigente en los territorios históricos y al antiguo previsto en la Ley 30/1994; supone una mejora evidente para los contribuyentes que tributen a un tipo reducido, puesto que *«estarán recuperando parte del donativo efectuado a través de la disminución que éste produce en su cuota tributaria»*⁴². Ahora bien, no hay que olvidar que también en algunos supuestos el tipo de gravamen de ciertas entidades es superior al 35 por 100; en estas situaciones se constataría un perjuicio con el cambio de procedimiento⁴³.

Junto a esa discrepancia, queremos llamar la atención sobre otra cuestión que separa ambos regímenes, el estatal y el de los territorios vascos. Es la expresa consideración de las prestaciones de servicios a título gratuito por parte de sujetos pasivos del IS como donación; así lo establecen los artículos 19.1 f) de las tres normas forales vascas sobre incentivos fiscales al mecenazgo. En estos supuestos, la base de la deducción vendrá conformada por el coste de la prestación de los servicios, incluida la oportuna amortización de los bienes cedidos⁴⁴.

4.3. Exención de la eventual ganancia patrimonial.

Ya hemos visto que el artículo 23.1 de la Ley 49/2002 declara exentas de gravamen las ganancias patrimoniales generadas con ocasión de las transmisiones efectuadas en favor de ONGs, siempre que la transmisión lo sea en calidad de donativo/donación/aportación y la ONG cumpla los condicionantes exigidos por este texto legal.

Pero, a diferencia de la LIRPF, la LIS no contiene una medida similar para aquellos supuestos en que la entidad receptora no reúna los requisitos de la Ley 49/2002; no hay en el articulado de la LIS una norma equiparable al artículo 31.4 a) de la LIRPF.

Antes bien al contrario; el artículo 15 de la LIS, apartado 2, letra a), ordena valorar por su precio normal de mercado los bienes transmitidos a título lucrativo, estableciendo en el apartado 3 que, en caso de transmisión lucrativa, *«la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable»*. Por lo tanto, no sólo no se prevé la exención de la ganancia sino que expresamente se exige incluir

⁴² PEDREIRA MENÉNDEZ, J., «El régimen fiscal del sector...», *op. cit.*, pág. 252. CARBAJO VASCO critica duramente el cambio producido en la normativa estatal; en su opinión, con «el nuevo mecanismo de fomento fiscal en cuota, las posibilidades de subvencionar a determinados donantes se acrecienta, lo que daña tanto a la neutralidad del IS como a la asignación de recursos, además del atentado a la equidad tributaria que se produce (...) Si tenemos en cuenta que el tipo efectivo del IS se sitúa en el 22 por 100, resulta que estas aportaciones gozan de una subvención estimada en la diferencia entre el importe de la deducción en la cuota, 35 por 100, y el tipo de gravamen efectivo del IS que soporta la entidad donante o aportante» («Los incentivos fiscales...», *op. cit.*, págs. 375-376).

⁴³ CRUZ AMORÓS y LÓPEZ RIVAS son conscientes de esta situación, al señalar que el cambio «perjudica a aquellos que tienen un tipo superior, en concreto, a ciertas entidades que se dedican a la explotación, investigación y explotación de yacimientos y almacenamientos subterráneos de hidrocarburos que tributan al 40 por 100» (*La fiscalidad en las entidades sin ánimo de lucro: estímulo público y acción privada*, PriceWaterhouseCoopers, Cideal, Madrid, 2004, págs. 190-191).

⁴⁴ La Dirección General de Tributos, en la Consulta vinculante de 15 de julio de 2005, niega la posibilidad de que una donación de servicios pueda generar el derecho a la deducción correspondiente.

el incremento patrimonial generado por la diferencia entre el valor contable y el normal de mercado a la fecha de la donación. De ahí que, si la ONG queda fuera de la Ley 49/2002, la sociedad que efectúe donativos/donaciones/aportaciones en su favor no podrá declarar exenta la posible ganancia que tal operación le genere en su patrimonio, debiendo integrarla como una renta más a la hora de cuantificar su base imponible.

En resumen, si el valor normal de mercado del bien donado a la fecha de la transmisión es superior a su valor contable, se produce un incremento patrimonial que la sociedad deberá integrar en su base imponible si la ONG receptora del bien no cumple los requisitos de la Ley 49/2002; si la ONG reúne los condicionantes de este texto, la ganancia quedará exenta. Así lo recoge la Dirección General de Tributos ⁴⁵.

Pero, ¿qué sucederá si los bienes donados han sufrido una depreciación mientras estaban en el patrimonio del donante? ¿Qué tratamiento debe dispensarse en caso de que el valor de mercado del bien donado en el momento de la transmisión sea inferior al que tenía en su adquisición? A nuestro juicio, no cabe encontrar una respuesta directa en la Ley 49/2002; su artículo 23.1 sólo se refiere a las ganancias y rentas positivas, y está claro que en la situación descrita no se generan tales tipos de rentas. Según el mandato del artículo 1.2 de esta ley, debemos acudir a la regulación sustantiva del IS, que nos conducirá a la necesidad de tener que conjugar los artículos 10.3, 14.1 e), 15.2 a) y 19.2 de la LIS. La forma más sencilla de explicar el problema y la solución es a través de un caso práctico ⁴⁶.

Supongamos una sociedad que adquiere un bien no amortizable a valor de mercado por 4.500 euros y que, al cabo de unos años, decide donárselo a una ONG que cumple todas las condiciones para ser considerada una entidad no lucrativa a efectos fiscales, siendo el valor de mercado del bien en esa fecha de 4.000 euros. Ante la situación descrita es posible que hayan ocurrido dos cosas:

A) Que la sociedad haya llevado de forma correcta su contabilidad y, en el momento en que se produjo, hubiese reflejado la oportuna depreciación del bien mediante la dotación de una provisión por valor de 500 euros. Las consecuencias que producirá la donación serán las siguientes:

- Contablemente, deberá dar de baja el bien, reflejando en su cuenta de ganancias y pérdidas un valor negativo de 4.000 euros.

⁴⁵ La Consulta número 1863-04, de 7 de octubre de 2004, recoge tanto el régimen de la Ley 30/1994 como el de la Ley 49/2002, señalando que «para los periodos impositivos iniciados con anterioridad al 25 de diciembre de 2002, no se someterá al Impuesto sobre Sociedades la renta derivada de la transmisión del bien descrito en la consulta (inmueble perteneciente al Patrimonio Histórico Español oportunamente inscrito), siempre y cuando la donación se efectúe a una entidad que cumpla los requisitos de la Ley 30/1994 (...). Para los periodos impositivos que se inicien a partir de la entrada en vigor de la Ley 49/2002, no tributarán en el Impuesto sobre Sociedades las rentas positivas que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español.»

Esta misma idea es reiterada por la Dirección General de Tributos en la Consulta número 0141-05, de 4 de abril de 2005: «si la entidad consultante (la receptora de la donación) no cumple los requisitos de la Ley 49/2002, de acuerdo con lo dispuesto en (...) el artículo 15 del TRLIS (...) el donante deberá integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado del bien donado y su valor contable».

⁴⁶ Para un estudio más en profundidad recomendamos la lectura del interesante artículo elaborado por GIL MACÍ, L., «Las donaciones no dinerarias...», *op. cit.*, págs. 363-391.

- Fiscalmente, tendría que tener en cuenta los mandatos de los artículos 14.1 e) y 15.2 a) de la LIS. En base al primero, el gasto contabilizado no sería deducible, debiendo neutralizarlo; en atención al segundo, la sociedad ha de integrar en su base imponible una renta por la diferencia entre el valor de mercado del bien a la fecha de la donación y su valor contable, aunque como ambos coinciden, no habría renta alguna gravable.

+/- Gasto contable (4.000) €

+/- Normas fiscales:

1. Artículo 14 de la LIS: neutralización gasto contable 4.000 €

2. Artículo 15 de la LIS: Vmdo – VC 0 €

Vmdo 4.000 €

VC 4.000 €

= Renta fiscal generada 0 €

Luego si la sociedad donante hubiera consignado correctamente la depreciación en el momento en que se ocasionó, la posterior donación no generará ninguna renta a efectos del IS.

B) Que la sociedad no lleve de manera adecuada su contabilidad; esto es, que no hubiese reflejado la depreciación cuando tuvo lugar. Los resultados serán los siguientes:

- Contablemente, deberá dar de baja el bien, reflejando en su cuenta de ganancias y pérdidas un valor negativo de 4.500 euros.
- Fiscalmente, tendría que tener en cuenta los mandatos de los artículos 10.3, 14.1.e) y 15.2 a) de la LIS. Tomando en consideración el artículo 10.3 de la LIS, hay que destacar que el resultado contable que sirve para calcular la base imponible no es el efectivamente contabilizado por el sujeto pasivo, sino el que debió determinar aplicando «*las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas*»; esto significa que deberá tomar como partida negativa, no los 4.500 euros que aparecen contabilizados, sino los 4.000 que deberían aparecer si hubiese consignado la depreciación de modo correcto. El artículo 14 de la LIS obliga a neutralizar la cuantía negativa tomada como referencia para el cálculo de la base imponible (no el importe negativo insertado en la cuenta de ganancias y pérdidas), ya que estamos ante un gasto no deducible fiscalmente. Y el artículo 15 no sería aplicable al coincidir el valor de mercado a la fecha de la donación (4.000) con el valor que debería haberse contabilizado por la operación (4.000).

+/- Gasto correctamente contabilizado	(4.000) €
+/- Normas fiscales:	
1. Artículo 14 de la LIS: neutralización gasto contable	4.000 €
2. Artículo 15 de la LIS: Vmdo – VC	0 €
Vmdo	4.000 €
VC	4.000 €
= Renta fiscal generada	0 €

Tampoco en este caso aparece renta negativa por la donación. Es cierto que hay 500 euros mal contabilizados como partida negativa que no se han «arrastrado» a la hora de determinar el importe de la base imponible, ya que se corresponden con un gasto, la depreciación, que no se produjo en el momento de la transmisión; la incorrecta imputación contable de esa cuantía se solucionará aplicando el artículo 19.2 de la LIS, cuyo párrafo 2 señala:

«Los ingresos y los gastos imputados contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias en un período impositivo distinto de aquel en el que proceda su imputación temporal (...) se imputarán en el período impositivo que corresponda (...). No obstante, tratándose de gastos imputados contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias en un momento posterior a aquel en el que proceda su imputación temporal (...), la imputación (...) se efectuará en el período impositivo en el que se haya realizado la imputación contable, siempre que de ello no se derive una tributación inferior a la que hubiere correspondido por aplicación de las normas de imputación temporal previstas en los apartados anteriores.»

A tenor de las explicaciones anteriores estamos plenamente de acuerdo con GIL MACIÁ en que «no se puede manifestar en el ámbito del IS renta negativa alguna con motivo de la realización de tales donaciones, pues a pesar de que contablemente se origine un gasto por el importe del valor contable del bien donado, en virtud del artículo 14.1 e) no será admitida su deducibilidad a efectos fiscales». ⁴⁷

Navarra, siguiendo la línea ya descrita con relación al IRPF, altera este régimen, al menos aparentemente. El artículo 40 de la Ley Foral 10/1996, de 2 julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, declara:

⁴⁷ «Las donaciones no dinerarias...», *op. cit.*, pág. 383. Continúa este autor con sus explicaciones señalando que cuando se dona un bien «cuyo valor de mercado es inferior al valor contable por el que éste se encuentra registrado es evidente que se ha producido, cuanto menos, una negligencia contable, pues en virtud de las normas de valoración contables ello nunca debería ocurrir. En estos casos no se puede manifestar fiscalmente una renta negativa por la diferencia entre el valor contable y el inferior valor de mercado que tenga el bien en el momento de la donación, pues resulta del todo impropio la aplicación del artículo 15.3 del TRLIS. Lo que en realidad se produce es la contabilización de un gasto –coincidente con la diferencia entre el valor contable y el valor de mercado–, que aunque tuvo su origen en el pasado, se ha imputado fiscalmente –con motivo de la donación– en un momento posterior al que realmente se devengó.»

«No se considerarán a efectos del Impuesto sobre Sociedades las rentas positivas o negativas que se pongan de manifiesto como consecuencia de las donaciones a que se refiere el artículo 37 de esta Ley Foral.»

Por lo tanto, en Navarra, están exentas todas las variaciones patrimoniales que se generen como consecuencia de la operación en la sociedad donante, sea cual sea su signo, positivo o negativo. El problema es que, como hemos tratado de evidenciar, no es posible en la práctica que se genere una pérdida patrimonial por la donación; de ahí que califiquemos de «alteración aparente» el modelo estatuido en esta Comunidad Foral; aunque a diferencia del sistema estatal, contempla tanto las rentas positivas como las negativas, lo cierto es que no cabe el segundo supuesto. A pesar de la distinta literalidad, la eficacia del mandato navarro es exacta al estatal.

¿Cuál es la situación en los territorios forales del País Vasco? Idéntica a la descrita para el resto del territorio nacional, exceptuando Navarra. Las Normas Forales Vascas reguladoras del régimen fiscal de las entidades sin ánimo lucrativo y de los incentivos fiscales al mecenazgo se refieren a este tema en sus artículos 24, declarando exentas de tributación las ganancias y rentas positivas que se pongan de manifiesto con ocasión de los donativos, donaciones y aportaciones en favor de las entidades recogidas en esos textos legales.

5. LAS DONACIONES A ONGs Y EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE NO RESIDENTES

El Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (en adelante, LIRNR) dedica sendos artículos a las deducciones que un sujeto pasivo no residente en territorio español puede aplicar sobre la cuota del impuesto. Son los artículos 19 y 26, que preceptúan:

«Artículo 19. Deuda tributaria. (...) 4. En la cuota íntegra del impuesto podrán aplicarse: a) El importe de las bonificaciones y las deducciones a que se refieren los artículos 30 al 44 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. b) El importe de las retenciones, de los ingresos a cuenta y de los pagos fraccionados.»

«Artículo 26. Deducciones. De la cuota sólo se deducirán: a) Las cantidades correspondientes a las deducciones por donativos en los términos previstos en el artículo 69.3 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo.»

La LIRNR distingue en función de si el contribuyente actúa o no mediante establecimiento permanente en territorio español. En el primer supuesto hace una remisión a las normas sobre deducciones y bonificaciones de la LIS, que recordemos no contenían alusión alguna a una posible deducción por donativos. Eso implica que, cuando el donante sea un sujeto no residente que actúe

mediante establecimiento permanente, no hay reconocido en su favor ningún incentivo en la LIS. Sin embargo, no significa que no tenga ningún beneficio. Al igual que en el ámbito del IS, los incentivos fiscales vienen de la mano de la Ley 49/2002, cuyos artículos 21 y 23 disponen:

«Artículo 21. Deducción de la cuota del Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

(...) 2. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de No Residentes que operen en territorio español mediante establecimiento permanente podrán aplicar la deducción establecida en el artículo anterior.»

«Artículo 23. Exención de las rentas derivadas de donativos, donaciones y aportaciones.

1. Estarán exentas del (...) Impuesto sobre la Renta de No Residentes que grave la renta del donante o aportante las ganancias patrimoniales y las rentas positivas que se pongan de manifiesto con ocasión de los donativos, donaciones y aportaciones a que se refiere el artículo 17 de esta Ley.»

Por lo tanto, en atención a las normas vigentes a nivel estatal, cuando el donante es un sujeto no residente que actúa a través de establecimiento permanente sí tiene la posibilidad de aplicar los dos incentivos ya expuestos al hilo del IS; es decir, puede plantear una deducción en la cuota (cuantificada según las reglas del IS) y considerar exenta la eventual ganancia patrimonial que le genere la donación, aun cuando para que puedan practicarse tales actuaciones el donatario debe ser una ONG incluida bajo la esfera de eficacia de la Ley 49/2002. En caso contrario, si la ONG no cumple los parámetros exigidos por este texto legal, la donación no generará ningún beneficio fiscal en quien la lleve a cabo.

La situación descrita varía para el caso de no residentes que actúen sin establecimiento permanente, ya que el artículo 26 de la LIRNR hace expresa mención a la deducción por donativos y se remite a la LIRPF. Recordemos que en el ámbito del IRPF, a diferencia del IS, convivían dos regímenes: el consignado en la Ley 49/2002 y el previsto en la propia LIRPF. La Ley 49/2002 señala al respecto que:

«Artículo 21. Deducción de la cuota del Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de No Residentes que operen en territorio español sin establecimiento permanente podrán aplicar la deducción establecida en el apartado 1 del artículo 19 de esta Ley en las declaraciones que por dicho impuesto presenten por hechos imposables acaecidos en el plazo de un año a contar desde la fecha del donativo, donación o aportación.

La base de esta deducción no podrá exceder del 10 por 100 de la base imponible del conjunto de las declaraciones presentadas en ese plazo (...)»

Es patente que, como reconoce la doctrina, al carecer el IRNR de período impositivo y de base liquidable, el legislador haya tenido que introducir dos matizaciones, de modo que la deducción se

practicará en *«las declaraciones que por dicho impuesto presenten por hechos impositivos acaecidos en el plazo de un año a contar desde la fecha de donativo»*, en sustitución del concepto período impositivo, y el límite se calculará sobre *«la base imponible del conjunto de las declaraciones presentadas en ese plazo»* ⁴⁸.

La Ley 49/2002 se remite de este modo a las normas ya analizadas: las vinculadas al IRPF, si el donante es un sujeto no residente que actúa en nuestro territorio sin establecimiento permanente, y las del IS si se trata de un no residente que actúa mediante establecimiento permanente. Para evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a las observaciones ya efectuadas entonces.

5.1. Regulación en los territorios forales.

En Navarra nos encontramos con una situación peculiar. La Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las Fundaciones y de las actividades de patrocinio, no recoge posibles incentivos con relación al IRNR. Esta situación no es difícil de explicar si nos atenemos a la fechas de publicación de la norma; recordemos que esta figura impositiva surge a raíz de la reforma fiscal llevada a cabo en nuestro país a finales del año 1998, que desembocó en la creación del IRNR, que aglutinaba a los sujetos por obligación real de contribuir que hasta ese momento venían regulados en las leyes del IRPF, si eran personas físicas, o del IS, si eran personas jurídicas. Lo que nos resulta llamativo es que, con posterioridad, una vez creado este tributo a nivel estatal, no se haya llevado a cabo la adaptación del texto normativo foral navarro. Pero es que la *«sorpresa»* es aún mayor si tenemos en cuenta que este impuesto no ha sido aprobado todavía por el Parlamento de Navarra, a pesar de existir a nivel estatal. No obstante, debemos constatar que no hay un vacío tan grande como pudiera pensarse, ya que, de acuerdo al Convenio Económico ⁴⁹, mientras el impuesto no se apruebe por la Comunidad Foral se aplicarán en Navarra las normas vigentes en territorio común. Esto significa una remisión directa a los criterios contenidos en la LIRPF y en la LIS.

Este envío a las normas estatales plantea dos contradicciones. La primera, de carácter práctico, aparece con relación a los supuestos de entidades que operen sin establecimiento permanente. Tras analizar las instrucciones de los modelos 210 y 215, de declaración ordinaria del IRPF para *«rentas obtenidas o producidas en territorio navarro sin establecimiento permanente por parte de contribuyentes del IRNR»*, nos encontramos con que en las casillas 19 y 11, respectivamente, se refleja una

⁴⁸ LÓPEZ RIVAS, S., «Estatuto fiscal...», *op. cit.*, pág. 15. Como acertadamente observa PEDREIRA MENÉNDEZ, «el establecimiento de un plazo temporal de un año para practicarse la deducción se debe a la necesidad de adaptar el donativo a las características del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (...) Además, no siempre coincide la entrega de un donativo con la realización del hecho imponible del impuesto, por lo que es totalmente acertado el haber fijado un plazo temporal durante el que la donación tiene eficacia tributaria» («El régimen fiscal...», *op. cit.*, pág. 256).

⁴⁹ Disposición adicional cuarta: *«Hasta tanto se dicten por la Comunidad Foral las normas necesarias para la aplicación de este Convenio, relativas a los Impuestos Especiales, Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto sobre las Primas de Seguros, Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos e Impuesto sobre la Renta de No Residentes, así como las normas para la exacción de las tasas a que se refiere el artículo 40, se aplicarán las normas vigentes en territorio común»*.

«deducción por donativos», remitiéndose las instrucciones al artículo 62.6 de la Ley Foral 22/1998, de 30 de diciembre, del IRPF; no hay, por tanto, una remisión a las normas estatales, sino a la norma foral del IRPF⁵⁰.

La segunda la descubrimos al hilo de las entidades que operan mediante establecimiento permanente. El Convenio recordemos que se remite a las normas estatales, que recogían una deducción por donativo en la cuota; sin embargo, la normativa propia de Navarra del IS reconoce una medida diferente, pues considera el importe del donativo/donación/aportación como un gasto deducible para el cómputo de la base imponible. ¿Qué sentido tiene una remisión a la norma estatal cuando el propio territorio navarro tiene una medida al respecto en el IS, que además es de diverso calado? ¿Debe aplicarse el régimen estatal, tal y como indica la disposición adicional del Convenio Económico, o esta previsión decae ante el hecho de que las leyes navarras ya contengan un régimen específico en el IS?

En Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, son los artículos 23 de las respectivas Normas Forales sobre el régimen fiscal de las entidades sin ánimo lucrativo los que se ocupan de esta materia:

«Artículo 23. Deducción de la cuota del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que operen sin establecimiento permanente tendrán derecho a deducir de la cuota íntegra el 25 por 100 de la base de la deducción determinada según lo dispuesto en el artículo 20 de esta Norma Foral en las declaraciones que por dicho impuesto presenten por hechos imposables acaecidos en el plazo de un año a contar desde la fecha del donativo, donación o aportación.

La base de esta deducción no podrá exceder del 10 por 100 de la base imponible del conjunto de las declaraciones presentadas en ese plazo.

2. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que operen mediante establecimiento permanente podrán aplicar la deducción establecida en el artículo anterior de esta Norma Foral.»

A la luz de esta normativa, queremos destacar dos extremos: por una parte, que se constatan discrepancias con respecto al régimen estatal en el caso de entidades que operen sin establecimiento permanente. La disparidad de tratamiento se pone de manifiesto toda vez que, a nivel estatal, la LIRNR se remitía a la LIRPF, donde se recogen dos regímenes para determinar la posible deducción a la

⁵⁰ No podemos dejar pasar por alto el hecho de que no todas las instrucciones de los modelos de declaración de Navarra actúan así, obviando el mandato del Convenio Económico. Por ejemplo, las instrucciones del modelo 212, de «declaración relativa a los contribuyentes no residentes que operen en España sin mediación de establecimiento permanente en relación con la renta consistente en incrementos de patrimonio derivados de bienes inmuebles radicados en Navarra», contiene una referencia a una posible deducción por donativo, que deberá reflejarse en la casilla 12, señalándose que «las personas físicas podrán practicar la deducción por los donativos efectuados, en los términos fijados en el artículo 55.3 de la Ley 40/1998».

cuota (el de la Ley 49/2002 y el propio de la LIRPF), mientras en los territorios forales vascos sólo hay un sistema, el consignado en la Ley sobre el régimen fiscal de las entidades no lucrativas.

La segunda cuestión a destacar es que la deducción por donativos regulada en las normas forales se cuantifica de forma distinta según que hablemos de una persona física residente o de un no residente que opera sin establecimiento permanente; en el primer caso, la deducción era del 30 por 100 de la base, con un límite del 30 por 100 de la base imponible minorada en determinadas reducciones; en el segundo, la deducción pasa a ser de un 20 por 100, con un límite del 10 por 100. Esto implica nuevas diferencias con respecto al sistema estatal; el artículo 21.1 de la Ley 49/2002 dedicado al IRNR se remite directamente a su artículo 19, sobre el IRPF; en el caso de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya no sólo no existe esta remisión en las normas de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos, sino que expresamente se prevé una regla que otorga un incentivo desigual al reconocido en el IRPF.

Junto a esas dos ideas, volvemos a destacar que las normas vascas prevén expresamente que el donativo pueda consistir en una prestación gratuita de servicios por parte de un no residente.

6. CONCLUSIONES

Como colofón a este estudio, debemos destacar las siguientes ideas:

1. Una ONG puede articularse jurídicamente como una fundación o como una asociación. Eso significa que cuando reúna las condiciones exigidas por la Ley 49/2002 disfrutará de un régimen fiscal beneficioso, no sólo de cara a su propia tributación, sino que también redundará en la posibilidad de aplicar reglas fiscales más favorables para quienes efectúen donativos, donaciones y aportaciones en su favor.
2. El objeto de la donación puede ser muy heterogéneo, como lo demuestra la lista del artículo 17 de la Ley 49/2002. Al hilo de este tema, debemos llamar la atención sobre el hecho de que las prestaciones gratuitas de servicios no entran dentro de la tipificación, salvo en el caso de los territorios forales vascos.
3. Los incentivos fiscales reconocidos en el seno del IRPF, IS e IRNR a favor de quienes realicen donativos, donaciones y aportaciones a una ONG que se sitúe dentro de la Ley 49/2002 son de dos tipos: una deducción en cuota y la exención de la ganancia patrimonial o renta positiva que se ponga de manifiesto con ocasión de la transmisión.

Por cuanto hace a la primera medida, su cuantificación se obtendrá aplicando sobre la base de deducción calculada conforme a lo dispuesto en el artículo 18, respetando los límites máximos previstos en las legislaciones de los diferentes impuestos, el tipo que prevé la Ley 49/2002, esto es, un 25 por 100 para personas físicas residentes o no residentes que actúen sin establecimiento permanente y un 35 por 100 si son contribuyentes del IS o no residentes que actúen mediante establecimiento permanente.

Con relación a la segunda medida, mencionar que la Ley 49/2002 se refiere a ganancias y rentas positivas. Si lo que se genera es una pérdida patrimonial o una renta negativa dicha cuantía no podrá ser integrada en la base imponible por aplicación del artículo 31.5 de la LIRPF; en el ámbito del IS, como hemos intentado dejar patente en las páginas dedicadas a esta cuestión, nunca puede suceder tal situación de que se genere una renta negativa.

4. Cuando la ONG no cumpla con los condicionantes de la Ley 49/2002, el donante perderá la posibilidad de practicar los anteriores beneficios, con una notable excepción, que sea persona física y la ONG reúna los requisitos del artículo 69.3 b) de la LIRPF; en este supuesto, mantendrá los incentivos, aunque el tipo de la deducción bajará quince puntos, situándose en el 10 por 100.
5. Los territorios históricos del País Vasco y Navarra, en sus normas forales reguladoras de los incentivos fiscales al mecenazgo, también otorgan ambos tipos de beneficios, si bien con una importante diferencia en relación con la medida vigente en el IS, que no es una deducción en la cuota del impuesto sino la consideración del importe correspondiente como una partida deducible para el cálculo de la base imponible.

JORGE PÉREZ ALONSO

Abogado

**(Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
núm. 1 de Gijón, de 27 de junio de 2006) ***

Una de las principales características del acto administrativo nulo de pleno derecho es que al mismo no le es de aplicación la excepción de acto consentido en el supuesto de no haber sido objeto de recurso administrativo ordinario en tiempo y forma, como sí ocurre en el caso de actos meramente anulables. El propio artículo 102.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC) así lo establece al señalar que es de aplicación la revisión de disposiciones y actos nulos *«que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo»*, si bien tal posibilidad de revisión se limita a los supuestos del artículo 62.1 del meritado cuerpo legal ¹. Lo mismo acontece en materia tributaria, en tanto en cuanto el contenido material del artículo 217 de la Ley 58/2003 (LGT) no es más que una mera refundición de los artículos 62.1 y 102 de la LRJAP y PAC. Pues bien, la resolución judicial objeto de comentario hace saltar por los aires esa doctrina al exigir, respecto a la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 217.1 e) de la LGT que los motivos jurídicos se ventilen, en caso de discrepancia jurídica, en el recurso administrativo ordinario y no en el recurso extraordinario de nulidad si la Administración ha seguido un procedimiento, aunque éste no sea el previsto por la norma concreta.

El supuesto fáctico enjuiciado era el siguiente: el Ente Público Servicios Tributarios del Principado de Asturias, en el ejercicio de las facultades que tiene delegadas para la recaudación de tributos locales, giró la liquidación del Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI) del período impositivo al nuevo adquirente sin haber intentado la ejecución frente al sujeto pasivo contribuyente (aspecto este no negado por la Administración actuante) sin haber realizado la correspondiente declaración de fallido y el consiguiente procedimiento tributario de derivación de la responsabilidad. De esta manera, el Principado comunica al nuevo propietario que *«en el ejercicio del derecho de hipoteca legal tácita regulado en el artículo 78 de la LGT»*, de no proceder al pago, se iniciaría el correspondiente procedimiento ejecutivo. El interesado no interpuso recurso administrativo ordinario frente a tal notificación, pero sí que instó la correspondiente acción de nulidad al amparo del artículo 217.1 e) de la LGT (actos *«que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido»*), fundamentando jurídicamente tal pretensión en el tenor literal del artículo 64 del Real Decreto Legislativo 2/2004 que, contemplando expresamente el supuesto debatido, señala que: *«En los supuestos de cambio, por cualquier causa, en la titularidad de los derechos que constituyen el hecho imponible de este*

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 283 (octubre 2006) o en *Normacef Fiscal* (NFJ023069).

¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, I*, duodécima edición, Civitas, Madrid, 2004, págs. 623-625. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, I*, cuarta edición, Civitas, Madrid, 2003.

impuesto, los bienes inmuebles objeto de dichos derechos quedarán afectos al pago de la totalidad de la cuota tributaria en régimen de responsabilidad subsidiaria, en los términos previstos en la LGT». Pese a la inusual claridad del precepto legal, el órgano administrativo inadmitió a trámite la revisión de oficio por entender que el procedimiento utilizado *había sido el correcto*². Frente a ello se interpuso la correspondiente demanda contencioso-administrativa.

Pues bien, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón que se dictó en los correspondientes autos de procedimiento abreviado, objeto de comentario en estas líneas no resiste, a juicio de quien suscribe, el más elemental análisis jurídico. Y es que el razonamiento que ofrece el Juzgado para desestimar el recurso jurisdiccional, que transcribimos íntegro para mayor ilustración de los lectores, es el siguiente:

«En el caso de autos no existe una omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. La Administración ha seguido un procedimiento —el previsto en el art. 78 de la LGT—. No se discute aquí si la Administración ha infringido u omitido los trámites del procedimiento elegido sino que el recurrente entiende que resulta aplicable otro distinto, circunstancias estas de las que se desprende de forma manifiesta que no cabe apreciar infracción del artículo 217.1 e) de la LGT, ya que lo que plantea es en realidad una cuestión de interpretación jurídica que tuvo ocasión de impugnar al serle notificada la resolución de 4 de noviembre de 2005 (folios 18 y ss. del expte.) en la que se le informaba de que podía interponer en el plazo de un mes recurso de reposición potestativo o reclamación económico-administrativa, plazo que dejó transcurrir por lo que devino firme, pretendiéndose ahora su revisión en base al motivo invocado, que, a juicio de este Juzgador claramente no concurre por cuanto, insistimos, no cabe hablar de acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, sino de un acto dictado siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 78 de la LGT para la ejecución del derecho de hipoteca legal tácita. Tampoco cabe apreciar la infracción de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional desde el momento en que la resolución de notificación de débitos al adquirente de bienes gravados con un derecho real de hipoteca legal tácita, le fue debidamente notificada y pudo haber articulado contra ella en tiempo y forma los motivos de fondo que ahora se pretenden aducir por la vía de revisión de oficio.

En definitiva, la resolución impugnada que inadmite la solicitud de revisión es conforme a derecho al entender el Juzgador que la solicitud de revisión de oficio carece manifiestamente de fundamento en cuanto se basa en la alegación de una omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, cuando es lo cierto que existe tal procedimiento. El hecho de que el recurrente no lo considere como el adecuado no puede encauzarse por la causa de nulidad consistente en la falta total y absoluta del procedimiento, porque el procedimiento existe, sino a través de los recursos ordinarios impugnando la interpretación normativa realizada por la Administración en cuanto a la corrección del procedimiento elegido.

En el mismo sentido no existe la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y en concreto del derecho de defensa por cuanto la Administración noti-

² Dato este muy importante a la hora de tener en cuenta los fundamentos por los cuales se inadmitió a trámite la solicitud. La Administración no considera que la inadmisión procede porque se ha seguido un procedimiento cualquiera, sino porque *entendía que el utilizado era el correcto*. Argumento de peso por cuanto la inadmisión se basa en la consideración de que la elección procedimental era la adecuada para el fin perseguido, aspecto este que la sentencia objeto de comentario parece no tener en cuenta.

ficó debidamente al actor el procedimiento de débitos al adquirente de bienes gravados con hipoteca legal tácita, mediante la Resolución de 4 de noviembre de 2005 contra la que pudo formular los recursos previstos en la misma, lo que no verificó, por lo que el acto impugnado que inadmite la revisión de oficio formulada es conforme a derecho.»

Vayamos punto por punto a los aspectos concretos de discrepancia jurídica con la sentencia en cuestión:

1. LA CAUSA DE NULIDAD DEL ARTÍCULO 217.1 E) DE LA LGT

La causa de nulidad del artículo 217.1 e) de la LGT, que, como hemos indicado anteriormente, coincide punto por punto con el tenor literal del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, consiste en prescindir «*total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados*»³. El Juzgador identifica esta causa de nulidad con ausencia total de procedimiento. Mas la consulta a cualquier manual básico de derecho administrativo muestra claramente que esta causa de nulidad es aplicable también a los casos en que la Administración, aún siguiendo un procedimiento, no utiliza el expresamente previsto. Así, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA señala, refiriéndose expresamente a este motivo de nulidad:

«Por la misma razón hay que entender aplicable la sanción de nulidad de pleno derecho en todos aquellos casos en que la Administración ha observado, en efecto, un procedimiento, pero no el concreto procedimiento previsto por la Ley para ese supuesto»⁴.

En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ:

«Si la nulidad se produce cuando se prescinde del procedimiento "previsto para ello" (esto es, para dictar el acto concreto de que se trate), tanto da que no se haya seguido procedimiento alguno como que se haya seguido un procedimiento legalmente previsto no para ello, sino para un objeto distinto»⁵.

En el ámbito fiscal, José ARGÜELLES PINTOS, en su glosa al artículo 217.1 e) de la Ley 58/2003 indica que:

«El vicio de nulidad de pleno derecho previsto en este apartado se comete en los siguientes supuestos:

1. Cuando se prescinde de todo procedimiento administrativo.
2. Cuando el acto se dicta utilizando un procedimiento distinto del legalmente establecido: la redacción de los artículos 47 de la LPA/1958 y 153 de la LGT/1963 y actual

³ La LGT deja todavía menos lugar a la duda interpretativa que la LRJAP y PAC, puesto que en la norma general básica del ordenamiento tributario se añade la expresión «para ello», ausente en la legislación general administrativa.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, pág. 634.

⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 250.

LGT/2003 al describir este vicio de nulidad habla de actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido "para ello", inciso del que se prescinde en la Ley 30/1992. A pesar de esta diferencia en la redacción entendemos que los preceptos deben interpretarse de manera semejante de tal forma que si el acto se ha dictado siguiendo unas normas procedimentales distintas de aquellas que le son propias el acto incurrirá en vicio de nulidad de pleno derecho. Lo trascendente para determinar en este caso si el acto incurre en vicio de nulidad será el apreciar si concurren o no los trámites esenciales del procedimiento (...).

3. Los supuestos en que se prescinde de un trámite esencial (...) ⁶»

En idéntico sentido se manifiesta la jurisprudencia, por ejemplo, y por citar uno de los pronunciamientos más recientes, el fundamento jurídico sexto de la **Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de enero de 2006** (NFJ021984) indica sin el menor atisbo de duda que:

«Es cierto que en el supuesto de haberse prescindido total y absolutamente del precepto legalmente establecido se han de comprender no sólo los casos en que se prescinde de todo procedimiento, *sino también aquellos en los que la Administración ha observado un procedimiento, pero no el concreto procedimiento previsto por la Ley.*»

Igualmente, la **Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 13 de noviembre de 2003** (NFJ016172) indica en su fundamento jurídico cuarto, haciéndose eco de la doctrina del TS, que:

«En tal sentido, se ha señalado que para que se dé el motivo de nulidad consistente en haberse dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, no basta que se haya incurrido en la omisión de un trámite del procedimiento, por esencial y trascendental que sea, sino que es necesario que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que se produce en dos supuestos, cuando se prescinde de todo trámite, es decir, se produce el acto sin la instrucción previa de procedimiento alguno *y cuando se haya seguido un procedimiento legalmente previsto para un objeto distinto* (...). Por otro lado, el TS ha venido sosteniendo que la infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad se comprendan los casos de ausencia total del procedimiento o de seguir un procedimiento distinto.»

Es decir, que la nulidad de un acto administrativo no queda limitada a una omisión total y absoluta del procedimiento, sino, y contra la expresa manifestación en contrario del juzgador, *a la utilización de otro procedimiento distinto del establecido para el caso concreto*. Es por ello que, a juicio de quien esto suscribe, lo jurídicamente procedente era entrar de lleno a analizar si el procedimiento utilizado por la Administración actuante era el expresamente previsto por la normativa tributaria, aspecto este en el que el Magistrado juzgó innecesario entrar a valorar (ignoro si por prudencia o por considerarlo superfluo a la vista del razonamiento expuesto). En la fase de conclusiones del procedimiento no sólo fue objeto de cita expresa el artículo 64 del Real Decreto

⁶ Comentario al artículo 217 en la obra colectiva *Comentarios a la Nueva Ley General Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 1.428-1.429. Esta obra, además, fue objeto de cita expresa por el actor en la vista del juicio contencioso y, como se indicó entonces, la misma era obra de un conjunto de muy prestigiosos Abogados del Estado.

Legislativo 2/2004 anteriormente mencionado, sino que se pusieron en conocimiento del Magistrado los siguientes instrumentos jurídicos que avalaban la interpretación del recurrente y desautorizaban el proceder administrativo:

• **Resolución de la Dirección General de Tributos de 10 de octubre de 2001** (NFC016071).

En respuesta precisamente a la afección del inmueble a efectos del IBI, y en un supuesto idéntico al enjuiciado, el órgano administrativo señala que:

«Por lo que respecta a la cuestión planteada referente a la afección del bien inmueble al pago del tributo, cabe indicar que, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley 39/1998, en los supuestos de cambio en la titularidad del bien inmueble, éste queda afecto al pago de la totalidad de las deudas tributarias y recargos pendientes por el IBI, en los términos previstos en el artículo 41 de la LGT (se refiere a la LGT del año 1963). El mencionado artículo 41 de la LGT dispone que los adquirentes de bienes afectos por la ley a la deuda tributaria responderán con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga. En este sentido, cabe indicar que, tal como ha determinado el TS, la responsabilidad por la adquisición de bienes afectados por la ley al pago de las deudas tributarias es subsidiaria, por lo cual, para que pueda exigirse tal responsabilidad, es necesario que previamente se haya agotado sin éxito la acción recaudatoria contra el sujeto pasivo, declarándolo fallido.»

• **STS de 1 de febrero de 1995** (NFJ004305) y **STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2004** (NFJ016636). En ambos casos, y en supuestos idénticos al enjuiciado, se anulaban procedimientos de gestión recaudatoria precisamente por no haber procedido a declarar fallido al deudor principal instando el correspondiente procedimiento de derivación.

• **Opinión doctrinal de Arturo ZABALA RODRÍGUEZ FORNOS** glosando el artículo 78 de la LGT (precisamente el invocado por la Administración actuante para justificar su proceder):

«Tampoco cabe confundir esta hipoteca, ni la mencionada afección [afección de bienes del artículo 79] con la afección real que se impone en el IBI por el cambio en la titularidad de los inmuebles, no sólo por sus diferentes presupuestos y efectos, sino porque la efectividad de esta afección también se reconduce al régimen de dicha responsabilidad tributaria subsidiaria (art. 64 del Real Decreto Legislativo 2/2004, Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales).⁷»

Es decir, que la propia Administración, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria avalaban la interpretación sostenida por el interesado, es decir, que la Administración utilizó un procedimiento que no es el previsto por la legislación para el caso concreto (responsabilidad subsidiaria). Pero existe una cuestión todavía más clamorosa que el redactor de estas líneas no acierta a explicarse: al ser necesaria la declaración de fallido del deudor principal (aspecto este que quedaba perfectamente acreditado pues no constaba tal trámite en el expediente administrativo que el Magistrado tenía en sus manos) ello determinaba la omisión total y absoluta de un trámite esencial del procedimiento, y, por ende, la nulidad del mismo, aspecto este del que la sentencia ni tan siquiera se hace eco.

⁷ Comentario incluido en la página 551 de la obra *Comentarios a la Nueva Ley General Tributaria* anteriormente citada.

2. LA CONVALIDACIÓN DEL ACTO NULO

El Magistrado considera que la corrección del procedimiento elegido por la Administración para actuar debe realizarse a través de los recursos ordinarios y no a través de la vía de la acción de nulidad, por lo que, al no haber sido recurrida en tiempo y forma la liquidación, devino en acto firme y consentido. Criterio este que, dicho sea con todos los respetos, no puede compartir el humilde redactor de estas líneas. Sería perfectamente aceptable (discutible jurídicamente, pero aceptable) que el Juzgador hubiese entendido correcto el procedimiento elegido por el Ente Público actuante y, en consecuencia, desestimase el recurso por considerar que, en efecto, la Administración siguió el cauce procedimental expresamente establecido; pero entender que la inadecuación de procedimiento es una cuestión jurídica a ventilar por medio de los recursos ordinarios es un error, pues, como hemos señalado en el apartado anterior, la elección de un procedimiento distinto al previsto por la norma determina la nulidad de pleno derecho y, por consiguiente, la procedencia de la revisión de oficio.

El mismo artículo 217.1 de la LGT (al igual que el art. 102.1 de la LRJAP y PAC) establece como presupuesto de la acción de nulidad que los actos cuya revisión se insta «no hayan sido recurridos en plazo». De igual manera, la propia configuración de la nulidad determina que frente a defectos que hacen al acto nulo de pleno derecho no opera la excepción de acto firme y consentido. En este sentido, y por citar a los grandes maestros del derecho administrativo, citamos a título meramente enunciativo las siguientes opiniones:

«La nulidad absoluta, en fin, no puede sanarse por confirmación, puesto que no está en el comercio de los hombres, ni en la esfera de la autonomía de la voluntad.⁸»

«La excepción del acto confirmatorio únicamente puede invocarse cuando el supuesto acto consentido es válido o anulable. Un acto radicalmente nulo jamás podrá servir de base para invocar la excepción de acto confirmatorio. Pues si el acto nulo de pleno Derecho no es susceptible de subsanación (art. 62 de la LRJAP y PAC) es imprescriptible la acción para hacer valer la nulidad y, por tanto, no puede subsanarse por prescripción ni puede ser consentido.⁹»

3. CONCLUSIÓN

A modo de resumen explicativo, hemos de concluir forzosamente que la sentencia comentada no considera, contra el parecer doctrinal y jurisprudencial mayoritario, la elección de un procedimiento distinto como causa determinante de nulidad de pleno derecho. Acogiéndonos a la peligrosísima doctrina iniciada por la resolución judicial comentada, a la Administración le bastaría elegir cualquier procedimiento de actuación, por muy disparatado o inadecuado que fuese, para que, en el caso de no interponer el recurso administrativo en plazo, operase la excepción de acto firme y consentido.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, pág. 618.

⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios*, pág. 748.

 **LUIS CARLOS SÁNCHEZ MARTÍNEZ***Analista de Riesgo*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Especial Estudios Financieros 2006** en la Modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Ramón GONZÁLEZ GARCÍA, doña María Teresa DEL VAL NÚÑEZ, doña María Antonia GARCÍA BENAÚ, don Alejandro LARRIBA DÍAZ ZORITA, don Juan Antonio MAROTO ACÍN y don Jesús URÍAS VALIENTE.

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

Extracto:

LA profesionalización del fútbol ha llevado a los equipos a adoptar un funcionamiento cada vez más empresarial. Su conversión en sociedades anónimas deportivas y la necesidad de capital les ha supuesto tener que afrontar la exigencia de rentabilidad por parte de algunos de sus accionistas mientras otros siguen buscando los éxitos deportivos. Esta multiplicidad en los objetivos que deben alcanzar los gestores no es algo singular de los equipos de fútbol sino que existe una amplia variedad de empresas que se enfrentan al mismo reto. Mediante un modelo de eficiencia averiguaremos el grado de pericia de los administradores en satisfacer los fines de los propietarios y comprobaremos si se trata de objetivos complementarios o divergentes. Los resultados nos permitirán extraer conclusiones para una mejor gestión de los equipos, algunas de las cuales se podrían considerar para otras empresas que también persigan varios objetivos.

Sumario:

1. Introducción.
2. El fútbol profesional.
3. La diversidad de objetivos en la empresa.
 - 3.1. La multiplicidad de objetivos relacionada con los *stakeholders*.
 - 3.2. Empresas con accionistas que persiguen diversos objetivos.
 - 3.3. Empresas con diferentes tipos de accionistas.
4. Dualidad de objetivos en los equipos de fútbol.
 - 4.1. El caso inglés.
 - 4.2. El caso argentino.
 - 4.3. El caso portugués.
5. La eficiencia como herramienta de gestión.
 - 5.1. Eficiencia productiva.
 - 5.2. Eficiencia para evaluar a los administradores.
6. Modelo para la evaluación de las SAD españolas.
 - 6.1. Hipótesis.
 - 6.2. Metodología.
 - 6.3. Muestra.
 - 6.4. Variables.
7. Resultados del modelo.
 - 7.1. Distribución de los resultados.
 - 7.2. Relaciones existentes entre variables.
 - 7.3. Compatibilidad de los objetivos y control de la gestión.
8. Conclusiones.

Bibliografía.

«Te dedicas toda la vida a los negocios para poder permitirte comprar un equipo de béisbol y cuando al fin lo logras, ignoras todo lo que aprendiste en los negocios que te permitieron comprarlo»

GEORGE STEINBRENNER, propietario del equipo de béisbol «Yankees» de Nueva York

1. INTRODUCCIÓN

El análisis empresarial y económico del deporte profesional ha ido ganando interés en el campo de la investigación. El crecimiento del propio sector y sus particularidades han atraído cada vez una mayor atención. Asimismo los trabajos con relación a la eficiencia han experimentado un gran desarrollo en los últimos años. Otro aspecto interesante es el referido a los objetivos que persiguen las empresas más allá de la maximización de beneficios. El fútbol profesional español nos va a permitir estudiar estos tres fenómenos en el presente trabajo.

Lejos quedan los tiempos en los que el fútbol se circunscribía a una disciplina deportiva para el esparcimiento de los jóvenes. En la actualidad se trata de un sector económico que mueve cifras millonarias y que está gestionada por sociedades mercantiles denominadas Sociedades Anónimas Deportivas (SAD) dejando atrás el modelo asociativo.

La empresa es una organización en la que una serie de socios se reúnen para lograr sus objetivos de una manera más eficiente que individualmente. Habitualmente se ha identificado ese objetivo como la búsqueda de los mayores resultados económicos posibles pero existe una amplia gama de ejemplos en el panorama empresarial que nos muestran que existe una diversidad de fines mucho mayor. Un caso particular pero también muy numeroso es aquel en el que en una empresa se reúnen accionistas que persiguen diferentes objetivos pero consideran que juntos pueden alcanzarlos mejor. En algunos casos esos accionistas coinciden en las empresas de forma espontánea y en otros es el legislador quien establece esa distinción entre socios en la misma persona jurídica.

En el fútbol profesional encontramos un ejemplo de empresas donde se encuentran accionistas que persiguen diferentes objetivos. En el caso español dicha circunstancia apenas se constata en la denominación de los equipos que recoge ambas facetas: Sociedades Anónimas Deportivas. Por el contrario, la legislación inglesa sí recoge expresamente que los fines de los equipos de fútbol son dos: la consecución de beneficios económicos o *profit* y la búsqueda de éxitos deportivos o *glory*. En Argentina y Portugal esas dos metas se distribuyen en dos tipos de entidades que gestionarán conjuntamente los equipos.

Los estudios de eficiencia del deporte se han centrado en la labor productiva, es decir, en aquella que se puede apreciar en los terrenos de juego. Nuestro objetivo será evaluar la eficiencia de los administradores en la gestión de la empresa para lograr los objetivos perseguidos por los propietarios. Trataremos de conocer si los dos objetivos son alcanzados por los equipos españoles y si son compatibles entre sí. Lo haremos midiendo su eficiencia mediante un modelo no paramétrico. Con los resultados obtenidos trataremos de extraer consecuencias para la mejora de la gestión del fútbol español y de las empresas con diversos objetivos.

2. EL FÚTBOL PROFESIONAL

El fútbol nació como pasatiempo lúdico pero su éxito le ha llevado a entrar en el negocio del entretenimiento. El fútbol no sólo es un deporte con amplio número de practicantes en nuestro país sino que en su vertiente profesional se ha convertido también en un importante sector económico. Según el informe «Impacto del Fútbol Profesional en la economía española» publicado por la Liga de Fútbol Profesional, dicho sector genera una actividad de 4.000 millones de euros, lo que supone casi un 0,9% del PIB general del país.

En su origen los equipos se organizaban como club o asociaciones, pero en la actualidad el fútbol de alto nivel se ha profesionalizado. En nuestro país los principales equipos se organizan mayoritariamente como Sociedades Anónimas Deportivas que son entidades con un régimen jurídico muy similar a las sociedades anónimas generales pero que nacen a partir de clubes deportivos. Surgieron a partir de la Ley del Deporte de 1990 cuando desde la administración pública se trató de evitar que se reprodujera la fuerte crisis económica que atravesaron numerosos equipos de fútbol. Dicha crisis provocó cuantiosas pérdidas al erario estatal ya que los clubes tenían unas elevadas deudas impagadas con Hacienda y la Seguridad Social. En aquel momento todos los equipos profesionales eran asociaciones deportivas y ni los socios ni los administradores respondían en modo alguno con su patrimonio ante las repetidas pérdidas.

La solución planteada por la administración, y que ya había sido instaurada en otros países europeos, era trasplantar el modelo norteamericano de deporte profesional donde los equipos son propiedad de accionistas. De esta manera se lograba que ante una gestión errónea existieran personas que tuvieran un perjuicio económico, el capital aportado, y por tanto suponían que los accionistas controlarían a los directivos para asegurar una gestión correcta del equipo y del dinero arriesgado. La propia legislación marcó unas excepciones que no obligaban a determinados clubes que habían tenido una gestión correcta a abandonar su modelo asociativo.

Pero el modelo norteamericano no fue seguido en todas sus características en el viejo continente. Como indican HOEHN y SZYMANSKI (1999), las ligas europeas continuaron siendo abiertas y por tanto permitiendo ascensos y descensos de la división principal, siguieron existiendo diversas competiciones en las que los equipos compiten simultáneamente (Liga, Copa, Liga de Campeones de la UEFA...), no se reprodujeron los acuerdos de los equipos norteamericanos para limitar el pago de salarios y traspasos (drafts de rookies, límites salariales...) y los equipos siguen dependiendo de órganos federativos que en el deporte profesional estadounidense tienen un papel subsidiario.

En el caso español, la suscripción de acciones no suscitó demasiado entusiasmo entre los aficionados y la mayoría de clubes tuvieron severas dificultades para lograr completar la cuantía del capital que se precisaba suscribir. Esto supuso en unos casos la entrada de administraciones públicas en el capital de los equipos de fútbol. En otros casos supuso que un reducido número de accionistas concentrara una parte relevante del capital, con la consiguiente pérdida de influencia de los accionistas minoritarios.

La conversión en sociedades anónimas no ha logrado hacer desaparecer los problemas económicos de los equipos de fútbol. En España han sido varios los casos en los que se ha producido la desaparición, la entrada en un proceso concursal o serios apuros económicos por parte de Sociedades Anónimas Deportivas (SAD) como por ejemplo: Hércules, Logroñes, Santiago, Real Oviedo, Las Palmas o Sporting de Gijón. El proceso no ha sido únicamente español ya que en otros países se ha repetido como en el caso de Italia con la Fiorentina, el Parma o el Nápolés; en Alemania el Borussia Dortmund y el Kaiserslautern y en Inglaterra se produjeron los casos del Leicester y el Leeds.

También se produjeron casos en los que la conversión en sociedades anónimas supuso la consecución de elevadas rentabilidades económicas y éxitos deportivos para algunos equipos. El caso paradigmático es el Manchester United que ha logrado excelentes beneficios en los últimos años llegando a alcanzar los cuarenta y dos mil millones de euros. Al cotizar en bolsa, su acertada gestión ha supuesto que sus accionistas logren una importante rentabilidad hasta multiplicar por once su inversión durante la primera década en mercado de valores. Este éxito económico fue compatible con el éxito deportivo del equipo que logró alzarse en numerosas ocasiones con la liga inglesa y participar regularmente en las competiciones europeas. Pero la cotización en bolsa tampoco supone una vacuna suficiente para evitar problemas económicos como muestran las dificultades padecidas por Queen Park Rangers en Inglaterra, el Borussia Dortmund en Alemania o el Lazio en Italia.

En el caso español ninguna de las SAD cotiza en bolsa a pesar de que se promulgaron distintas normativas, como la Ley 50/1998 o el Real Decreto 1251/1999, para equiparar a las SAD con las sociedades anónimas ordinarias a los efectos de su admisión a cotización en los mercados de valores. Los antecedentes en bolsa de los equipos españoles se retrotraen a las emisiones de renta fija que emitieron el Real Madrid y el Atlético de Madrid para la construcción de sus respectivos campos de fútbol. Ambas emisiones cotizaban en el mercado de renta fija de la bolsa madrileña en las décadas cincuenta y sesenta, pero CUETO (1998) nos advierte de que ninguna de ellas logró una demanda popular y en la mayor parte fue a parar a los bancos.

Una vez superadas las limitaciones legales a la salida a bolsa, las SAD se enfrentan actualmente con el obstáculo del cumplimiento de los requisitos necesarios para la incorporación a los mercados de valores. Uno de los que le costaría más cumplir a los equipos españoles sería el relativo a los de obtener beneficios suficientes en los dos últimos ejercicios, o en tres no consecutivos en un período de cinco años, para poder repartir un dividendo de, al menos, un seis por ciento del capital desembolsado. De todas maneras, la propia Orden Ministerial de 19 de junio de 1997 que lo regula establece excepciones como que la entidad justifique la obtención de beneficios en los próximos ejercicios o que se trate de una empresa en proceso de reestructuración económica.

Las dificultades económicas que sigue atravesando el fútbol europeo no han desaparecido ni con su conversión en sociedades mercantiles ni con su salida al mercado de valores. Incluso aquellos casos que han logrado éxito económico y deportivo no se han visto libres de dificultades de otra índole. Los equipos de fútbol se enfrentan a importantes retos: las dificultades financieras, los interrogantes de su futuro deportivo y los problemas de identificación entre el club y los otrora socios y ahora accionistas o clientes.

3. LA DIVERSIDAD DE OBJETIVOS EN LA EMPRESA

La conversión de los equipos de fútbol en sociedades mercantiles ha llevado muchas veces a acusaciones de desnaturalización de dichas instituciones. Pero no podemos olvidar que el objetivo por el cual se reúnen una serie de personas para crear una sociedad mercantil no tiene por qué ser exclusivamente para obtener una rentabilidad a sus fondos. Realmente lo harán para satisfacer su propio interés pero no sólo mediante réditos económicos. Los individuos no sólo albergan el afán de lucro entre sus preferencias. Ahí está el caso de los filántropos que buscan mejorar las condiciones de los pobres o de la multitud de personas que destinan dinero y esfuerzos a transmitir sus ideas religiosas o políticas. De la misma manera existen multitud de aficionados que buscan la consecución de éxitos deportivos por parte de sus equipos y están dispuestos a comprometer fondos para lograrlo.

En el tejido económico de los países de nuestro entorno podemos encontrar numerosos casos de sociedades cuyo objetivo no es la maximización de beneficios. Las cooperativas tanto de trabajadores como de usuarios son ejemplos de empresas cuyos propietarios buscan maximizar su utilidad sin la búsqueda de dividendos. En el caso de entidades sin ánimo de lucro, KEARNS *et alt.* (2005) encontraron una relación directa entre la presencia de los mayores donantes y la eficiencia organizativa alcanzada, lo que nos llevaría a la idea de que la empresa, donde la capacidad de decisión es proporcional al capital desembolsado, puede ser un medio adecuado para las organizaciones sin ánimo de lucro. En el caso de las empresas públicas, las administraciones públicas también eligen la fórmula jurídica de la sociedad mercantil para lograr sus objetivos.

3.1. La multiplicidad de objetivos relacionada con los *stakeholders*.

Si la maximización de beneficios no es el único objetivo de la empresa, también tenemos que considerar que las empresas no persiguen la consecución de un único objetivo. El incremento y la

variedad en los objetivos que deben alcanzar las empresas es un tema de debate que en la actualidad habitualmente se relaciona con los *stakeholders* o interesados. La literatura económica los define como aquellos agentes afectados por las externalidades producidas por la empresa pero que no participan de su capital. CLARKSON (1995) muestra que para asegurar la continuidad de la empresa es necesario un reparto equilibrado de la riqueza entre los diversos interesados externos e internos o accionistas. Para lograrlo, TIROLE (2001) defiende la incorporación de los objetivos de los internos o *stakeholders* a los objetivos de la empresa.

FREEMAN (1984) amplía el concepto de *stakeholders* a la sociedad en general ya que al lograr una percepción más favorable hacia la empresa se logrará mantener a los actuales clientes y se facilitará la incorporación de nuevos, con lo que los costes derivados de políticas de responsabilidad social serán compensados con unos mayores beneficios en el futuro. En el caso del fútbol y a pesar de que en la actualidad los equipos tienen aficionados dispersos por todo el mundo, no podemos minusvalorar la importancia de la percepción de la sociedad más cercana a su localización. Incluso una imagen negativa de la comunidad local puede afectar a la percepción del equipo en el exterior.

A pesar de que la satisfacción de los intereses de los *stakeholders* o interesados es determinante para la continuidad de la empresa no podemos pasar desapercibido que son los *stockholders* o accionistas los que deciden quienes gestionan la empresa. La razón fundamental es que la empresa puede decidir sustituir a sus *stakeholders* pero no a sus accionistas. De esta manera los directivos pueden cambiar a su plantilla y a sus proveedores. También puede cambiar de clientes, dirigiéndose a un segmento diferente. O lo que parecía imposible hace unas décadas, la empresa puede decidir cambiar el territorio geográfico donde desarrolla su actividad. Son comunes en la actualidad las decisiones empresariales de trasladar sus factorías de un país a otro, éste ha sido el caso de numerosas multinacionales que han cerrado fábricas en Europa occidental para traspasar la carga productiva a países de Europa del Este y Asia. Por añadidura, la extrema multiplicidad de intereses que tienen los diversos *stakeholders* puede suponer un obstáculo para la evaluación de la gestión de los administradores al dificultar los criterios para su evaluación (JENSEN, 2002).

Por el contrario, los administradores de la empresa no pueden elegir a sus accionistas, sino que éstos son los que nombran a los gestores. Se puede indicar que en las grandes empresas que cotizan en el mercado de valores, la potestad que tienen los accionistas de participar en el nombramiento de los gestores es muy limitado si su participación es reducida y el capital se encuentra muy fraccionado. En ese caso al accionista le resulta más fácil desprenderse de su participación en bolsa que tratar de articular el cambio en la dirección. Pero tenemos que considerar que si existe una mayoría de accionistas insatisfechos y deciden desprenderse de sus acciones provocarán una caída en el valor de las acciones, lo que puede desincentivar su venta y provocar el cese de los administradores.

3.2. Empresas con accionistas que persiguen diversos objetivos.

Pero la preponderancia de los objetivos de los accionistas para el futuro de los gestores no significa que ya no se produzca la multiplicidad de objetivos en las empresas. Un ejemplo es el caso

de las empresas semi-públicas. Mientras los accionistas privados buscan rentabilizar su inversión, la administración pública que participe en el capital puede buscar alcanzar objetivos distributivos (HERNÁNDEZ *et alt.*, 2001). Así fue el caso de las empresas parcialmente privatizadas en España (Telefónica, Repsol, Banco Exterior-Argentaria...) donde a finales del siglo pasado el Estado disponía de un amplio control gracias a su participación pero que cotizaban en el mercado de valores y disponían de numerosos inversores privados.

También se encuentran las empresas en cuyo capital participan tanto empleados como inversores financieros. A pesar de que ambos querrán obtener la máxima rentabilidad a las cantidades invertidas, los trabajadores-accionistas darán una gran importancia a la estabilidad de la contratación, a las condiciones laborales o a sus retribuciones cuya prioridad no coincidirá con la de los accionistas-inversores. Cada día es más común que en muchas grandes empresas los empleados posean cada vez porcentajes más relevantes de su capital. En el caso de las empresas familiares suelen producirse diferencias entre los accionistas provenientes de la familia fundadora y los inversores externos. Mientras los segundos buscan únicamente maximizar los rendimientos de su inversión, los primeros pueden tener otros objetivos añadidos como cuestiones sentimentales o el acomodo de miembros del grupo familiar en la dirección de la compañía.

También han sido habituales la aparición de fricciones en empresas cuyo capital esté repartido entre uno o escasos accionistas mayoritarios y numerosos pequeños accionistas minoritarios. En esta situación puede existir el riesgo de que los accionistas mayoritarios fuercen decisiones que perjudiquen la maximización de beneficios de la empresa pero que les reporten réditos extraordinarios por otras vías, de las que no se aprovechan los accionistas minoritarios. Un ejemplo es el caso de una empresa que posee una amplia participación en otra y se produce un intercambio de productos o servicios más favorable para la primera que para la segunda.

La aparición de fondos de inversión con criterios éticos hace que en la empresa exista una parte del accionariado que exija el cumplimiento de otra serie de objetivos más allá de la consecución de los máximos beneficios posibles. Incluso se han dado casos de Organizaciones No Gubernamentales (ONG) que han adquirido acciones para poder influir en las decisiones de las empresas a través de las Juntas de Accionistas.

3.3. Empresas con diferentes tipos de accionistas.

Hay que diferenciar los casos de empresas en las que pueden coincidir accionistas que persigan distintos objetivos con aquellas en las que se distinguen legalmente y desde su constitución diferentes tipos de socios. Es el caso de las sociedades laborales en las que se distingue entre socios trabajadores y socios capitalistas. Esta fórmula jurídica requiere que la mayor parte del capital recaiga en empleados de la empresa lo que puede dar a lugar a que se tomen como prioritarios sus intereses. Esto puede suponer que los órganos de decisión mejoren las condiciones salariales y laborales de los trabajadores a costa de unos menores beneficios con la merma consiguiente para la rentabilidad de los socios capitalistas. Pero como la sociedad precisa un capital mayor que el aportado por los tra-

bajadores, necesitará aportar garantías a los socios capitalistas de que lograrán una retribución adecuada. De esta manera las sociedades laborales precisan de unos acuerdos de gobierno corporativo para asegurar a ambos tipos de socios que la persecución de sus objetivos serán compatibles.

Las Sociedades de Garantía Recíproca (SGR), sociedades dedicadas a otorgar avales y garantías financieras a las pequeñas y medianas empresas, son el ejemplo de otra forma jurídica societaria donde se recogen diversos tipos de accionistas. La legislación distingue a los socios partícipes, aquellos que a su vez son clientes de la sociedad y reciben sus avales, y los protectores, aquellos que aportan capital pero no se les otorga ninguna garantía.

Una vez más se produce la disociación entre los objetivos de los dos tipos de accionistas. Por un lado los socios partícipes persiguen la obtención del aval al menor coste y al menor riesgo de pérdida del capital aportado a la SGR. Por el otro, los socios protectores, buscan el incremento de la actividad de la sociedad para lograr una mejora en el tejido económico, en el caso de las administraciones públicas y las asociaciones empresariales, o para que les suponga un incremento de su facturación, en el caso de las entidades de crédito que participan en el capital. GASCÓN y SÁNCHEZ (2005) estudiaron la eficiencia de las SGR españolas en la consecución de los objetivos de los diferentes tipos de accionistas. Encontraron una relación en el grado de cumplimiento de los objetivos de socios partícipes y protectores en el conjunto del sector, pero también localizaron importantes divergencias en las sociedades concretas reflejando la existencia de diferencias políticas a la hora de priorizar cada objetivo.

Existe un tercer caso que podríamos homologar con las Sociedades Laborales y las Sociedades de Garantía Recíproca como entidades cuyo marco legal distingue entre diversos tipos de accionistas con diferentes objetivos: las Cajas de Ahorro. A pesar de que no se trata de sociedades mercantiles que tengan repartido su capital en acciones, la legislación estipula de forma precisa la composición de sus órganos de gobierno. En este caso no son los accionistas los que dirigen la sociedad, sino un conjunto de *stakeholders* o interesados entre los que el legislador reparte el peso que van a poseer en cada órgano de decisión. Aunque estos grupos se ven afectados por las externalidades de las sociedades, no podemos considerar los *stakeholders* al uso ya que poseen los mismos atributos de poder de decisión en la empresa que los accionistas en las sociedades mercantiles ordinarias.

El poder de decisión en las cajas de ahorro se distribuye fundamentalmente entre las administraciones públicas, los trabajadores y los impositores. Cada uno de los tres grupos tiene objetivos diferentes y el resultado final que produzca la caja satisfará más unos y otros. MELLE y MAROTO (1999) encontraron evidencias de que el mayor peso de las administraciones públicas en los órganos de gobierno supone un mayor importe de préstamos concedidos a dichas administraciones y facilita una coalección con los trabajadores para ofrecer un mayor nivel salarial. GARCÍA-CESTONA y SURROCA (2002) estudiaron la eficiencia de las entidades en alcanzar los objetivos de los diferentes interesados representados en los órganos de gobierno concluyendo que a mayor representación en los órganos de gobierno de un grupo, mayor eficiencia de la entidad en alcanzar los objetivos de dicho grupo.

A pesar de la similitud entre el papel de los miembros de los órganos de gobierno de las cajas de ahorro con los accionistas, no podemos olvidar que no poseen unos derechos de propiedad defi-

nidos por lo que no pueden variar su participación libremente al someterse al arbitrio del legislador. SÁNCHEZ (2005) advirtió que ese papel predominante del legislador suponía un impedimento para el correcto control de la gestión de la sociedad y para la satisfacción de la utilidad de dichos grupos.

4. DUALIDAD DE OBJETIVOS EN LOS EQUIPOS DE FÚTBOL

Al igual que en otras empresas, los administradores de los equipos de fútbol profesionalizado se han visto avocados a cumplir dos objetivos diferentes: ser rentables y tener éxitos deportivos. En la literatura esa dualidad en los objetivos ha tenido distinto tratamiento. Mientras QUIRK y FORT (1992) han considerado que el objetivo principal de las sociedades deportivas es la maximización de los beneficios, como en cualquier otra empresa, SLOANE (1971) defendió la misión de los clubes de fútbol como maximizadores de la utilidad de los agentes que incluye aspectos como la popularidad o los éxitos deportivos. No es el baladí el detalle del origen europeo de este último donde hasta fechas recientes predominaba la forma asociativa en los clubes de fútbol. Por el contrario el primer autor, norteamericano, proviene de un mercado donde los equipos han tenido una organización más empresarial.

En España los equipos de fútbol se someten a una reglamentación *ad hoc* que trata de aunar los fines mercantiles con los futbolísticos, lo que queda reflejado en la propia denominación que les asignó el legislador, Sociedad Anónima Deportiva. Pero esa circunstancia no se trasladó en una distinción de diferentes tipos de accionistas, como en el caso de las Sociedades Laborales o las de Garantía Recíproca, ni a la definición de los objetivos a alcanzar que se limitó a indicar la participación en competiciones deportivas de carácter profesional cuando dicha participación es un medio para obtener otros fines bien deportivos o bien económicos.

4.1. El caso inglés.

La dualidad de objetivos existe en el Reino Unido desde mucho antes de la ley del deporte española. Ya en la época victoriana los clubes deportivos se transformaron en sociedad de mercantiles. Su singularidad radicaba en que en sus escrituras de constitución aparecía un doble objetivo, la consecución de beneficios económicos y éxitos deportivos, lo que se daba en conocer como *glory and profit*. Para priorizar la vertiente deportiva, la federación de fútbol inglesa introdujo la Rule 34 en 1834 por la que limitaba la cuantía de dividendos que podían repartirse entre los accionistas. Dicha normativa fue suavizada a partir de la década de los ochenta, primero ampliando la posibilidad de reparto de dividendo para después ser liberados prácticamente de dicha limitación. Esta evolución favoreció que los equipos de fútbol pasaran a cotizar en los mercados bursátiles afectando tanto a los grandes equipos de la Premier League como a los pequeños equipos de divisiones inferiores.

Aunque habrá accionistas que persigan ambos objetivos, podemos distinguir de manera sencilla dos grupos de accionistas. Existen accionistas con un perfil inversor que ven en el fútbol un

negocio de entretenimiento más y por tanto susceptible de inversión y beneficio. Ejemplos de este tipo de accionista lo hemos podido encontrar en los equipos ingleses del Manchester United y el Newcastle, cuyos propietarios lograron una elevadísima rentabilidad de su inversión gracias a la venta de sus participaciones aun a costa de perder el control deportivo de la entidad. Junto a este tipo de accionista podemos encontrar aquel que antepone la función deportiva de la entidad a la obtención de rendimientos económicos. El mayor ejemplo de este tipo de accionista lo encontramos en la institución de los Supporters' Trust que existe en la mitad de los equipos de la Premier League inglesa y en la mayoría de equipos de categoría inferiores. Los Supporters' Trust son asociaciones de aficionados y accionistas de clubes que reúnen sus acciones para lograr una mayor influencia en la gestión de los equipos.

Según los datos del informe «The State of the Game 2004», los Supporters' Trust controlaban el 4% del capital de la Premier League, el 5% de la First Division y el 13% de la Second Division. La presencia en el consejo de administración de este tipo de entidades es escasa ya que sólo se produce en dos equipos de la Premier League y uno de la First Division. Por el contrario abunda su presencia en los órganos gestores de categorías inferiores. La mayoría de esas instituciones están organizadas bajo la fórmula de mutualidad denominada Industrial and Provident Society (IPS) en la que los aficionados sindicán sus acciones pero las decisiones son tomadas democráticamente. De esta manera cada miembro tiene un voto independientemente del número de acciones aportadas al trust. En el resto de entidades los aficionados sindicán sus acciones y disponen de votos según su aportación. A pesar del número de entidades que eligen esta última fórmula es menor, hay que indicar que también son las de mayor tamaño.

El mayor Supporters' Trust que existió en el fútbol inglés fue el denominado Shareholders United, que no estaba organizado mutualmente sino como una Incorporated Company Limited y que llegó a representar el 15% del capital del Manchester United. La explicación de dicho crecimiento la encontramos en el movimiento que surgió por la oposición de accionistas minoritarios al intento de compra que sufrió el equipo por parte del grupo de empresas del magnate de la comunicación Rupert Murdoch.

A pesar de que la operación fracasó por la oposición de las autoridades de la competencia, el trust estableció un mecanismo de compra de acciones que hizo superar los tres mil trescientos miembros. Dicho mecanismo establecía dos niveles para la adquisición de acciones. El primero consistía en que el propio trust adquiría títulos de sus ingresos por cuota de entrada de cada miembro al trust y por la venta de diferente *merchandising* y productos asociados. Pero la parte más importante radicaba en el compromiso de compra de acciones por parte de los miembros del trust de una cantidad fija todos los meses, que podía oscilar de las diez a las quinientas libras. Esto suponía un importante crecimiento mensual de las acciones controladas por el trust que comprendían sus propias acciones y aquellas que le habían sido delegadas para el voto conjunto en la Junta de Accionistas del Manchester United.

Pero a pesar de su pujanza, la asociación no pudo impedir la irrupción de la familia norteamericana Glazer quien en 2005 se hizo con la mayoría del capital del equipo y propició su retirada de la cotización en el mercado londinense. Esta maniobra se realizó en contra del criterio de los peque-

ños accionistas y de muchos de los aficionados. La incorporación de varios miembros de la familia Glazer a la administración del club y el traspaso de la deuda generada por la compra de acciones al propio equipo son las principales críticas. En el caso de la asunción de la deuda puede incluso significar una losa para el futuro del club dado que los beneficios rondan los veinte millones de libras y los intereses de la deuda los ochenta.

Cuando el empresario norteamericano alcanzó el 76% del capital, lanzó una OPA de exclusión de cotización de la bolsa de Londres que dejaba a los accionistas minoritarios en una situación paupérrima para la defensa de sus intereses. En ese momento los accionistas minoritarios tomaron caminos distintos. Mientras una parte de ellos reformó el trust convirtiéndolo a la fórmula de mutualidad para crear un «Fondo Fénix» con el objetivo de recuperar el equipo en un futuro, otra parte ha preferido formar un equipo totalmente nuevo denominado «FC United of Manchester» también en forma de mutualidad. Para formar parte del nuevo equipo se debe realizar una donación superior a un mínimo pre-establecido y cada miembro tiene el derecho a un voto. Aunque este nuevo equipo no supone una amenaza actual al negocio del Manchester United, ya que milita nueve categorías por debajo, no puede pasar desapercibido el riesgo que supone la aparición de una nueva competencia surgida por el descontento tanto de ex-accionistas como de aficionados. Este grado de ruptura no se ha reproducido en ningún otro equipo inglés aunque sí ha servido de revulsivo para la potenciación de los Supporters' Trust en la liga inglesa como contrapeso a los intereses financieros de otros accionistas.

4.2. El caso argentino.

El país sudamericano siguió su propio modelo a la hora de abordar la reforma del fútbol. Lejos del modelo europeo de transformar los clubes deportivos en sociedades anónimas, los argentinos han acuñado una denominación original a su reforma: el «gerenciamiento». Se trata de un cambio voluntario, simplemente se otorga una nueva alternativa a la gestión de los equipos. El «gerenciamiento» consiste en un contrato de franquicia entre un club deportivo y una sociedad anónima. La franquicia incluye la cesión del conjunto de derechos de propiedad del club como pueden ser las marcas, denominaciones, derecho a participar en competiciones, al uso de los estadios o aquellos relativos a la retransmisión de acontecimiento por televisión. El franquiciado explota todos los activos referidos a la competición deportiva, incluidos los derechos de transferencia de los deportistas profesionales, pero la propiedad sigue siendo del club.

La sociedad anónima pagará un canon de entrada y otro de carácter mensual durante el período de duración del contrato de franquicia. Todos los beneficios derivados de la explotación de los activos del club depararán en el franquiciado, es decir, en la sociedad anónima. La propia legislación nos indica los criterios que debe seguir el club a la hora de adjudicar el contrato de franquicia al referirse que se deben tener en cuenta los intereses de la acción social y deportiva del club deportivo. Esto resulta lógico ya que quien tiene que tomar la decisión sobre la elección de la sociedad anónima que se convierta en franquiciado van a ser los socios del club que buscan maximizar el rendimiento deportivo de la institución y elegirán a aquella empresa que les dé mayor confianza para alcanzar ese objetivo.

En este caso no nos encontramos con una dualidad en el accionariado del equipo de fútbol sino en su distribución en dos entidades. Aquellos inversores que busquen la maximización de beneficios participarán en la sociedad anónima franquiciada que será la que buscará rentabilizar su inversión. Por otra parte, aquellos interesados en buscar la maximización de los resultados deportivos se inscribirán en el club franquiciador para poder tener poder de decisión a la hora de elegir la empresa que ofrezca mayores garantías de cumplimiento o para sustituir a aquella franquiciada que no haya satisfecho sus aspiraciones.

Este tipo de contrato obliga a los gestores a conciliar los intereses de ambos grupos buscando un equilibrio entre el rendimiento económico y el deportivo. El modelo de franquicia hace recaer en la sociedad anónima toda la gestión de los activos deportivos. Los directivos de dicha sociedad deberán procurar obtener los mayores beneficios para satisfacer a sus accionistas que buscan rentabilizar los fondos comprometidos. Pero a la vez deben atender los deseos de los socios del club franquiciador aunque no sean los que les nombren ni les retribuyan. La razón fundamental es que en el caso de que no se busque maximizar los resultados deportivos de la entidad, los socios del club verán incumplido su objetivo y por tanto ante el vencimiento del contrato de franquicia elegirán otra sociedad anónima como franquiciada. Por tanto, si los directivos se centran en maximizar beneficios para satisfacer a sus accionistas desatendiendo los resultados deportivos, se encontrarán con la pérdida del contrato en la siguiente renovación. Habrán «matado a la gallina de oro». Por otra parte si se centran en buscar éxitos futbolísticos sin tener en cuenta la cuenta de pérdidas y ganancias serán despedidos por los accionistas insatisfechos de sus sociedades anónimas.

A pesar de las ventajas que presenta el modelo, su llevada a la práctica no está exenta de dificultades. Es el caso del equipo Quilmes Atlético Club que llegó a un acuerdo con la empresa Exxel para formalizar un contrato de franquicia por diez años. Ante unos determinados reveses deportivos y el importante monto de las inversiones comprometidas, la sociedad anónima decidió rescindir el contrato y la gestión retornó al club deportivo. Un caso diferente es el del equipo Racing Club de Avellaneda que tras ser intervenido judicialmente por suspensión de pagos alcanzó un acuerdo de franquicia con la empresa Blanquiceste S.A. para la gestión de los activos a cambio de hacer frente a la deuda contraída por el club. De esta manera el club logró evitar su desaparición y continuar en funcionamiento.

4.3. El caso portugués.

En Portugal han desarrollado otro modelo diferente. La opción elegida para la reforma de la organización de los equipos de fútbol ha sido la creación de filiales mercantiles. En este caso el club deportivo actúa como *holding* al tener una participación relevante en la Sociedad Anónima Deportiva. La aportación del club al capital lo realiza en especie a través de sus activos. El resto del capital lo aportan inversores pasando la sociedad resultante a poder cotizar en el mercado de valores. Así el club deportivo tiene un papel equiparable al de los Supporters' Trust de carácter mutualista del fútbol inglés donde cada aficionado tiene un voto y donde no se busca la maximización de beneficios frente al resto de inversores que tienen otras prioridades. Pero mientras el caso inglés surgió espontánea-

mente, en Portugal viene limitado por la legislación que determina que el porcentaje máximo del capital de la sociedad anónima deportiva en manos del club deportivo no puede sobrepasar el 40%.

Esta reglamentación puede suponer una tara para los accionistas que deseen la maximización de los resultados deportivos al limitar su capacidad de influencia pero la misma normativa permite a los clubes constituir sociedades financieras para ampliar su porcentaje de participación accionarial. Por ejemplo, el Sporting de Lisboa creó una sociedad anónima deportiva donde el club poseía el 21,4% de las acciones. A su vez creó una sociedad tenedora de acciones donde el club era el accionista mayoritario, con un 80%, y dicha sociedad posee el 50% de la SAD. Por lo que el club controlaba realmente el 71,4% del capital de la SAD a través de participaciones directas e indirectas.

Al asegurarse el control de la sociedad por parte del club deportivo, se desincentivaba la aparición de inversores maximizadores de beneficios ya que las acciones que pudieran adquirir, a pesar de poseer todos los derechos políticos y económicos, no tendrían un peso real a la hora de decidir la gestión de la entidad. Esta posición minoritaria dejaría a los inversores en un papel similar al que tendrían con acciones sin voto.

Esta desventaja de los accionistas maximizadores de beneficios explica el escaso éxito bursátil de los dos equipos portugueses que cotizan en el mercado de valores. El desinterés inversor se constata comprobando que el *free-float* del Sporting de Lisboa no alcanza el 2,5% mientras el del Oporto apenas supera el 8%. Esto supone un impedimento para la atracción de nuevo capital al fútbol portugués ya que el cambio legislativo apenas ha supuesto una evolución real en el método de toma de decisiones de los equipos de fútbol. Como parte positiva, su incorporación al mercado de valores ha supuesto la introducción de criterios empresariales en la transparencia de la información financiera.

5. LA EFICIENCIA COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN

La eficiencia es uno de los temas más tratados por la literatura económica. El objetivo de averiguar si una empresa cumple adecuadamente con los objetivos planteados siempre ha sido un ejercicio necesario para evaluar la gestión o la coyuntura que atraviesa un sector. La comparación de diferentes medidas de eficiencia permite evaluar la actuación de la empresa frente al sector o comprobar las consecuencias sobre la eficiencia ante cambio de regulación o propiedad. Para lograr un determinado objetivo, *output*, la empresa se enfrenta a la restricción de unos recursos iniciales o *inputs*. ÁLVAREZ (2001) desglosa la eficiencia en tres parciales: «de escala» cuando está produciendo en una escala óptima, «asignativa» cuando combina los *inputs* en la proporción que minimiza su coste de producción y «técnica» cuando obtiene el máximo *output* posible con la combinación de *inputs* empleada.

5.1. Eficiencia productiva.

La eficiencia técnica muestra el grado de maestría de los gestores a la hora de manejar la función de producción de la empresa y por tanto su responsabilidad en la eficiencia total de la empresa

suele ser fundamental. Por esa razón, el estudio de la eficiencia técnica es muy habitual en casi todos los sectores económicos. También lo ha sido en el caso del deporte. Al existir una relación directa entre los resultados deportivos y los resultados económicos, la función de producción escogida suele considerar variables deportivas. ROTTENBERG (1956) introdujo la noción de función de producción deportiva para el caso del béisbol que fue secundado por otros estudios para el resto de deportes.

En general, los *inputs* suelen estar relacionados con las tácticas empleadas por los técnicos o las habilidades de los jugadores al centrarse en la actividad del equipo en la competición deportiva. Como el producto de los equipos es el espectáculo deportivo podríamos equiparar los estudios realizados con los que en otros sectores se hacen del sistema productivo. De esta manera el estudio realizado por ZAK *et al.* en 1979 sobre equipos de baloncesto utilizaba como *inputs* variables como tiros, rebotes, faltas personales o robo de balones y el resultado final como *output*. Se trataba de averiguar la relación entre el esfuerzo de los deportistas y el resultado deportivo. Un equipo era más eficiente cuanto menos esfuerzo requería para ganar un partido.

Esta misma medida de la eficiencia también podía ser utilizada para averiguar la eficiencia de un jugador individual como realizó MAZUR (1991) en el caso de los jugadores de béisbol. También se puede estimar la pericia del máximo gestor en el terreno deportivo: el entrenador. FIZEL y D'ITRI (1997) midieron la eficiencia del entrenador considerando como *input* el talento de la plantilla y el potencial del contrario mientras como *output* consideraba el porcentaje de partidos ganados. La facilidad para obtener datos para medir el desempeño de los gestores/entrenadores y los empleados/jugadores en el deporte es muy superior al de empresas de sectores tradicionales lo que ha facilitado numerosos estudios de eficiencia de los cuales podemos encontrar una amplia muestra detallada en ESPITIA y GARCÍA (2004).

Pero el resultado deportivo no ha sido el único considerado como *output*. De esta manera también se tiene en cuenta el número de espectadores que acuden al estadio o las ventas totales obtenidas por el equipo como en el caso del estudio realizado por HAAS (2003). La razón esgrimida para incluir el número de espectadores fue que la satisfacción de los seguidores no sólo dependía de los resultados del equipo sino también de la vistosidad del juego practicado.

Los estudios que miden la eficiencia técnica no tienen en cuenta el coste de los *inputs*. Por esa razón otros estudios han tenido en cuenta los costes en la función de producción de los resultados deportivos, pasando a la eficiencia asignativa. El principal coste es el derivado de los compromisos salariales con los jugadores y el entrenador. CLEMENT y McCORMICK (1989) encontraron una relación directa entre los costes salariales y el resultado deportivo. Además SZYMANSKI y KUYPERS (1999) vieron cómo se producía una relación positiva entre la posición de la tabla y los ingresos obtenidos. Por lo que la eficiencia en la parcela deportiva influye en un mejor funcionamiento en la sociedad en general.

Además de la existencia de la relación entre los resultados deportivos y los económicos, también se produce a la inversa. Del mismo modo que un eficaz rendimiento por parte de los jugadores en el terreno de juego producirá un incremento en los ingresos gracias a unas mayores ventas de *merchandising* o de entradas, también se debe reconocer que unos buenos resultados económicos

permiten una política de fichajes más ambiciosa que mejora los resultados deportivos. En la obtención de resultados económicos participan un mayor número de variables y el desempeño de gestores y empleados ajenos a la parte deportiva.

5.2. Eficiencia para evaluar a los administradores.

En el estudio de la eficiencia en el deporte ha tenido una mayor preponderancia el estudio de las características de la producción en la competición. Llama la atención la existencia de trabajos que evalúan el desempeño del entrenador o los jugadores y la escasa atención mostrada por el desempeño de los administradores. Esto puede explicarse porque en el caso norteamericano suele existir un único propietario que suele coincidir con la figura del administrador del equipo como apunta EINOLF (2004).

La evaluación de la gestión del departamento de producción es una parte importante para el control de la gestión de la empresa y da una información necesaria para la toma de decisiones. Una entidad que maneje su producción de forma eficiente podrá cumplir con las exigencias de los propietarios de forma más satisfactoria. Pero la eficiencia productiva no refleja que se maximice la utilidad de los propietarios de la sociedad sino que evalúa la gestión del departamento deportiva.

Para diagnosticar la habilidad de los gestores también podemos utilizar la herramienta de la eficiencia técnica, que trata de conocer el grado en el que una empresa obtiene el máximo *output* posible con la combinación de *inputs* empleada. Si cuando tratamos con la parte productiva, los *outputs* que consideramos son los productos que salen de la línea de fabricación mientras los *inputs* son las materias primas y suministros necesarios para el proceso, cuando evaluamos el desempeño de los responsables de la empresa las variables son otras.

De la misma manera que la eficiencia productiva nos permite averiguar la destreza de un futbolista o de un entrenador en el desempeño de su labor también lo podemos trasladar para conocer mejor la labor de los administradores. La función de producción es una «caja negra» donde la empresa coloca unos *inputs* o elementos a minimizar y logra unos *outputs* o elementos a maximizar. Si en el caso de los deportistas estamos hablando de los tiros que realizan o del dinero que cobran para lograr ganar competiciones deportivas, en el caso de los administradores también existen elementos a maximizar y a minimizar dependientes de su habilidad. Esto permite a los propietarios conocer si los administradores que han colocado al frente de su inversión son los más indicados para lograr sus fines. El futuro de los administradores dependerá de la voluntad de los accionistas por lo que su continuidad dependerá de los réditos obtenidos. En el caso del fútbol profesional hemos comprobado cómo los propietarios persiguen dos objetivos diferentes por lo que deberemos medir la eficiencia de los gestores en lograrlos.

La relación entre los directivos y los accionistas está marcada por una relación de principal-agente, por la existencia de información asimétrica entre ambos y la dificultad del principal de controlar el comportamiento del agente. Esto da como resultado un resultado subóptimo para el principal

y la aparición de rentas informativas para el agente. BOGEFLOT (2000) muestra que el uso de la medición de la eficiencia en la planificación de planes de producción permite un resultado óptimo al lograr costes eficientes y limitar las rentas informativas del agente. Al evaluar la habilidad de los gestores en cumplir los objetivos de los accionistas y poder compararlo con lo realizado por el resto del sector proveemos a los accionistas de una herramienta útil para lograr la confluencia entre la administración de la sociedad y sus intereses.

6. MODELO PARA LA EVALUACIÓN DE LAS SAD ESPAÑOLAS

6.1. Hipótesis.

Al existir accionistas con diferentes objetivos puede surgir el riesgo de que la gestión de la empresa se vea afectada. Cuando los propietarios de una empresa tienen un único objetivo común, todas las decisiones de los gestores de la sociedad deben encaminarse a lograrlo con lo que su control y evaluación puede ser sencillo. Cuando los propietarios tienen diversos objetivos surgen las dudas sobre si las decisiones de los gestores van encaminadas a lograr un objetivo u otro o incluso ninguno de ellos facilitando que sean los objetivos de los propios directivos los que se prioricen. La evaluación de su desempeño puede albergar dudas ya que cada grupo de accionistas querrá maximizar sus objetivos y por tanto los evaluará según sus preferencias.

En el caso que nos ocupa hemos podido comprobar en apartados anteriores cómo se han producido casos, especialmente en Inglaterra, de diferencias entre los accionistas que buscaban maximizar el rendimiento pecuniario de su inversión y aquellos que buscaban participar en unos mayores éxitos deportivos de sus equipos. Pero si hacemos una reflexión teórica podemos comprobar que en principio ambos objetivos deberían ser no sólo compatibles sino incluso convergentes. Los accionistas que buscan rentabilizar su inversión se ven beneficiados por los éxitos deportivos que obtenga el equipo ya que ellos supondrán unos mayores ingresos para el club bien por mayor asistencia al campo, por revalorización de los derechos de retransmisión televisiva, por mayores ventas en *merchandising*, por la participación en la rentable «Liga de Campeones» organizada por la UEFA o por la ampliación de la base de clientes. Por el contrario, los fracasos deportivos suponen una merma en las cuentas del equipo. Esa relación se ve atenuada por la inelasticidad que tenga la demanda ante los resultados deportivos, es decir, por la fidelidad que muestren los aficionados. A pesar de esto, la relación se produce en mayor o menor medida en todas las SAD.

Aquellos accionistas que buscan los mayores éxitos deportivos para su equipo querrán también que obtengan los mayores beneficios posibles que permitan su reinversión en factores de producción que ayuden a obtener éxitos deportivos como puede ser el fichaje de mejores jugadores o la adquisición de mejores instalaciones. Si la SAD obtuviese pérdidas, su situación patrimonial obligaría a un recorte de gastos y con ello una mayor dificultad a la hora de contar con los mejores factores de producción para alcanzar éxitos deportivos.

Se puede plantear que pueden existir diferencias entre ambos grupos de accionistas a la hora de repartir el beneficio económico producido en un determinado ejercicio. Los accionistas maximizadores del éxito deportivo desearán que se reinvierta en su totalidad para que refuerce el patrimonio de la sociedad para lograr mayores réditos en los terrenos de juego. Los accionistas maximizadores del beneficio económico pueden plantear la opción de reinvertir el resultado para aumentar el valor de sus títulos o recuperarlo en forma de dividendo.

En este caso existen varias alternativas. Por un lado aunque hablemos de dos grupos de accionistas con diferentes prioridades no significa que su utilidad sea única. De esta manera habrá accionistas maximizadores del resultado deportivo que tendrán en la obtención de una rentabilidad a sus fondos una prioridad secundaria. Así mismo también es lógico pensar que existirán accionistas maximizadores del beneficio económico que tendrán como una prioridad secundaria la participación en los éxitos deportivos del equipo.

A la vez pueden existir soluciones alternativas como pueden ser la reinversión de los dividendos obtenidos en nuevas acciones por parte de los accionistas maximizadores de los resultados deportivos y la venta de acciones para aquellos que maximizan los beneficios económicos. El modelo nos permitirá comprobar si los dos objetivos son compatibles y determinaría que combinación de los dos resultados provocaría un mejor aprovechamiento de los recursos con los que cuentan las sociedades. También nos permitirá comprobar el grado de consecución de dichos objetivos por parte de los equipos de fútbol españoles.

6.2. Metodología.

Para conocer la habilidad de los administradores en satisfacer la utilidad de los propietarios mediremos su eficiencia en obtener el máximo *output* posible con la combinación de *inputs* disponible. Habitualmente se utilizan ratios para evaluar la productividad alcanzada midiendo el número de unidades *output* producidas por cada unidad empleada de factor. La productividad y la eficiencia coincidirían en el caso de que los coeficientes de los *outputs* fueran fijos. En este caso, se necesita producir dos *outputs* diferentes pero desconocemos *a priori* la combinación más eficiente de *outputs* para lograr un mejor provecho de la cantidad de *input*.

FARRELL introdujo en 1957 la noción del estudio mediante fronteras definidas por la eficiencia relativa de unidades homogéneas denominadas «Decision Making Units» (DMU), en este caso son los equipos de fútbol, identificando cuál es «el mejor comportamiento» realizado por las DMU eficientes que definirá la frontera de buenas prácticas consistente en maximizar los objetivos de los accionistas (*outputs*) con unas dotaciones dadas de factores (*inputs*). El resto de equipos no situados en la frontera serán tanto más ineficientes cuanto más alejados estén de la frontera marcando esa distancia el aumento que deben aplicar a sus *outputs* con los *inputs* disponibles.

Para construir la frontera se puede establecer una función determinada *a priori* mediante modelos paramétricos o no presuponerla. En este último caso hablaríamos de un modelo no paramétrico

como el desarrollado por CHARNES *et alt.* (1978) denominado Análisis Envolvente de Datos (Data Envelopment Analysis, DEA) y con una serie de *inputs* relevantes y *outputs* deseables. La técnica DEA no predetermina una función con los pesos comunes para cada *output*, siendo precisamente esas ponderaciones individuales para cada *output* las que se calcularán mediante el modelo.

La frontera de eficiencia marcará la combinación de *outputs* para lograr los mejores valores de eficiencia. Una empresa puede mejorar su productividad a través del aprovechamiento de las economías de escala aunque sea técnicamente eficiente. Dado que el cambio de la escala de las operaciones de la SAD puede resultar difícil de alcanzar en el corto plazo, se ha escogido la técnica de rendimientos constantes a escala para las estimaciones de este trabajo. Podemos considerar factible que los equipos de fútbol tienen acceso a una tecnología común (tácticas, preparación física, sistemas de venta de entradas, capacidad de *merchandising*...), por lo que las diferencias en el nivel de eficiencia se podrán explicar por la habilidad en la gestión de los recursos. Para el presente modelo hemos elegido un enfoque hacia el *output*, es decir, buscamos la maximización de los objetivos de los accionistas. De todas maneras los resultados apenas variarían en caso de que hubiéramos optado por un enfoque hacia el *input*.

6.3. Muestra.

Para estudiar el caso español nos centraremos en los equipos de la Primera División por ser los de mayor tamaño y que mayores recursos y aficionados acaparan. En dicha categoría participan veinte equipos pero debemos descartar aquellos que siguen con estructura de club deportivo ya que en ellos no se produce la dualidad de objetivos de los accionistas al no tener capital social. Se trata de los casos del Athletic Club Bilbao, Club Atlético Osasuna, Fútbol Club Barcelona y Real Madrid Club de Fútbol.

Tampoco se incluyen los equipos que tuvieran unos fondos propios medios negativos al considerar que en esos casos los accionistas no estaban aportando ningún *input* que los administradores puedan gestionar. A pesar de que el estudio se basa en datos contables de carácter público que las sociedades están obligadas a inscribir en el Registro Mercantil, en algunos casos no lo han cumplido por lo que tampoco se incluyen. Por esa razón no se ha restringido la muestra a una única temporada y se ha incorporando los equipos que han militado en esa categoría durante tres temporadas diferentes: 2003/2002, 2002/2001 y 2001/2000.

6.4. Variables.

El modelo va a buscar a los equipos que mejor satisfagan a sus accionistas sabiendo los dos fines que se persiguen son los beneficios económicos y los éxitos deportivos. Ambos pueden estudiarse por separado mediante el uso de ratios para conocer la productividad que alcanzan los equipos con cada objetivo.

Tradicionalmente se ha utilizado el ratio de rentabilidad financiera para evaluar el desempeño de los gestores de la empresa en la retribución de los accionistas. De esta manera se estudia la generación de beneficios netos con relación a las cantidades invertidas por los inversores. El ratio no distingue si ese beneficio es distribuido directamente a los accionistas vía dividendo o si se incorpora a los fondos propios de la empresa incrementando el valor de los títulos. Se trata de un cálculo sencillo basado en datos contables basado en el desempeño de un ejercicio particular.

Al principio del ejercicio se considera que el accionista invierte la cantidad que ha desembolsado en su momento como capital más los beneficios no distribuidos. Esto supone varias consideraciones previas, como que el inversor puede decidir al principio de cada ejercicio recuperar su participación en los fondos propios o que la valoración a la que podrá desprenderse de sus acciones será el valor contable. La primera circunstancia sólo se daría en el caso de que la empresa cotizara en un mercado organizado lo que facilitaría la salida de inversores de su accionariado. Pero en ese caso la valoración no sería el reparto proporcional de los fondos propios entre las acciones emitidas sino el precio estipulado por la oferta y demanda de títulos presente en el mercado de valores. Dicho precio incorporaría otras variables como por ejemplo las previsiones de comportamiento futuro de la empresa o el grado de riesgo de la inversión. A pesar de estas limitaciones y dado que las SAD españolas no cotizan en el mercado de valores, podemos considerar al ratio de rentabilidad financiera como una buena señal informativa del rendimiento proporcionado por las SAD a sus accionistas.

El otro objetivo de muchos accionistas de las SAD es la obtención de buenos resultados deportivos, lo que la vetusta legislación británica definía como la búsqueda de *glory*. Los equipos españoles participan en varias competiciones siendo las principales la Liga, la Copa del Rey y las competiciones de la UEFA. La elección para el estudio de la competición liguera es porque participan en ella un grupo homogéneo de equipos y, además de su importancia intrínseca, tiene la relevancia añadida de que su clasificación establecerá los equipos que participarán a la temporada siguiente en la competición europea. Por dichos motivos, los accionistas tendrán un claro interés en que su equipo busque el mejor resultado posible en dicha competición.

De la misma manera que para evaluar la rentabilidad obtenida por los gestores comparamos el beneficio obtenido con el capital aportado, en este caso también deberemos comprobar cuánto capital aportado por los accionistas han necesitado los gestores para lograr un determinado rendimiento deportivo. Hay que resaltar que en el caso de los accionistas de la SAD que buscan la maximización del rendimiento deportivo no tienen ningún tipo de contraprestación como en el caso de los clientes. Los abonados reciben el derecho a asistir a los campos de fútbol para presenciar los encuentros a cambio del pago de la cuota o los compradores de camisetas y *merchandising* reciben determinados productos a cambio del precio abonado. El único rendimiento al capital que obtendrán los accionistas con el que han suscrito las acciones será el *profit*, dividendos, y la *glory*, la satisfacción de la obtención de éxitos deportivos por parte del equipo. Como hemos podido comprobar en los apartados anteriores, muchos de los accionistas que conforman el capital de los equipos de fútbol han realizado el desembolso dinerario para que sus colores alcancen los mayores éxitos deportivos.

Para lograr el objetivo de estos accionistas, los gestores partirán de un determinado capital aportado. Cuanto mayor sea el desembolso necesario, mayores serán las expectativas de obtención

del objetivo: el éxito deportivo. Por tanto, la gestión de la dirección de la SAD se puede evaluar comprobando el resultado deportivo obtenido con la cantidad de capital desembolsada por los accionistas. De esta manera podemos obtener un ratio similar al de rentabilidad financiera que nos determinará la satisfacción de los accionistas a la hora de ver cómo su inversión se ha materializado en un éxito deportivo que podríamos denominar rentabilidad deportiva. En este caso el resultado recogido ha sido la puntuación de cada equipo en la competición liguera de Primera División ya que es la principal competición futbolística de nuestro país, en la que participan los equipos más importantes durante toda la temporada y la que posibilita la participación en las competiciones europeas.

Si los dos objetivos se pueden verificar por separado mediante ratios, su estudio conjunto parte de las mismas variables. El *input* aportado por los accionistas se corresponde con los fondos propios medios de la sociedad. La dualidad de los objetivos se medirán por dos *outputs*, el beneficio neto buscado por los maximizadores de la rentabilidad financiera y los puntos obtenidos en la liga perseguido por aquellos que maximizan los éxitos deportivos.

En la **tabla 1** se detallan los valores que se han considerado en el modelo. Los datos contables han sido recogidos de las cuentas depositadas por los equipos en el Registro Mercantil para cada ejercicio y que coincide con la temporada deportiva. Los puntos obtenidos han sido recogidos de los datos proporcionados por Liga de Fútbol Profesional (LFP), asociación en la que se agrupan todos los equipos que disputan competiciones profesionales en nuestro país. Dicha asociación recoge en su anuario una completa información deportiva de todos los equipos que la componen pero escasos datos económicos, esta diferencia en la cantidad de información proporcionada facilita la investigación sobre cuestiones deportivas pero la dificulta cuando tratamos de un enfoque empresarial. En el caso de la rentabilidad deportiva se ha realizado un cambio de escala para facilitar la visión de los resultados.

Junto a los datos también se proporciona la media y la desviación estándar de los valores del modelo. Aquí ya podemos apreciar la enorme variabilidad en los fondos propios medios y el beneficio neto de la muestra escogida, a pesar de que la muestra es muy homogénea al tratarse de SAD que militan en la misma categoría e incluso mismos equipos en diferentes temporadas. Esa homogeneidad se ve reforzada por la no inclusión de los dos equipos con unas características más singulares, como son el Real Madrid y el F.C. Barcelona, al organizarse como clubes deportivos.

Tabla 1. Variables del modelo.

SAD	Temp.	FPM	PTO	BN	RFIN	RDEP
Alavés	2003/02	14.551.717	35	-5.060.451	-35%	2%
Betis	2003/02	31.733.025	54	-192.194	-1%	2%
Celta	2003/02	6.649.419	61	-3.031.514	-46%	9%
Deportivo	2003/02	12.126.968	72	3.530.477	29%	6%
Español	2003/02	1.774.702	43	-3.227.546	-182%	24%

SAD	Temp.	FPM	PTO	BN	RFIN	RDEP
Recreativo	2003/02	9.755.024	36	278.254	3%	4%
Málaga	2003/02	940.263	46	-7.219.320	-768%	49%
Mallorca	2003/02	3.843.567	52	-15.224.045	-396%	14%
Real Sociedad	2003/02	2.918.690	76	-22.151	-1%	26%
Sevilla	2003/02	28.002.316	50	1.257.079	4%	2%
Valencia	2003/02	19.779.561	60	-4.652.114	-24%	3%
Villareal	2003/02	705.871	45	3.925	1%	64%
Alavés	2002/01	15.060.152	54	4.043.577	27%	4%
Betis	2002/01	31.632.241	59	393.754	1%	2%
Celta	2002/01	10.628.126	60	-4.901.081	-46%	6%
Deportivo	2002/01	10.287.962	68	147.535	1%	7%
Español	2002/01	3.698.586	47	-620.223	-17%	13%
Mallorca	2002/01	7.501.284	43	-2.141.431	-29%	6%
Real Sociedad	2002/01	4.068.975	47	-2.278.420	-56%	12%
Sevilla	2002/01	25.557.935	53	-8.863.367	-35%	2%
Tenerife	2002/01	1.788.233	38	134.594	8%	21%
Valencia	2002/01	20.704.794	75	2.801.648	14%	4%
Villareal	2002/01	699.348	43	9.114	1%	61%
Zaragoza	2002/01	11.481.216	37	-1.604.666	-14%	3%
Alavés	2001/00	8.134.804	49	9.807.124	121%	6%
Celta	2001/00	10.213.049	59	285.401	3%	6%
Deportivo	2001/00	10.142.820	73	142.749	1%	7%
Mallorca	2001/00	7.305.342	71	169.762	2%	10%
R. Oviedo	2001/00	1.083.315	41	-7.070.318	-653%	38%
Racing	2001/00	3.545.286	39	-2.640.329	-74%	11%
Rayo Valleca.	2001/00	7.925.360	43	-1.785.529	-23%	5%
Real Sociedad	2001/00	5.207.034	43	2.302	0%	8%
Valencia	2001/00	18.559.400	63	1.489.141	8%	3%
Villareal	2001/00	690.984	57	6.389	1%	82%
Zaragoza	2001/00	8.856.992	42	6.357.593	72%	5%

Media		10.215.839	52	-1.133.551	-60%	15%
Desv. Estand.		8.844.281	12	4.401.674	1,81	0,20

7. RESULTADOS DEL MODELO

El modelo nos proporciona los resultados que aparecen en la **tabla 2** y que nos servirán para analizar la actuación de los gestores en los equipos españoles.

Tabla 2. Resultados del modelo.

SAD	Temp.	Rdo.
Villareal	2001/00	100,00
Villareal	2002/01	98,87
Villareal	2003/02	97,86
Málaga	2003/02	59,32
R. Oviedo	2001/00	45,89
Tenerife	2002/01	38,97
R. Sociedad	2003/02	31,56
Español	2003/02	30,67
Español	2002/01	17,91
Mallorca	2003/02	16,40
Racing	2001/00	16,11
R. Sociedad	2002/01	14,44
Alavés	2001/00	13,96
R. Sociedad	2001/00	13,27
Mallorca	2001/00	11,78
Celta	2003/02	11,12
Zaragoza	2001/00	11,05
Deportivo	2003/02	8,61
Deportivo	2002/01	8,01
Mallorca	2002/01	7,91
Rayo	2001/00	7,69
Deportivo	2001/00	7,30
Recreativo	2003/02	7,21
Celta	2001/00	7,00
Celta	2002/01	6,84
Alavés	2002/01	5,80

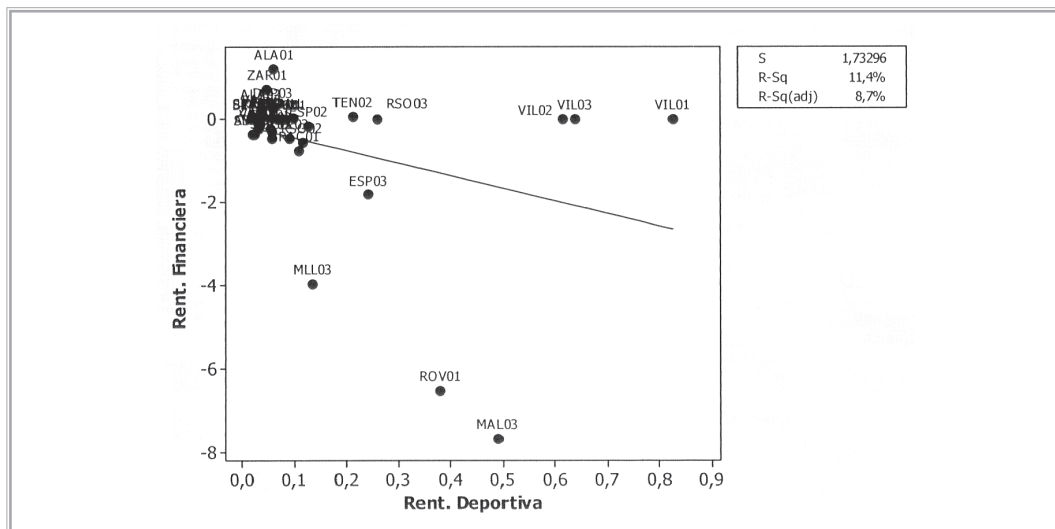
SAD	Temp.	Rdo.
Zaragoza	2002/01	5,38
Valencia	2002/01	4,39
Valencia	2001/00	4,12
Valencia	2003/02	3,68
Alavés	2003/02	3,17
Sevilla	2003/02	2,67
Sevilla	2002/01	2,51
Betis	2002/01	2,26
Betis	2003/02	2,15

Media		21
Desv. Est.		28

7.1. Distribución de los resultados.

Una de las ventajas del método DEA es que no compara las eficiencias logradas por cada DMU con la media del sector sino con el compartiendo del mejor equipo. Esto introduce el concepto de «mejora potencial» al dar una herramienta a los propietarios para controlar a los administradores considerando que todas las SAD pueden alcanzar o acercarse a la eficiencia lograda por el mejor. Por los resultados del estudio podemos apreciar que existe una amplia capacidad de mejora en la gestión de los equipos españoles debido a las elevadas diferencias de resultados como muestra la baja media alcanzada y la elevada desviación típica.

Para facilitar la visión de los resultados del modelo se incorpora el **gráfico 1** donde se aprecian las rentabilidades financieras y deportivas de todos los equipos de la muestra. Se puede apreciar cómo la mayoría de equipos tienen una rentabilidad financiera y deportiva bastante similar. El número mayor de equipos alejados del grupo se produce en la rentabilidad deportiva, ocho, frente a los tres del caso de la rentabilidad financiera. Esta circunstancia hará que los equipos con mejor rentabilidad deportiva obtengan mayores cuotas de eficiencia ya que el modelo permite combinar el *output* de la mejor forma posible para su maximización. Podemos comprobar en el gráfico cómo un solo equipo logra mejorar ostensiblemente la rentabilidad financiera de la mayoría de observaciones y lo hace por un estrecho margen. Por el contrario, ocho equipos mejoran claramente la rentabilidad deportiva de la mayoría.

Gráfico 1. Relación entre rentabilidad financiera y rentabilidad deportiva.

Por el efecto sustitutivo, los equipos con mejor resultado deportivo verán sobreponderado ese *output*. Por el contrario aquellos equipos con mejor resultado económico verán sobreponderado ese otro *output* pero no apreciarán un aumento de eficiencia equiparable debido a que las diferencias entre aquellos que destacan en él sobre el resto son menores. Este efecto se traduce que aquellos equipos que al diferenciarse más en la rentabilidad deportiva tendrán una ventaja competitiva a la hora de acudir a la demanda de capitales al atraer en mayor medida a los accionistas maximizadores del resultado deportivo.

Podemos distinguir tres grupos entre aquellos equipos que han logrado mejores resultados en la medición de su eficiencia. Por una parte la máxima eficiencia ha sido obtenida por el Villareal en la temporada 2000/2001, pero ese mismo equipo ha obtenido dos valores muy cercanos en las otras dos temporadas. Se trata del equipo con el menor volumen de fondos propios medios de la muestra, lo que no le ha impedido obtener unos resultados deportivos que le han alejado del descenso e incluso alcanzar la séptima posición en la competición liguera. Además ha sido uno de los dos únicos equipos que ha logrado compatibilizar un beneficio neto positivo con la permanencia durante las tres temporadas en primera división. El otro equipo en lograrlo fue el Deportivo de La Coruña pero con una escasa rentabilidad deportiva.

En un segundo grupo nos encontramos dos casos con una rentabilidad deportiva muy elevada aunque con los peores resultados respecto a la rentabilidad financiera. Se trata del Málaga de la temporada 2002/2003 y del Real Oviedo de 2000/2001. Las abultadas pérdidas les han impedido alcanzar un nivel de eficiencia más cercano a la frontera marcada por el Villareal. A pesar de contar con un nivel de fondos propios muy inferior a la media del sector, alcanzaron un nivel deportivo aceptable con un Málaga en la decimotercera posición y un Oviedo que se quedó a un punto de la perma-

nencia. En este caso se puede considerar que cumplieron con las expectativas de sus accionistas maximizadores de resultados deportivos al lograr en el terreno de juego una puntuación muy superior a la que le hubiera correspondido atendiendo a sus fondos propios. Pero su nivel de ineficiencia es muy elevado atendiendo a los resultados obtenidos por el Villareal debido a su deficitaria rentabilidad financiera. Por último se encuentra un tercer grupo que ha compatibilizado una rentabilidad deportiva mejor que la media con una rentabilidad financiera próxima a la de la mayoría. Son el caso del Tenerife en la temporada 2001/2002 y los equipos Español y Real Sociedad en la temporada 2002/2003.

En las últimas posiciones del resultado del modelo nos encontramos con los dos equipos con mayor volumen de fondos propios, el Sevilla y el Betis. Ese mayor volumen no les ha reportado una puntuación y unos beneficios equivalentemente mayores a los del resto de equipos. Más concretamente, obtienen las rentabilidades deportivas más bajas de toda la muestra sin trasladar su superioridad en los fondos propios al terreno de juego. Esa desventaja no la logran minorar mediante una rentabilidad financiera suficientemente superior a la obtenida por el resto de los equipos con lo que no logran efectuar una sustitución de los *outputs*, es decir, tendrían complicado sustituir a sus accionistas maximizadores de resultados deportivos por otros accionistas maximizadores de resultados económicos.

La escasa rentabilidad deportiva y financiera obtenida también puede deberse a una sobrecapitalización si atendemos a sus elevados fondos propios. En este caso no se trata de una decisión de los gestores de los equipos sino de la administración pública que determinó en el momento de transformación en SAD el importe de capital mínimo diferente según cada equipo. De todas maneras, los equipos sevillanos no hacen otra cosa que cerrar una lista donde la mayoría de observaciones presentan unos resultados en el modelo muy reducidos.

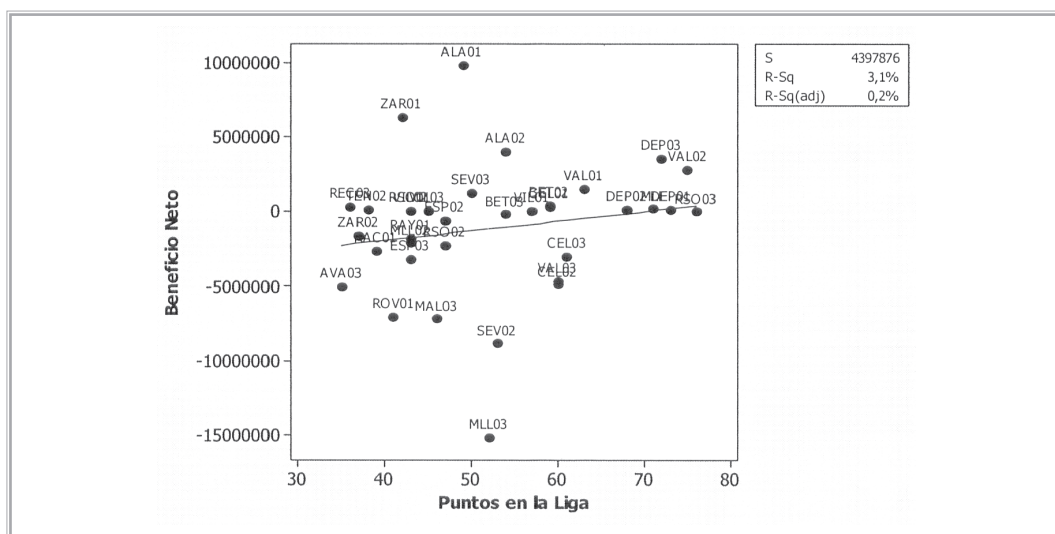
7.2. Relaciones existentes entre variables.

El **gráfico 1**, que nos ha ayudado a interpretar los resultados del modelo de eficiencia, muestra la inexistencia de una relación entre la rentabilidad financiera y deportiva. Se detecta una cierta concentración en unos resultados deportivos escasos y una rentabilidad financiera tendente al equilibrio. Sólo existen seis observaciones por debajo de la media de rentabilidad financiera mientras existen 27 que no alcanzan la media de rentabilidad deportiva. La explicación puede venir dado que aquellos equipos que obtienen una rentabilidad deportiva elevada es gracias a unos fondos propios reducidos, lo que supone un riesgo en el caso de pérdidas económicas ya que pondría a la SAD en dificultades para su supervivencia.

Éste sería el caso del Real Oviedo de la temporada 2000/2001 que obtuvo un ratio elevado a costa de unos reducidos fondos propios. Esa rentabilidad deportiva no evitó el descenso del equipo a la Segunda División y coincidió con unas elevadas pérdidas contables, lo que situó a la SAD en una situación delicada que supondría que años más tarde entrara en situación de suspensión de pagos. Unos fondos propios elevados suponen una menor rentabilidad deportiva pero también un mayor «colchón» para absorber posibles pérdidas futuros sin poner en peligro la continuidad del equipo. Esta sobrecapitalización puede venir derivada de la dificultad de atraer nuevos capitales para que inviertan en el sector.

Incluso no teniendo en cuenta los valores más alejados del grupo y fijándonos dónde se sitúan la mayoría de equipos, tampoco encontramos una relación directa entre la rentabilidad financiera y deportiva obtenida por las SAD. No podemos determinar que los que más satisfacen a los accionistas maximizadores de resultados deportivos hagan lo propio con los deseos de recibir rentables revalorizaciones o viceversa, pero tampoco podemos afirmar que sean incompatibles. Mediante el **gráfico 2** comprobamos que en la liga española los éxitos deportivos no se traducen en unos mayores beneficios económicos: aquellos equipos que obtienen una mayor producción, puntos en la competición liguera, no ven trasladado ese liderazgo a la cuenta de resultados. Por tanto los deseos de unos de mayores beneficios no tienen por qué traducirse en unos mejores resultados deportivos ni viceversa. Si recordamos lo expuesto en la literatura económica del sector, varios autores encontraban una relación directa de los resultados deportivos con los ingresos pero también con los costes salariales. Por lo que será la habilidad de los gestores los que determinen la presencia de excedentes económicos al lograr que los resultados deportivos supongan unos mayores ingresos pero asumiendo un control en el gasto.

Gráfico 2. Relación entre puntos y beneficio neto.



Si comprobamos los **gráficos 3 y 4** tampoco encontramos ningún tipo de dependencia estadística del resultado económico y los puntos obtenidos en la competición liguera con los fondos propios de la SAD. Este dato es muy relevante ya que puede representar un importante impedimento para acudir al mercado de capitales para obtener nuevos recursos. Los accionistas aportarán fondos siempre y cuando consideren que van a recibir una correcta retribución, bien en forma de revalorización unos o bien en éxitos deportivos otros. Pero si los gestores muestran que esa retribución no está asegurada ya que es independiente del volumen de recursos que obtengan del mercado, esto supondrá un importante desincentivo para los potenciales accionistas. Como en el

caso de los beneficios, parece ser la gestión de los directivos lo que vaya a determinar los resultados económicos y deportivos, y no la cuantía el dinero desembolsado por los accionistas.

Gráfico 3. Relación entre beneficio neto y fondos propios medios.

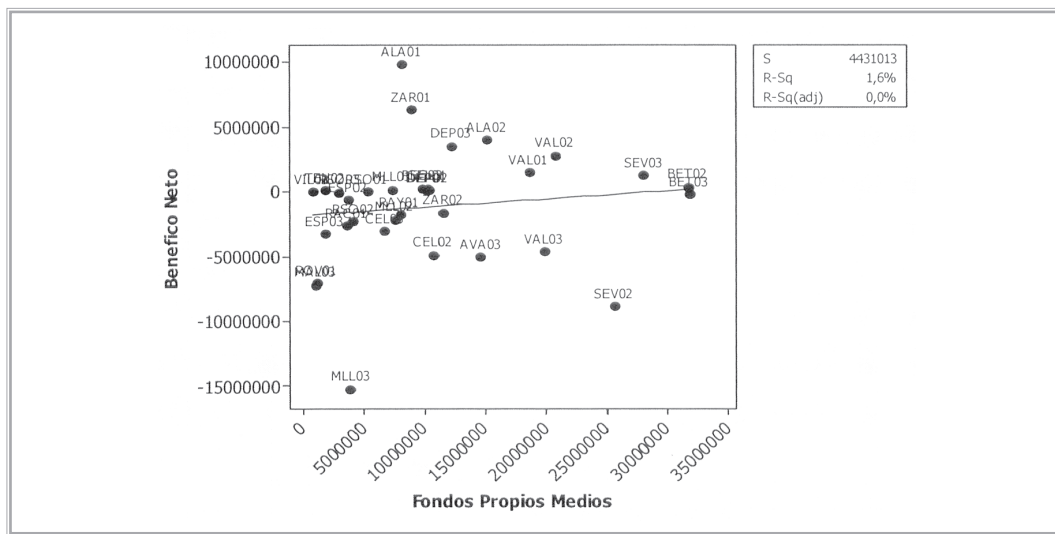
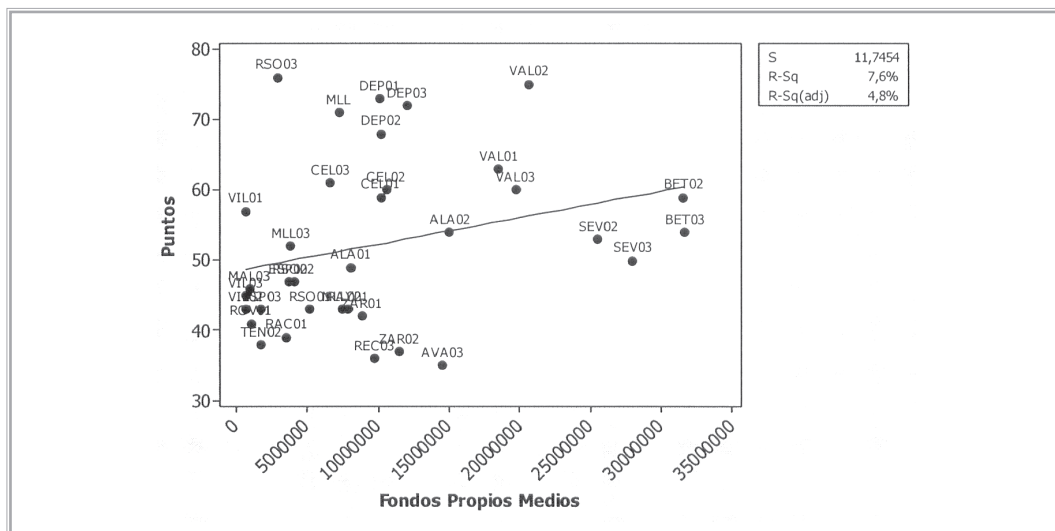


Gráfico 4. Relación entre puntos obtenidos y fondos propios medios.



7.3. Compatibilidad de los objetivos y control de la gestión.

El presente estudio sobre el sector del fútbol español ha detectado importantes diferencias a la hora de satisfacer la utilidad de los propietarios de los equipos. El modelo DEA permite realizar comparaciones con la mejor actuación posible que muestra que la mayor eficiencia en maximizar las expectativas de los propietarios es el Villareal, que lo hace durante las tres temporadas. Esto puede dar una señal de que una correcta gestión en una determinada temporada facilita el mantenimiento de ese éxito en el tiempo. Dicha eficiencia la ha logrado con una elevada rentabilidad deportiva y una rentabilidad financiera superior a la media del sector.

Los intereses de los accionistas maximizadores de la rentabilidad financiera, los que se preocupan del «bolsillo», ni son ni dejan de ser compatibles con los de aquellos que buscan los éxitos deportivos, el «corazón», si atendemos a los datos del sector. Pero si nos detenemos en el mejor comportamiento, el del equipo que ha logrado mayor eficiencia, vemos que sí puede ser compatible, es más, vemos que es deseable que sean compatibles para poder sostener ambos objetivos en el tiempo. Si en vez de un estudio de eficiencia mediante DEA que nos proporciona la mejor combinación de *outputs* para el mejor aprovechamiento de los *inputs* hubiéramos simplemente hallado la media de la rentabilidad deportiva y la financiera nos encontraríamos con la sorpresa de que el Villareal durante las tres temporadas también acapararía las primeras posiciones compartido con otros dos resultados que han obtenido una eficiencia modesta. Es decir, que tanto considerando la mejor combinación posible de *outputs* como simplemente ponderando en igual medida cada *output*, la gestión del Villareal sale triunfante. El equipo castellonense ha logrado la más alta eficiencia y la ha mantenida en el tiempo atendiendo los objetivos de los dos tipos de accionistas.

La principal explicación para los buenos resultados económicos no parece ser lo ocurrido en los terrenos de juego ni al volumen de fondos propios. Los éxitos deportivos tampoco se muestran relacionados con los beneficios obtenidos ni el importe de los recursos comprometidos por los accionistas. La habilidad de los gestores se perfila como el componente decisivo para el éxito deportivo y financiero así como para la compatibilidad de ambos objetivos. Los datos del Villareal muestran que sí es posible alcanzarlo, aunque la mayoría de equipos no lo logren.

En un mercado competitivo no se podrían replicar estas elevadas diferencias en la eficiencia mostrada por los administradores de las sociedades. Los accionistas abandonarían los equipos menos eficientes dirigiéndose a aquellos que les reportarán más satisfacciones. Si los equipos cotizaran en bolsa, el valor de los títulos del Villareal experimentaría un importante incremento en su precio. Esta subida haría que la rentabilidad obtenida por los nuevos accionistas que han desembolsado un importe mayor para ser copropietarios sería mermada respecto a aquellos que abonaron su valor nominal. Ese incremento en el precio de los títulos de los equipos más eficientes, junto al descenso en el de aquellos menos eficientes, haría igualar la rentabilidad obtenida por los inversores en uno o en otro equipo.

Pero el fútbol no es un mercado competitivo por la existencia del *fan equity* o «valor de la fidelidad» descrito por SALOMON BROTHERS (1997, pág. 9) como la valoración de la lealtad irracional

de sus aficionados y, por extensión, de sus accionistas maximizadores de los resultados deportivos. Aquellos aficionados del Betis no adquirirán títulos del Villareal porque éste le vaya a reportar mayores éxitos deportivos respecto al capital aportado. Esto explica la permanencia de los diferentes resultados en la gestión a lo largo de las temporadas. Pero no podemos olvidar que se trata de un efecto a corto plazo. La permanencia de diversas satisfacciones de los accionistas terminará afectando a las posibilidades de captar fondos propios de los equipos. De esta manera ante la necesidad de captar nuevos capitales para emprender proyectos, al Villareal le resultará más sencillo encontrar aficionados dispuestos a desembolsar capital ya que preverán que con ello aumentarán los éxitos deportivos y por tanto su satisfacción. Por el contrario los equipos con una baja eficiencia pueden encontrar dificultad en encontrar aficionados que suscriban nuevas participaciones al comprobar la escasa contraprestación obtenida de las anteriores emisiones.

Los inversores que buscan rentabilizar sus fondos no se ven afectados por el *fan equity* pero están desincentivados a participar en el capital ya que no pueden movilizarlos según la evolución de la gestión al no cotizar las SAD en el mercado de valores. Cuando hablamos de dos tipos de objetivos en los accionistas no sólo hablamos de dos grupos independientes cada uno con sus prioridades. También hablamos de accionistas que comparten mayor o menor medida los dos objetivos a la vez. De esta manera puede haber aficionados que deseen los mayores éxitos deportivos para su equipo pero desean obtener una determinada rentabilidad para el dinero invertido. Esos accionistas pueden no estar dispuestos a obtener elevadas rentabilidades deportivas a costa de elevadas pérdidas que provoquen la pérdida de las cantidades invertidas. A su vez pueden existir inversores dispuestos a obtener una rentabilidad financiera por debajo de lo que podrían obtener en el mercado a cambio de participar en los éxitos deportivos de su equipo.

Un mayor *fan equity* supondrá que la SAD poseerá unos accionistas más inelásticos a variaciones en las rentabilidades financieras y deportivas. Esto no significa que en el largo plazo esos accionistas no abandonen el club debido al cansancio provocado por los fracasos derivados de la gestión de la SAD. A pesar de que el importe del *fan equity* es mayor en unos equipos que en otros, ninguno se encuentra inmune a la desazón de sus aficionados ante derrotas en las competiciones con sus derivados descensos de categoría o a la imposibilidad de captar nuevos fondos ante repetidas pérdidas económicas.

La exigencia de la gestión de las SAD se sitúa por tanto en el largo plazo lo que puede explicar la variabilidad en la eficiencia. Si los equipos cotizaran en el mercado de valores se podría reflejar en la cotización la habilidad de los administradores sin tener que esperar al momento que se precisen nuevos fondos al mercado primario de capitales para conocer la evaluación de la gestión por parte de los inversores. El control sobre los administradores que supone la cotización diaria ayudaría a impedir que se produzcan diferencias tan notables en la eficiencia lograda por los equipos estudiados. Además ayudaría a la incorporación de inversores maximizadores de rentabilidad financiera, que como hemos apreciado supondrá una mayor exigencia sobre los gestores en ese aspecto, con lo que en el largo plazo la utilidad de todos los propietarios se verá incrementada.

La admisión en el mercado de valores no hará desaparecer las diferencias en la eficiencia que siempre tendrán la distorsión del tamaño del *fan equity*. A pesar de que la actividad productiva de los

equipos de fútbol se produce con amplia publicidad todos los fines de semana, su resultado no tiene por qué trasladarse inmediatamente a la cotización como muestra XIMÉNEZ (2002) al estudiar cómo varía la sensibilidad del precio a las victorias y derrotas el lunes siguiente. Esa sensibilidad dependerá del *fan equity* pero sobre todo de la evolución en el largo plazo de los resultados deportivos y en el medio plazo de los datos financieros.

Si prescindimos de medidas legislativas como las aplicadas en Argentina, la cotización de los equipos de fútbol puede suponer un incremento en el control sobre la gestión de los administradores que junto al establecimiento de medidas de buen gobierno corporativo pueden reducir los problemas de agencia con los administradores. Para lograr el traslado a la gestión de los objetivos de los accionistas sin repetir los problemas acaecidos en el fútbol inglés sería necesario una mayor transparencia de la información financiera, una composición del consejo de administración que recoja las diferentes prioridades de los accionistas, la defensa de los intereses de los accionistas minoritarios y una utilización de los modelos de eficiencia para el establecimiento de objetivos sobre los resultados futuros.

Algunas de esas medidas pueden ser de aplicación en empresas de otros sectores que también se encuentren en la situación de tener accionistas que persigan diferentes objetivos de su inversión. En esos casos también se pueden producir fricciones entre los propietarios como ha ocurrido en el caso de equipos de fútbol según se ha expuesto en apartados anteriores. Para evitarlas y lograr una gestión eficiente de los administradores, estas conclusiones ayudarían a una maximización de la utilidad obtenida por todos los accionistas.

8. CONCLUSIONES

El presente trabajo es consecuencia de la espectacular evolución que ha sufrido el deporte del balompié en nuestro país hasta su profesionalización y transformación en sociedades anónimas deportivas. Este proceso ha asemejado la estructura deportiva del viejo continente con la existente en Norteamérica y ha llevado incluso a la cotización en bolsa de equipos de fútbol.

Esta transformación ha supuesto un gran reto en la gestión de los equipos que tienen que adaptarse a atender a accionistas y no a socios. Los equipos de fútbol pasan a desarrollar su labor como cualquier otra empresa. Aunque más bien como un caso particular al enfrentarse ante la necesidad de cumplir varios objetivos. No es un caso único, existen numerosas empresas en las que los gestores se enfrentan al reto de tener que satisfacer a accionistas con diversos objetivos. Incluso existen empresas que tienen recogida en su figura jurídica la distinción entre diferentes tipos de accionistas cada cual con objetivos propios.

En el caso del fútbol profesional, los administradores tienen que satisfacer la utilidad de unos accionistas que adquieren títulos para que el equipo logre éxitos deportivos mientras otros lo harán con objeto de obtener una rentabilidad a su inversión. La legislación española no contempla esta

dualidad de objetivos pero sí la inglesa desde tiempos victorianos. Pero dicha reglamentación no ha evitado roces entre accionistas de un mismo equipo que buscaban priorizar un fin en vez de otro. Otros países han optado por soluciones legislativas alternativas para dar acomodo a los dos objetivos.

Los estudios de eficiencia en el mundo del deporte se han venido centrando generalmente en la faceta productiva ligada al rendimiento obtenido en el terreno de juego. Pero la eficiencia también puede ser una herramienta adecuada para evaluar la destreza de los administradores de los equipos de fútbol en la tarea de maximizar la utilidad de sus accionistas. Por esta razón se ha planteado un modelo para evaluar la pericia de los gestores de los equipos españoles que militan en la Primera División, comprobar si los dos objetivos son compatibles y sacar conclusiones que mejoren el funcionamiento del sector.

Los resultados obtenidos muestran que los equipos tienen una amplia capacidad de mejora en la satisfacción de sus accionistas si atendemos a las diferencias obtenidas con el mejor comportamiento posible. Resulta preocupante que ni los resultados deportivos ni los económicos estén en concordancia con los fondos aportados por los propietarios ya que puede desincentivar nuevas aportaciones de capital. En los resultados globales del sector parece que preocuparse del «bolsillo», la rentabilidad financiera, ni es incompatible ni deja de serlo con atender al «corazón», a los resultados deportivos. Simplemente no están relacionados. Pero si atendemos a la labor realizada por el equipo que marca la máxima eficiencia, no sólo son dos objetivos compatibles sino que resulta preferible no desatender ninguno de los dos para mantener los buenos resultados a lo largo del tiempo.

Si bien estos resultados y este estudio se centran en el sector del fútbol profesional, no puede pasar inadvertido que también puede resultar de interés a la hora de enfocar la gestión de otras empresas, que como las sociedades anónimas deportivas, persiguen diversos objetivos. Completando la cita de STEINBRENNER que encabeza el texto, no sólo es recomendable aplicar las enseñanzas de otros negocios en el sector del deporte profesional sino que éste también puede realizar aportaciones relevantes de utilidad para la gestión de empresas que se enfrentan al reto de unos accionistas que persiguen fines dispares.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, A. (director) [2001]: *La medición de la eficiencia y la productividad*. Ediciones Pirámide, Madrid.
- BOGEFLOT, P. [2000]: «DEA and Activity Planning under Asymmetric Information». *Journal of Productivity*, 13, págs. 7-49.
- CHARNES, A., COOPER, W.W. y RHODES, E. [1978]: «Measuring the Efficiency of Decision Making Units», *European Journal of Operational Research*, n.º 2, págs. 429-444.
- CLAKSON, M. [1995]: «A Stockholder Framework for Analyzing and Evaluation Corporate Social Performance», *Academy of Management Review*, 20, págs. 92-117.

- CLEMENT, R. y MCCORMICK, R. [1989]: «Coaching team production», *Economic Inquiry*, 27, págs. 287-304.
- CUETO, I. [1998]: «El mercado español ya sabe de fútbol», *Revista de la Bolsa de Madrid*, n.º 68, Julio, págs. 34-40.
- CUETO, I. y SÁNCHEZ, M.J. [1999]: «Fútbol y bolsa se dan cita en Madrid», *Revista de la Bolsa de Madrid*, n.º 81, Octubre, págs. 22-28.
- EINOLF, K.W. [2004]: «Is Winning Everything?», *Journal of Sports Economics*, vol. 5, n.º 2, May, págs. 127-151.
- ESPITIA, M. y GARCÍA, L. [2004]: «Measuring the Efficiency of Spanish First-Division Soccer Teams», *Journal of Sport Economics*, vol. 11 n.º 4, November, págs. 329-346.
- FARRELL, M.J. [1957]: «The Measurement of productivity efficiency», *Journal of the Royal Statistical Society*, vol. 120, págs. 253-281.
- FIZIL, J.L. y D'ITRI, M.P. [1997]: «Managerial efficiency, managerial success and organizational performance», *Managerial and Decision Economics*, June, 18 (4), págs. 295-308.
- FREEMAN, R.E. [1984]: *Strategic Management: A stakeholders approach*, Pitman/Ballinger/Harper Collins, Boston.
- GARCÍA-CESTONA, M.A. y SURROCA, J. [2002]: «Eficiencia de las Organizaciones Orientadas a los Interesados: Las Cajas de Ahorro Españolas», Comunicación en el *X Foro de Finanzas de AEFIN*, Sevilla.
- GASCÓN, F. y SÁNCHEZ, L.C. [2005]: «Productivity of Mutual Guarantee Societies in Spain», Comunicación presentada en el *XIII Foro de Finanzas AEFIN*, Madrid.
- HAAS, D.J. [2003]: «Technical Efficiency in the Major League Soccer», *Journal of Sports Economics*, vol. 4, n.º 3, Agosto, págs. 203-215.
- HERNÁNDEZ, P.; ARGIMÓN, I. y GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M. [2001]: «¿Afecta la titularidad pública a la eficiencia empresarial?», *Documento de Trabajo*, 19, Servicio de Estudios del Banco de España.
- HOEHN, T. y SZYMANSKI, S. [1999]: «The Americanisation of European Football», *Economic Policy*, 28, April, págs. 205-240.
- HOLMSTROM, B. y MILGROM, P. [1991]: «Multitask Principal-Agent Analysis: Incentive Contracts, Assets Ownership and Design», *Journal of Law, Economics and Organization*, 7, págs. 24-51.
- JENSEN, M.C. [2002]: «Value maximization, stakeholder theory and the corporate objective function», *Business Ethics Quarterly*, vol. 12, n.º 2, April, págs. 235-264.
- KEARNS, K., C. PARK y L. YANKOSKI [2005]: «Comparing Faith-Based and Secular Community Service Corporations in Pittsburgh and Allegheny County, Pennsylvania», *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, June 1, 34 (2), págs. 206-231.
- MAZUR, M.J. [1994]: «Evaluating the relative efficiency of baseball players» en A. CHARNES, W. W. COOPER, A.Y. LEWIN y L.M. SEIFORD (Eds.) *Data Envelopment Analysis: Theory, methodology and application*, págs. 369-391, Kluwe Academic Publishers, Boston.
- MELLE, M. y MAROTO, J.A. [1999]: «Una Aplicación del Gobierno de las Empresas: Incidencias de las Administraciones Públicas en las Decisiones Asignativas de las Cajas de Ahorro Españolas», *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, 8, págs. 9-40.
- QUIRK, J. y FORT, R. [1992]: *Pay Dirt: The Business of Professional Team Sports*. Princeton University Press, NJ.
- ROTTENBERG, S. [1956]: «The baseball player's labour market», *Journal of Political Economy*, 64, págs. 242-258.

- SALOMON BROTHERS [1997]: «UK Football Clubs: valuable assets?», *Global Equity Research: Leisure*, November, London.
- SÁNCHEZ, L.C. [2005]: «Cajas de ahorro: el poder del lado oscuro», *AECA Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, 71, págs. 24-27.
- SLOANE, P. [1971]: «The Economics of Professional Football: The Football club as a Utility Maximizer», *Scottish Journal of Political Economy*, vol. 17, n.º 2, págs. 121-145.
- SZYMANSKY, S. y KUYPERS, T. [1999]: *Winner and Losers: The Business Strategy of Football*, Penguin, Harmondsworth.
- TIROLE, J. [2001]: «Corporate Governance», *Econometrica*, 69, págs. 1-35.
- VV.AA. [2001]: *Memoria 2000-2001*, Liga de Fútbol Profesional, Madrid.
- [2002]: *Memoria 2001-2002*, Liga de Fútbol Profesional, Madrid.
 - [2003]: *Memoria 2002-2003*, Liga de Fútbol Profesional, Madrid.
 - [2004]: «The State of the Game. The Corporate Governance of Football Clubs 2004». *Research Paper*, n.º 3, Football Governance Research Centre of Birkbeck University of London.
 - [2004]: *Impacto del Fútbol Profesional en la economía española*, Liga de Fútbol Profesional, Madrid.
 - [2005]: «The State of the Game. The Corporate Governance of Football Clubs 2005», *Research Paper*, n.º 3, Football Governance Research Centre Birkbeck of University of London.
- XIMÉNEZ SANDOVAL, J.L. [2002]: «El fútbol en el Mercado de valores», *Revista de la Bolsa de Madrid*, n.º 111, Julio, págs. 58-62.
- ZAK, T.A.; HUANG, C.J. y SIEGFRIED, J.J. [1979]: «Production efficiency: The case of professional basketball», *Journal of Business*, 52 (3), págs. 379-392.



CONCHA BURGOS GARCÍA
Economista. Profesora del CEF

Extracto:

LA recentísima aprobación por el Comité de Basilea de los *Principos de alto nivel para la continuidad del negocio financiero* ha venido a poner sobre la mesa de los presidentes de las entidades y mercados financieros el manual de una nueva disciplina, la «business continuity», que hace cinco años ni siquiera existía.

Las entidades financieras se caracterizan, entre otras cosas, porque su elevado apalancamiento se traduce en que el riesgo de crédito tenga un perfil mucho más significativo que en otro tipo de empresas. A la vez, el volumen, rotación y la velocidad de las transacciones electrónicas en los mercados financieros globalizados introducen el denominado riesgo sistémico, aquel que consiste en que la crisis de un actor principal del mercado se convierta en un virus letal que se contagie por todo el sistema. Este riesgo no es nada nuevo, desde luego, pero en los últimos tiempos hemos visto cómo los atentados terroristas de Nueva York en 2001, los apagones de Nueva York y Canadá en 2003, un terremoto en Kobe, el brote de SARS en Asia o la amenaza, este año, de una posible pandemia de gripe aviar han demostrado que acontecimientos externos sumamente graves pueden ser también el detonador de una crisis sistémica. De los medios para prevenir ese tipo de crisis y de la historia de cómo ha llegado a formarse la nueva disciplina es de lo que trata este artículo.

Sumario:

La continuidad del negocio financiero.

La crisis del sistema de pagos del 11-S.

Reacciones posteriores.

Planes de continuidad del negocio financiero.

La planificación para la continuidad en Estados Unidos.

La continuidad de los sistemas de pago del Banco Central Europeo (2005).

Los siete principios de alto nivel de Basilea.

Conclusión.

Bibliografía.

LA CONTINUIDAD DEL NEGOCIO FINANCIERO

Entre los elementos que distinguen a la empresa bancaria de otras actividades productivas o de servicios y a la vez conforman su estructura y modos de actuación está la alta proporción en que el riesgo y las técnicas para paliarlo entran a formar parte de la propia estructura de las organizaciones y de las decisiones de la gerencia.

Efectivamente, además del riesgo de insolvencia de clientes, común con otras empresas, las entidades financieras asumen riesgos específicos derivados de la naturaleza financiera de sus productos, como la evolución de los tipos de interés, de la volatilidad de los tipos de cambio o de las cotizaciones y rendimientos de los activos del balance. Pero eso no es todo: la complejidad de los mercados financieros, la alta rotación de los productos negociados y el gran volumen de transacciones negociadas diariamente en sistemas electrónicos exponen a las empresas al riesgo de ser víctimas de la insolvencia de otros actores del mercado. Este riesgo, denominado sistémico, se define por Junta de Gobernadores de la Reserva Federal (2003) como «el riesgo de que la imposibilidad de cumplir sus obligaciones por parte de uno de los participantes en un sistema de transferencias o en un mercado financiero cause problemas significativos de liquidez o de crédito amenazando a la estabilidad de los mercados financieros», definición consecuente, a su vez, con el concepto internacional de riesgo sistémico en los sistemas de compensación y pago contenido en el «Glosario de términos en sistemas de compensación y pago» del Committee on Payment and Settlement Systems, Bank for International Settlements (2001).

El riesgo sistémico se actualiza y convierte en un problema real cuando algún acontecimiento extraordinario rompe el equilibrio del sistema. Mientras que tradicionalmente se venía considerando que dicho acontecimiento se originaría por la insolvencia de uno de los grandes actores del mercado, los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York exhibieron la vulnerabilidad del sistema a un acontecimiento perturbador de gran magnitud que puede poner en peligro la solvencia del conjunto. Acontecimientos posteriores como el gigantesco apagón de Estados Unidos y Canadá en agosto de 2003, el brote del Síndrome de Insuficiencia Respiratoria Aguda SARS que afectó a

los mercados de valores de Hong Kong y Toronto en 2003, el terremoto de 6.8 grados que afectó a la región japonesa de Niigata en octubre de 2004, o los atentados terroristas en Madrid, Estambul y sobre todo en Londres el 7 de julio de 2005, así como la posibilidad, sentida muy de cerca este año, de que se produzca una pandemia con la gripe aviar más recientemente, han despertado el interés de la comunidad financiera internacional sobre la posibilidad de que estos acontecimientos externos y graves puedan disparar la crisis del sistema y afectar a la continuidad de los mercados.

Sin embargo, hace unos años este riesgo no contaba entre las preocupaciones de los reguladores bancarios nacionales ni de los organismos internacionales. Sin ir más lejos, el G-7 adoptó en su reunión de Colonia de 1999 una resolución titulada «Fortalecimiento de la Arquitectura Financiera Internacional» en la que se respalda el *Financial Stability Forum* y toda una serie de buenas prácticas relacionadas con la transparencia y la política monetaria, el gobierno corporativo y las obligaciones de información de las entidades financieras, pero en ningún momento se habla de la posibilidad de que acontecimientos extraordinarios puedan introducir riesgo sistémico¹. Igualmente, el Comité de Sistemas de Pagos y Compensación del Bank For International Settlements publicó (2001) los *Core principles for systematically important payment systems*, pero entre los principios básicos no hay referencia alguna al riesgo de que ocurran acontecimientos externos suficientemente graves como para afectar a la estabilidad del sistema y, sin embargo, el 11 de septiembre de ese mismo año aprendimos dolorosamente la lección de cómo las empresas financieras son altamente interdependientes, y de que una interrupción de su funcionamiento puede crear riesgos para la compensación y liquidación y, consecuentemente, riesgos de crédito y liquidez.

En los escasos cinco años transcurridos desde 2001 hemos visto cómo se ha pasado desde una situación en que prácticamente se ignoraba este peligro a otra en que la continuidad del negocio se ha convertido en uno de los aspectos de mayor relevancia, incluyéndose dentro del marco de la política de gestión de riesgos de la empresa, y se ha situado al máximo nivel de responsabilidad: Consejo de Administración y Consejero Delegado.

De este modo, podemos decir que en el momento actual la *business continuity* y los planes de emergencia se han integrado en el marco de las decisiones estratégicas de las entidades financieras y, simultáneamente, se ha producido un importante movimiento multinacional entre los organismos reguladores para concienciar sobre el problema y extender las recomendaciones, cuya máxima expresión son los Principios de Alto nivel de la Continuidad del Negocio publicados por el Comité de Basilea en diciembre pasado (2005).

No obstante, antes de llegar a esta fase cuyas notas son la elevación del nivel a «gerencia para la continuidad» y la internacionalización y estandarización de las soluciones se pasó por una fase previa caracterizada porque las iniciativas eran de carácter nacional y no daban una relevancia tan crucial a los planes de emergencia. La fase de las autoridades nacionales comenzó, por motivos obvios, en Estados Unidos, donde la Reserva Federal (2003, 2006) publicó en 2002 guías de referencia, aunque a este movimiento pronto se sumaron otros países. Así, por ejemplo, la Asociación de Banqueros Británicos publicó su guía para gerencia de la continuidad del negocio en 2003, y la Auto-

¹ <http://www.treasury.gov/press/releases/reports/cologne.pdf>

ridad de Servicios Financieros del Reino Unido ha aprobado también una guía completa (2005). Tempranos fueron también los manuales de Hong Kong en 2002 y Singapore en 2003, y otras autoridades nacionales les han seguido, como Japón en 2003, Países Bajos en 2004, y Australia y Francia en 2005. Nuestro regulador nacional, según ha confirmado la Secretaría General del Banco de España, tiene planes de contingencia pero son reservados y no existen de momento intenciones de publicarlos. Tampoco parece que exista un proyecto de instrucciones para la gerencia para la continuidad dirigidas a las instituciones financieras. En lo tocante a los planes nacionales de otros países, la bibliografía que incorpora el documento de los Principios de Alto Nivel (2005) contiene una buena referencia para profundizar sobre los planes nacionales publicados.

La fase de internacionalización en la toma de conciencia sobre los riesgos y la necesidad de planificación llegó en 2004 y 2005, cuando algunos organismos internacionales propusieron soluciones que trascienden las fronteras nacionales, y así tenemos el documento sobre continuidad del negocio en los sistemas de pagos del Banco Central Europeo (2005) o el del propio Bank for International Settlements o Comité de Basilea: «High-level principles for business continuity» (2005).

Visto con la perspectiva de hoy, parece evidente que la intención de los terroristas en Nueva York era crear una crisis sistémica que afectara a Wall Street aunque, como veremos, poco faltó para conseguirlo, los mecanismos de seguridad de las empresas afectadas y de los sistemas de pago implicados sirvieron para conjurar el peligro de crisis del sistema, que de hecho funcionó bastante bien dada la magnitud de los acontecimientos y las pérdidas sufridas. Aunque no había experiencia de un atentado similar, parece que los planes de emergencia que se habían diseñado para el problema del año 2000 coadyuvaban a evitar la crisis sistémica. Sin embargo, la terrible experiencia ha llevado a un replanteamiento de la estrategia de seguridad, tanto para las compañías como para los sistemas de pagos.

La gerencia para la continuidad del negocio es hoy la respuesta contra el riesgo sistémico. El Comité de Basilea (2005) define la «continuidad» como el estado de operación continua e ininterrumpida del negocio y la «gerencia para la continuidad» como el enfoque global que incluye políticas, estándares y procedimientos para que las operaciones se reanuden puntualmente en la hipótesis de un acontecimiento externo con capacidad de interrumpir el negocio, con el objetivo de limitar las consecuencias negativas que ocurrirían en el plano operativo, legal, financiero y de la buena reputación de la empresa.

La gerencia para la continuidad como teoría se construye sobre la planificación para la continuidad, concepto que estaba ya definido, por ejemplo, por el Federal Financial Institutions Examination Council norteamericano (2003). Este manual se refiere a la *business continuity planning* como el proceso por el cual las instituciones financieras aseguran el mantenimiento y recuperación de las operaciones en la eventualidad de una interrupción. El elemento operativo de la *business continuity planning* son obviamente los planes de contingencias para garantizar que, cuando se enfrenten a acontecimientos como desastres naturales, fallos tecnológicos, error humano o terrorismo o, posiblemente, una pandemia como podría ser la de la gripe aviar, se cumplan los objetivos de continuidad.

El objetivo de los planes de contingencia será, por tanto, minimizar las pérdidas financieras para la institución financiera, continuar sirviendo a los participantes en el mercado, y mitigar los efectos negativos que las interrupciones pueden tener en los planes estratégicos de las instituciones, en su imagen pública, su operativa, liquidez, calificación crediticia, posición en el mercado y posibilidades de cumplir con sus requerimientos legales.

Los planes de continuidad del negocio no nacieron con el 11-S, sin embargo. En Estados Unidos, el manual de supervisión bancaria editado por el FFIEC o consejo que agrupa a las autoridades con competencia en supervisión bancaria en Estados Unidos tenía ya un capítulo sobre continuidad del negocio aunque antes trataba principalmente del fallo de los sistemas informáticos. Este capítulo se reescribió después para darle un ámbito mucho más amplio, porque ahora ya no se considera sólo el escenario del fallo informático sino de cualquier tipo catastrófico, y no se limita a una entidad dentro del sistema, sino que se contempla cómo el fallo de varias entidades en cadena puede afectar al propio sistema, así como la posibilidad de que se inutilicen infraestructuras vitales para la continuidad del negocio.

LA CRISIS DEL SISTEMA DE PAGOS DEL 11-S

De acuerdo con CUMMING (2002) los atentados terroristas neoyorquinos fueron la situación más crítica en que se haya visto el sistema de pagos, entendiendo por tal no sólo los dos sistemas principales de pagos de gran escala Fedwire y CHIPS, sino también dos grandes bancos de compensación, los bancos participantes, los sistemas de liquidación de valores bursátiles y las entidades financieras con cuota significativa del mercado.

Las torres gemelas albergaban varias agencias bursátiles de primer orden en volumen de negociación, y su servicio quedó interrumpido no sólo por la devastadora magnitud de los daños y las pérdidas humanas, sino por el colapso de las comunicaciones y de la infraestructura de transportes y de suministro eléctrico. Pese a los daños en las infraestructuras primarias, los dos sistemas principales de pagos, Fedwire y CHIPS, funcionaron ininterrumpidamente el día del ataque y los días siguientes, gracias sobre todo a los edificios de reserva situados fuera de Manhattan. Como luego veremos, este tipo de edificios que replican la actividad principal de la institución son la clave para la continuidad de los sistemas de pagos. Los sistemas de liquidación y compensación de valores corrieron peor suerte que los sistemas de pagos, quedaron efectivamente interrumpidos y sólo pudieron reestablecerse el día 13 de septiembre. Sin embargo, cuando el 17 de septiembre se reabrieron las bolsas, se pudieron liquidar y compensar adecuadamente las posiciones inmediatamente anteriores al ataque y el sistema funcionó sin solución de continuidad a pesar de la interrupción. De hecho, el 17 de septiembre marcó la fecha de mayor volumen de negociación en la historia de la bolsa neoyorquina. La clave para la supervivencia del sistema estuvo en la utilización en los sistemas de pagos con carácter casi exclusivo de medios electrónicos.

Sin embargo, dado que el sistema de pagos está ajustado por medios electrónicos para compensar posiciones en tiempo real, el desajuste de una parte del sistema supone una falta de liquidez

en el resto de operadores. En el 11-S se produjeron graves desajustes, sobre todo en la liquidación de operaciones de valores. Según CUMMING (2003), el valor de las transacciones del sistema federal Fedwire se redujo un 24 por 100, y durante el resto de la semana el volumen de transacciones bajó un 40 por 100 frente al nivel de agosto, debido a problemas de conectividad, y las empresas utilizaron sus reservas de liquidez o solicitaron crédito de sus bancos para poder saldar las posiciones.

Sin embargo, los desajustes fueron tan fuertes que no fue suficiente esta primera línea de contingencia y las empresas hubieron de recurrir a ayuda externa para mantener la liquidez. La reserva Federal inyectó enormes sumas de dinero mediante préstamos diarios en la ventanilla de descuento y mediante operaciones de mercado abierto. El 12 de septiembre, por ejemplo, inyectó 46.000 millones de dólares en la ventanilla de descuento y 38.000 millones mediante operaciones de mercado abierto, y además suspendió el recargo por descubierto en el mismo día y flexibilizó las normas que restringían el volumen que podía prestar al mercado. También, para hacer frente a la iliquidez de pagos en dólares en otros mercados no norteamericanos la Fed concluyó acuerdos con diversos bancos centrales como el europeo, el de Inglaterra o el de Canadá. El Banco Central Europeo recurrió a su línea de crédito recíproco en las jornadas posteriores al 11-S, habiendo llegado a un nivel de crédito de 19.000 millones de dólares. A medida que se normalizó la situación, la Reserva Federal fue reduciendo el volumen de liquidez y, el 21 de septiembre, las operaciones de ventanilla y de mercado abierto, habían vuelto a la normalidad.

REACCIONES POSTERIORES

Inmediatamente después de los atentados, en Estados Unidos empezaron a preocuparse por las medidas de seguridad del sistema para paliar el riesgo de que la crisis del 11-S pudiera repetirse y se interrumpiera el funcionamiento del sistema financiero. Tan sólo un mes después del ataque se reavivó el interés por la protección de la infraestructura informática contra el ciber-terrorismo, aunque en este caso, lógicamente, no limitado al sector financiero, y la Casa Blanca dictó la Orden Ejecutiva 13231 «Critical infrastructure Protection in the information Age», que en realidad era una actualización de una directiva ya publicada en 1998, como dice la GAO (2002).

En el caso concreto del sector financiero, las tres agencias federales con funciones supervisoras en Estados Unidos, es decir, el consejo de gobernadores de la Reserva Federal (Federal Reserve Board), la Oficina del Controlador de la Moneda (Office of the Comptroller of the Currency u OCC) y la Comisión del Mercado de Valores (Securities and Exchange Comisión o SEC), se pusieron enseguida a trabajar y crearon un grupo de trabajo conjunto para estudiar la capacidad del sistema financiero para soportar elementos perturbadores de gran magnitud. Tras unos meses de trabajo elaboraron un documento que publicaron en el Federal Register el 25 de septiembre de 2002 como borrador para comentarios ².

El interés por la continuidad del negocio ante eventos extraordinarios se reavivó al año siguiente con los apagones de Nueva York, y en verano de 2004 el Foro para la Estabilidad Financiera y el Banco

² Federal Register 56835, September 5, 2002.

de Inglaterra organizaron conjuntamente un seminario sobre continuidad del negocio en el sector financiero. Como consecuencia del seminario, se requirió a los tres organismos reguladores transfronterizos en el sector financiero (Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, la Asociación Internacional de Comisiones Nacionales de Valores IOSCO y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros IAIS) para que elaborasen principios de alto nivel para cada uno de sus ámbitos. En febrero de 2005 los tres cuerpos reguladores estuvieron de acuerdo en la conveniencia de emprender esa tarea, y el documento del Comité de Basilea se publicaba unos meses después, en diciembre de 2005.

PLANES DE CONTINUIDAD DEL NEGOCIO FINANCIERO

Entrando, así pues, en el análisis concreto de los planes de continuidad, seguiremos el orden cronológico, comenzando por los planes norteamericanos, para continuar con el plan del Banco Central Europeo, y terminaremos con los principios de alto nivel de Basilea.

LA PLANIFICACIÓN PARA LA CONTINUIDAD EN ESTADOS UNIDOS

Lo primero que se plantearon los supervisores financieros en Estados Unidos fue la definición de los objetivos de continuidad del negocio, así como las mejores prácticas para lograrlo. Para ello, tomaron como punto de partida la planificación de *business continuity* que a la sazón existía, sobre todo relacionada con el sistema informático y el problema del año 2000, y fijaron tres objetivos:

- La rápida recuperación y oportuna rehabilitación de las operaciones críticas después de un acontecimiento extraordinario.
- La rápida recuperación y oportuna rehabilitación de las operaciones aunque haya desaparecido personal clave en alguna de las ubicaciones de la empresa.
- El establecimiento de un alto nivel de confianza dentro de la empresa acerca de la seguridad de que las operaciones continuarán en una situación crítica.

Como luego veremos, el plan del Banco Central Europeo (2005) ha sido incluso más preciso en los objetivos de continuidad, distinguiendo entre los operadores que deben reanudar las operaciones dentro del mismo día y los que deben reanudarlas dentro de las primeras dos horas. También el documento inter-agencia norteamericano sobre la reanudación de operaciones se fijó en las prácticas seguras que deben adoptar los sistemas de pagos y las empresas participantes, para lo cual ha dividido el espectro de entidades afectadas en tres bloques:

- Mercados financieros críticos: son los que proveen de medios a los bancos y agencias de valores y otras instituciones financieras para ajustar sus posiciones de tesorería y de valores,

así como las de sus clientes, con el objetivo de gestionar la liquidez, el mercado y otros riesgos de sus organizaciones. Los mercados identificados como críticos son el de fondos federales, el de cambio de moneda extranjera, el de papel comercial, el de deuda pública y el de deuda privada.

- Organizaciones clave en la liquidación y compensación. Es un grupo de organizaciones que proveen servicios de liquidación y compensación y operan como operadores de transferencias de grandes importes. Existen dos subgrupos: los mediadores de mercado que trabajan para mercados críticos como los definidos en el punto anterior, o para otros pagos mayoristas de elevado importe, y las empresas privadas que proveen de dichos servicios dentro de uno de los mercados críticos.
- Las terceras son las instituciones financieras que desempeñan un papel crítico en su mercado financiero, esto es: aquellas que tienen un porcentaje del mercado tan alto que por sí mismas son susceptibles de crear riesgo sistémico, y que en el documento de 2003 se concreta en un 5 por 100.

Los objetivos de continuidad, definidos por orden de prioridad, son los siguientes:

1. Completar los pagos pendientes de elevado importe.
2. Liquidar y compensar las transacciones que materialmente estén pendientes.
3. Cumplir las obligaciones de pago y garantía definidas para el cierre de la jornada de manera que se consigan los dos objetivos anteriores.
4. Gestionar las posiciones de riesgo de la entidad y de sus clientes de la mejor manera para que se puedan cumplir los objetivos anteriores.
5. Comunicar las posiciones de la empresa y de sus clientes y reconciliar los registros del día, de modo que se puedan cumplir los objetivos anteriores, y
6. Desarrollar todas las actividades de apoyo y funciones accesorias para poder efectuar las operaciones anteriores.

La experiencia del 11-S muestra que hay que estar preparados, y para ello hay tres elementos que son clave: los planes para contingencias, los centros de reserva (*back-up facilities*), y la simulación de catástrofes.

La primera actividad, pues, es elaborar planes de emergencia, identificando las actividades de compensación y liquidación que son claves para que funcionen los mercados financieros críticos. A continuación, deben determinarse objetivos de recuperación y restablecimiento que sean realistas y operativos. Las empresas tienen que ponerse un objetivo temporal que sea razonable y consistente con otros operadores del mercado, teniendo en cuenta que no sólo puede tener dificultades dentro de su organización, sino también problemas de infraestructura. Las organizacio-

nes que desempeñan papeles clave en el mercado, sin embargo, deben marcarse objetivos más ambiciosos. Sus planes tienen que incluir recuperar los datos y reanudar las operaciones en el mismo día y, como su ausencia puede producir la crisis del sistema de pagos, debería poner en funcionamiento sus sistemas y consolidar las posiciones de los grandes operadores no sólo dentro del mismo día, sino dentro de las dos horas siguientes a la interrupción. Las entidades que desempeñan papel clave en un mercado por negociar más del 5 por 100 de su volumen tienen igualmente obligaciones de recuperación más exigentes que el resto de entidades financieras. Sin embargo, a éstas no se les exige que reanuden sus operaciones en dos horas, como a los mercados, sino en cuatro.

Por lo que atañe a la dispersión geográfica de los edificios e instalaciones críticas, las instrucciones de la Reserva Federal (2003) son disponer de centros de reserva o *back-up facilities* y dotar a la estructura de una adecuada dispersión geográfica. Los centros de reserva pueden ser de dos tipos, o bien aquellos asíncronos, que reciben la información de las transacciones una vez completadas, o los centros que duplican la actividad de la ubicación principal, siendo estos preferidos por ser mucho más operativos y rápidos. El problema con los centros de reserva es que los acontecimientos graves pueden afectar también al centro de reserva, por lo cual es preciso que unos y otros no compartan la misma infraestructura, ni de transportes, ni de suministro de energía, ni de comunicaciones. No existen estándares concretos sobre la dispersión geográfica, pero se entiende que han de estar suficientemente separados. El otro problema con los centros de reserva es que tienen que tener a su cargo a personal que sea capaz de asumir decisiones operativas importantes y rápidas. Además, en el 11-S se puso de relieve que la conectividad es un problema muy serio, porque antes de los atentados se habían hecho simulacros de concesión con otras entidades desde el centro de reserva, pero la experiencia del 11-S fue que había que conectar con otros centros de reserva, lo cual no se había comprobado antes.

El tercer pilar de la preparación es la realización sistemática de simulacros para asegurarse de que se van a recuperar la conectividad, la capacidad y la integridad de los datos transmitidos. El documento de la Reserva Federal de 2003 estableció también un calendario de implantación en el que, tras tomar en consideración consideraciones de coste y beneficio, decidió no convertir el *Interagency Paper* en legislación obligatoria, sino mantenerlo como guía orientativa, también en parte por consideraciones de seguridad y por la propia evolución dinámica de los mercados. Sin embargo, exigió a los principales actores del mercado objetivos temporales. A las organizaciones de compensación y liquidación les marcó un objetivo temporal de preparación para el 2004, que después fue ampliado hasta 2005 a la vista de la cantidad de trabajo y de inversiones que estas *guidelines* implicaban. A las empresas que desarrollan papeles clave en sus mercados se les pidió que estuvieran listas en 2006, y al resto de entidades del mercado financiero se les pidió que los objetivos de *business continuity* fueran incorporados en su planificación estratégica.

Con el fin de seguir la evolución de las directrices, la Ley de Prevención del Terrorismo ³ de 2004 encargó a las Agencias federales competentes que realizasen un estudio sobre el grado de preparación del sector financiero privado. Los resultados, publicados por la Reserva Federal en abril

³ Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004, sección 7803 (e).

de 2006, muestran que de todas las organizaciones de compensación y liquidación que estaban situadas en Manhattan, todas excepto una han construido o reformado los centros de reserva en ubicaciones muy distantes de Nueva York. Muchos sistemas de compensación y liquidación trabajan simultáneamente desde la ubicación principal y la de reserva, e incluso alteran ocasionalmente su lugar principal de operaciones para el mejor funcionamiento de los planes de emergencia. También los bancos y las entidades que desempeñan un papel significativo en los mercados tienen implantados sus sistemas de seguridad incluyendo las ubicaciones adicionales los planes de emergencia y la preparación y revisión sistemática de los planes, aunque a fecha de abril de 2005 todavía había cinco entidades que estaban trabajando para implementar sus planes de emergencia, pero como están trabajando en ello y las expectativas de que se completen son buenas, la comisión inter-agencia no ha recomendado que se adopten medidas legislativas o ejecutivas para acelerar sus procesos.

LA CONTINUIDAD DE LOS SISTEMAS DE PAGO DEL BANCO CENTRAL EUROPEO (2005)

En abril de 2004 se reunió a puerta cerrada el Eurosistema para abordar el tema de la continuidad del negocio a la luz de los antecedentes de atentados terroristas, apagón de Nueva York y epidemias en Asia, y decidió elaborar un manual de continuidad del negocio para el sistema europeo de pagos TARGET para que los bancos centrales del sistema, y las instituciones tuvieran unas líneas maestras a la hora de dirigir sus esfuerzos dictando regulaciones para la continuidad del negocio.

El trabajo del Banco Central Europeo continúa la línea de los planes implantados en Estados Unidos, centrando su atención en tres elementos clave:

- La concepción de la continuidad del negocio como una estrategia de la empresa.
- La planificación adecuada.
- La experimentación de los planes y sistemas con regularidad.

La gerencia para la continuidad es así un desarrollo del Principio Básico VII de los «Core principles for systemically important payment systems» del Bank for International Settlements aprobados en 2001. El principio VII para sistemas de pagos importantes prescribe: «El sistema debería asegurar un alto nivel de seguridad y confianza operativa y debería incluir planes de contingencia para completar puntualmente el proceso diario de datos».

La primera recomendación del Banco Central Europeo es establecer una estrategia en términos de continuidad del negocio, que debe ir a cargo de personas de alto nivel dentro de la organización, y debe ser discutida regularmente en la Junta de Gobernadores de la misma. La segunda es identificar los elementos críticos para el funcionamiento del sistema. La tercera sería el establecimiento de

objetivos de recuperación del servicio dentro del mismo día y, en algunos casos, en dos horas. Además, debe definirse lo que se considera un mínimo nivel de servicio. Igual que en los planes de la Reserva Federal, los planes de emergencia deben contemplar una serie de escenarios de crisis alternativos basados en análisis de riesgos.

El segundo elemento son los edificios de reserva, que deben ser como mínimo uno y tener igualmente una separación geográfica adecuada, y depender en lo menos posible de las mismas infraestructuras de comunicación, transporte y suministro de energía. Además, el Banco Central Europeo recomienda la reserva sobre la ubicación de los edificios de reserva, para prevenir ataques coordinados a la central y a la reserva, así como el empleo de técnicas de *data mirroring* para reproducir los datos fundamentales del negocio.

Otro aspecto al que presta atención el Banco Central Europeo es al personal. El personal no debe estar reunido por completo en un mismo edificio nunca. Además, hay que promover sistemas de acceso remoto a los datos y automatizar la copia de ficheros de seguridad. También se definen obligaciones más estrictas para los agentes importantes en un mercado, que en este caso se definen no con un porcentaje fijo, como hemos visto en la Reserva Federal, sino marcando una franja de entre el 5 y el 20 por 100 de acuerdo con el mercado de que se trate.

Otro aspecto crítico es la estructura de comunicaciones. En Nueva York falló mucho la conectividad porque en las prácticas se había hecho siempre de la central a la ubicación de reserva y de la ubicación de reserva a otras centrales, pero nunca se había pensado en que tendrían que comunicarse entre centrales de reserva. Otro aspecto crítico es la definición de responsabilidades para que ante una crisis siempre haya personas que sean capaces de tomar decisiones. Por último, el Banco Central Europeo recomienda que se hagan simulacros y evaluaciones de los planes de seguridad por lo menos una vez al año, así como que se establezcan canales de comunicación sobre los planes de emergencia con otros participantes claves del negocio, con el debido nivel de confidencialidad.

LOS SIETE PRINCIPIOS DE ALTO NIVEL DE BASILEA

Aunque todavía con carácter provisional, porque el documento publicado está sometido a un proceso de crítica, el Comité de Basilea ha intentado generalizar lo más posible para que la continuidad del negocio sea una cuestión que preocupe igual a los mercados y a sus operadores y con el suficiente grado de generalidad para que sea universalmente válida. En consecuencia, los principios son bastante genéricos, y están concebidos como *guidelines* para que las autoridades de cada circunscripción tengan una directriz. Como veremos, también son bastante coherentes con los dos antecedentes que hemos señalado: la Fed y el Banco Central Europeo.

El primer principio de alto nivel es precisamente la generalidad. Esto significa que la gerencia para la continuidad se debe aplicar tanto a las autoridades financieras como a los participantes en los mercados. Además, este principio también indica que la responsabilidad de la gerencia para la continuidad reside en los directores y ejecutivos de mayor nivel.

El principio segundo determina que es necesario que los sujetos participantes y los mercados tengan planes de emergencia adecuados para la eventualidad de acontecimientos con capacidad de interrumpir el servicio y las operaciones.

El tercero afirma que los participantes de la industria deben definir objetivos concretos de recuperación que sean reflejo del riesgo que represente para el mercado su posición, lo que permite distinguir entre participantes críticos y otro tipo de participantes. Las autoridades financieras deben participar también en la definición de objetivos de recuperación.

El cuarto principio enfatiza la importancia de disponer de una estrategia de comunicación adecuada para la eventualidad de que las líneas habituales de comunicación queden afectadas. No sólo se refiere este principio a la comunicación de las entidades con el mundo exterior, sino también a la transmisión de instrucciones y directrices dentro de la propia organización.

El quinto principio subraya el caso especial de las comunicaciones transfronterizas, aconsejando a los mayores mercados y operadores que adopten protocolos de comunicación de emergencia.

El sexto principio enfatiza la necesidad de examinar periódicamente los planes de seguridad.

El último principio se aplica sólo a las autoridades de control, y se refiere a la necesidad de que entre las inspecciones de entidades se incluya una revisión de los planes de contingencia.

CONCLUSIÓN

La continuidad del negocio en los sistemas de pagos, en los bancos y agencias de valores es un aspecto crítico no sólo para la empresa bancaria, sino para la salud del sistema financiero en general y es la mejor prevención de que un elemento inesperado de gran magnitud no se transforme en una crisis sistémica. La gerencia para la continuidad y la planificación de escenarios de riesgo de interrupción del servicio son sus principales elementos, aunque en nuestro país parece que no han recibido hasta ahora la atención necesaria. Algunos consultores ofrecen servicios de planificación, pero se limitan a los aspectos de seguridad informática, como PEÑA (2005) o CAMPOS (2006), donde hay estándares establecidos internacionalmente como el ISO 17799 o el CobIT de la Information Systems audit. and Control Association.

Una vez que los Principios de Alto Nivel de Basilea sean publicados con carácter definitivo, parece inexcusable que los reguladores nacionales, incluido el Banco de España, dicten instrucciones, al menos con carácter orientador, para que no se descuide un aspecto que puede resultar fundamental, como las experiencias nos han enseñado.

BIBLIOGRAFÍA

- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. COMMITTEE ON PAYMENT AND SETTLEMENT SYSTEMS [2001]: «Core principles for systematically important payment systems»; <http://www.bis.org/publ/cpss43.pdf>.
- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION [2005]: «High-level principles for business continuity. Consultative document»; <http://www.bis.org/publ/joint14.pdf>.
- CAMPOS, María [2006]: «La continuidad del negocio en el sector financiero». *FinacialTech Magazine*. Número 63.
- CUMMING, Christine M. [2002]: «El 11 de septiembre y el sistema de pagos». *Finanzas y desarrollo*. Marzo de 2002.
- DEPARTMENT OF THE TREASURY [1999]: «Joint report on progress strengthening the international financial architecture»; <http://www.treasury.gov/press/releases/reports/cologne.pdf>.
- EUROPEAN CENTRAL BANK [2005]: «Payment Systems and Business Continuity»; <http://www.ecb.int/ecb/pdf/cons/paysysbusinesscontinuity/paysysbusinesscontinuity.pdf>.
- FEDERAL FINANCIAL INSTITUTION EXAMINATION COUNCIL: «Lessons learned from the Year 2000 Project»; www.federalreserve.gov/boarddocs/SRLETTERS/2000/SR0005.htm.
- FEDERAL RESERVE BOARD [2003]: «Interagency paper to strengthen the resilience of the US financial system»; <http://www.federalreserve.gov/BoardDocs/Press/bcreg/2003/20030408/attachment.pdf>.
- [2006]: «Joint Report on efforts of the private sector to implement the *Interagency paper to strengthen the resilience of the US financial System*»; <http://www.sec.gov/news/press/studies/2006/soundpractices.pdf>.
- FINANCIAL INSTITUTIONS EXAMINATIONS COUNCIL [2003]: «Business Continuity Planning»; http://www.ffiec.gov/ffiecinfobase/booklets/bcp/bus_continuity_plan.pdf.
- FINANCIAL SERVICES AUTHORITY [2005]: «Resilience Benchmarking Project: work done by the financial authorities to promote the resilience of the UK financial sector»; <http://www.fsc.gov.uk/upload/public/Files/9/Web%20-%20Res%20Bench%20Report%2020051214.pdf>.
- GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE –GAO– [2002]: «Critical Infrastructure Protection»; <http://www.gao.gov/new.items/d02474.pdf>.
- PEÑA IBARRA, José [2005]: «Gobierno de TI y continuidad del negocio»; <http://www.borrmart.es>.

 **MARÍA DOLORES SALVADOR MONTIEL***Universidad de La Coruña***Extracto:**

EN el presente trabajo analizamos el tratamiento contable dado por la normativa internacional al fondo de comercio que surge en las combinaciones de negocios, normativa que, por otra parte, ha sido adoptada por la Unión Europea. La aprobación de la NIIF-3 introdujo importantes cambios en el tratamiento contable de las combinaciones de negocios en relación con la derogada NIC-22. Por lo que se refiere al fondo de comercio, destaca el reconocimiento del fondo de comercio negativo como ingreso del ejercicio. No obstante, el cambio de mayor impacto ha sido la eliminación de la amortización sistemática estableciendo en su lugar la prueba del deterioro de valor de acuerdo con los criterios señalados en la NIC-36. En tal sentido, si bien dicho cambio ha representado un acercamiento de las normas internacionales a las normas americanas permitiendo de este modo un mayor grado de comparabilidad de los estados financieros, dado que el test de deterioro está sujeto a una serie de estimaciones encaminadas a determinar el valor recuperable de las UGE a las que se ha distribuido el fondo de comercio, cuestionamos el grado de fiabilidad de la información contable cuando se reconocen pérdidas por deterioro.

Sumario:

1. Introducción.
2. Reconocimiento y valoración inicial del fondo de comercio.
3. Contabilidad inicial de la combinación determinada de forma provisional.
4. Ajustes al fondo de comercio una vez completada la contabilización inicial.
 - 4.1. Correcciones de errores.
 - 4.2. Contingencias debidas a eventos futuros.
 - 4.3. Reconocimiento de activos por impuestos diferidos.
5. Valoración del fondo de comercio con posterioridad a su reconocimiento inicial.
6. Información sobre el fondo de comercio a revelar en los estados financieros.
7. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El fondo de comercio es una partida vinculada de manera muy especial a las combinaciones de negocios. Es uno de los aspectos contables de tales operaciones que ha suscitado mayor atención en el panorama internacional debido fundamentalmente al cambio en las soluciones contables que ha introducido la NIIF-3 aprobada en marzo de 2004 ¹ en relación con su antecesora la NIC-22 ².

La trascendencia del fondo de comercio estriba, principalmente, en el impacto que tiene sobre las cuentas de resultados de la entidad adquirente posteriores a la combinación, impacto que resultará distinto según la solución contable adoptada. En tanto que la NIC-22 requería que el fondo de comercio fuera amortizado sistemáticamente a lo largo de su vida útil y contenía una presunción refutable de que la misma no excedía de 20 años, la NIIF-3 ha suprimido la amortización sistemática y en su lugar ha establecido la realización de un test de deterioro como mínimo con carácter anual para evaluar las posibles pérdidas por deterioro.

Respecto al fondo de comercio negativo, de acuerdo con la NIC-22:

- a) Si estaba relacionado con pérdidas o gastos futuros identificados en el plan de adquisición de la entidad adquirente, se difería y reconocía como ingreso en el mismo período en que fueran reconocidas dichas pérdidas y gastos.
- b) Si no estaba relacionado con pérdidas o gastos futuros identificados en el plan de adquisición de la adquirente, se reconocía como ingreso por el importe del fondo de comercio negativo que no excediese el total del valor razonable de los activos no monetarios identificables adquiridos, utilizando una base sistemática a lo largo del promedio ponderado de vida útil de los activos identificables adquiridos, y por el exceso restante, de forma inmediata.

¹ Hemos de tener en cuenta que la aprobación de la NIIF-3 ha conllevado una nueva redacción de las NIC 36 y 38.

² Un análisis de la NIC-22 puede verse en ROJO y HARO (2004).

Por su parte, la actual NIIF-3 reconoce el fondo de comercio negativo como ingreso, pues el exceso de la participación de la adquirente en el valor razonable neto de la adquirida sobre el coste de la combinación, una vez reconsideradas la identificación y medición de los activos, de los pasivos y de los pasivos contingentes identificables de la adquirida, así como el coste de la combinación, se reconocerá como ganancia en el resultado del ejercicio.

Además, es preciso destacar que la cuantía del fondo de comercio en los estados financieros de las entidades adquirentes tendrá una mayor importancia derivada del hecho de que la NIIF-3 ha suprimido el método de la unión de intereses para el registro de las combinaciones de negocios y ha establecido como único método contable el de la adquisición, con lo cual es previsible que el fondo de comercio aflore en un número mayor de estados financieros de las empresas adquirentes.

En este trabajo analizamos el tratamiento contable dado por la normativa internacional al fondo de comercio con origen en una combinación de negocios, normativa que, por otra parte, ha sido adoptada por la Unión Europea a través del Reglamento (CE) n.º 2236/2004 de la Comisión, de 29 de diciembre de 2004.

2. RECONOCIMIENTO Y VALORACIÓN INICIAL DEL FONDO DE COMERCIO

Respecto al fondo de comercio positivo, de acuerdo con la NIIF-3 (p. 51), la entidad adquirente, en la fecha de adquisición, reconocerá como un activo el fondo de comercio adquirido en la combinación de negocios y lo valorará inicialmente por su coste ³.

El coste del fondo de comercio será la diferencia entre el coste de la combinación y la participación de la adquirente en el valor razonable neto de los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables adquiridos que cumplan con los criterios de reconocimiento indicados en el párrafo 37 de la norma ⁴.

Dicho coste representa el pago anticipado que realiza la empresa adquirente por los beneficios económicos a obtener en el futuro de los activos que no hayan podido ser identificados individualmente y reconocidos por separado (NIIF-3, p. 52). En definitiva, el fondo de comercio se valorará por el coste residual de la combinación de negocios después de reconocer los activos, pasivos y pasivos contingentes adquiridos (NIIF-3, p. 53).

³ Según lo indicado en la NIIF-3 el fondo de comercio atribuible a los intereses minoritarios no se reconoce en los estados financieros consolidados. No obstante, el IASB ha publicado en 2005 un borrador en el que incorpora al tratamiento de las combinaciones de negocios el método del fondo de comercio total.

⁴ Con excepción de los activos no corrientes, o grupos enajenables de elementos, que se clasifiquen como mantenidos para la venta, de acuerdo con lo dispuesto en la NIIF-5 *Activos no corrientes mantenidos para la venta y actividades interrumpidas*, que se reconocerán por su valor razonable deducidos los costes de venta correspondientes.

El Consejo del IASB en los fundamentos de sus conclusiones (NIIF-3, BC 130) explica que el fondo de comercio puede estar integrado por los siguientes componentes:

- a) Valor razonable del elemento «empresa en funcionamiento». Este elemento representa la capacidad de la empresa adquirida para obtener un rendimiento mayor del conjunto de activos netos que de los activos netos individualmente considerados. Dicho valor procede de las sinergias de los activos netos de la adquirida, así como de otros beneficios tales como factores relacionados con imperfecciones del mercado incluida la capacidad de obtener beneficios monopolísticos y de barreras de entrada al mercado.
- b) Valor razonable de las sinergias esperadas resultantes de la combinación de los activos netos de la adquirida con los de la adquirente. Estas sinergias y otros beneficios son únicos para cada combinación de negocios, diferentes combinaciones producen también sinergias diferentes y, por lo tanto, distintos valores.
- c) Exceso de precio pagado por la entidad adquirente.
- d) Errores en la medida y reconocimiento del valor razonable del coste de la combinación de negocios o de los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables de la adquirida; o la exigencia de una norma contable de medir esos elementos identificables por un importe que no sea su valor razonable.

El Consejo estima más relevante para el usuario de los estados financieros la activación del fondo de comercio y no su consideración como gasto teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Es imposible distinguir entre los componentes del fondo de comercio.
2. Sólo los dos primeros componentes cumplen con la definición de activos, pues el tercero y el cuarto no representan ningún recurso para la empresa.
3. Si la valoración y reconocimiento de los activos, pasivos y pasivos contingentes son correctos, es probable que los dos primeros componentes tengan una importancia relativa mayor que los dos últimos.

Por lo que se refiere al fondo de comercio negativo, si la participación de la empresa adquirente en el valor razonable neto de los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables y reconocidos, excede al coste de la combinación, la adquirente procederá de la siguiente forma (NIIF-3, p. 56):

- a) Reconsiderará la identificación y valoración de los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables adquiridos y reconocidos de acuerdo con el párrafo 36, y también el coste de la combinación.
- b) Después de la reconsideración anterior, si sigue existiendo exceso de la participación en el valor razonable neto de los activos, pasivos y pasivos contingentes sobre el coste; dicho exceso se reconocerá como una ganancia del ejercicio en la cuenta de resultados.

El fondo de comercio negativo podría ser consecuencia de alguno de los siguientes factores (NIIF-3, p. 57):

1. Errores en la valoración de los elementos de la entidad adquirida o en el coste de la combinación. Una potencial causa de estos errores podrían ser costes futuros posibles de la adquirida que no han sido reflejados correctamente en el valor razonable de los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables de la misma.
2. Que se hayan reconocido ciertos elementos patrimoniales por un importe que no sea su valor razonable, pero que se considere su valor razonable a los efectos de distribuir el coste de la combinación (por ejemplo, es el caso de los activos y pasivos fiscales que se deben reconocer por su valor no descontado).
3. Que se haya realizado la compra en términos muy ventajosos.

Cuando la combinación de negocios se realiza por etapas y en consecuencia implica más de una transacción de intercambio, cada transacción se tratará de forma separada por la entidad adquirente, lo cual supondrá realizar en cada una de las etapas una comparación entre el coste de las inversiones correspondientes y la participación de la adquirente en los valores razonables de los activos, de los pasivos y de los pasivos contingentes identificables de la entidad adquirida a los efectos de determinar el valor del fondo de comercio correspondiente, en su caso, a cada transacción (NIIF-3, p. 58).

La valoración y reconocimiento del fondo de comercio se resumen en el **cuadro 1**.

Cuadro 1. Valoración y reconocimiento del fondo de comercio.

Valoración	Signo de la diferencia	Reconocimiento
Diferencia entre el coste de la combinación y la participación de la entidad adquirente en el valor razonable neto de los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables de la adquirida.	Positivo: Fondo de comercio positivo.	Activo.
	Negativo: Fondo de comercio negativo.	Ganancia del ejercicio.

3. CONTABILIDAD INICIAL DE LA COMBINACIÓN DETERMINADA DE FORMA PROVISIONAL

El registro inicial de la combinación supone identificar y determinar los valores razonables asignados a los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables, así como del coste de la combinación (NIIF-3, p. 61).

Si este registro inicial se pudiera determinar sólo de forma provisional, la entidad adquirente contabilizará dichos valores provisionales, y reconocerá para completar la contabilización inicial, cualquier ajuste que realice a esos valores provisionales en el plazo de los 12 meses desde la fecha de adquisición y con efectos en esa fecha. Lo cual implicaría, en su caso, corregir el valor razonable de los activos, pasivos y pasivos contingentes de la entidad adquirida, y en consecuencia ajustar el importe del fondo de comercio (NIIF-3, p. 62).

4. AJUSTES AL FONDO DE COMERCIO UNA VEZ COMPLETADA LA CONTABILIZACIÓN INICIAL

4.1. Correcciones de errores.

Los ajustes al registro inicial de una combinación de negocios efectuados una vez que dicha contabilización inicial se haya completado, se tratarán como correcciones de errores de acuerdo con lo indicado en NIC-8 *Políticas contables, cambios en las estimaciones contables y errores*. Con excepción de los ajustes por contingencias debidas a eventos futuros y los ajustes de activos por impuestos diferidos reconocidos posteriormente a la combinación (NIIF-3, p. 63).

De acuerdo con la NIC-8, la corrección de un error se ha de contabilizar de forma retroactiva, esto es, presentando los estados financieros como si nunca se hubiera cometido el error mediante la reexpresión de la información comparativa del ejercicio anterior en el que el error tuvo lugar. De este modo, el importe en libros del activo, del pasivo o pasivo contingente identificable adquirido que se hubiere reconocido o ajustado como consecuencia de la corrección de un error, se calculará como si su valor razonable o su valor razonable ajustado se hubieran reconocido en la fecha de adquisición.

El fondo de comercio positivo o la ganancia reconocida en un ejercicio anterior (fondo de comercio negativo) se ajustarán retroactivamente por el valor razonable o el ajuste al valor razonable en la fecha de adquisición del activo, pasivo o pasivo contingente identificable reconocido o ajustado (NIIF-3, p. 64).

4.2. Contingencias debidas a eventos futuros.

Cuando un acuerdo de combinación de negocios prevea un ajuste al coste de la combinación que dependa de uno o más sucesos futuros, la entidad adquirente incluirá el importe del ajuste en el coste de la combinación en la fecha de adquisición; siempre que el ajuste sea probable y pueda ser valorado de forma fiable (NIIF-3, p. 32).

Si se prevén ajustes al coste de la combinación que son contingentes, dependiendo de uno o más eventos futuros como, por ejemplo, de la consecución de un nivel específico de resultados en ejercicios futuros o de que se mantenga el precio de mercado de los títulos emitidos. En el registro

inicial de la combinación normalmente es posible estimar, aunque exista cierto grado de incertidumbre, el importe de cualquier ajuste sin que por ello pierda fiabilidad la información; si posteriormente hubiese que revisar las estimaciones o no ocurriesen los sucesos, el coste de la combinación se ajustará de acuerdo con las nuevas circunstancias (NIIF-3, p. 33).

También puede ocurrir que el acuerdo de combinación prevea tales ajustes pero que en el momento del registro inicial de la operación no se considere probable su ocurrencia o no se puedan valorar de forma fiable, por lo que no se incluirán en el coste de la combinación. Sólo si posteriormente el ajuste se convirtiera en probable y pudiera valorarse con fiabilidad, se contabilizará como ajuste al coste de la combinación (NIIF-3, p. 34).

Sin embargo, no se reconocerá ningún incremento en el coste de la combinación de negocios cuando la entidad adquirente se obligue a realizar pagos posteriores al vendedor como compensación por una disminución en el valor de los activos entregados, instrumentos de patrimonio emitidos o de los pasivos incurridos o asumidos por la adquirente a cambio del control de la adquirida.

En el caso de los instrumentos de patrimonio neto, el valor razonable de los pagos adicionales se compensará con una reducción en el valor atribuido a los instrumentos emitidos inicialmente. Si se tratara de instrumentos de deuda, el pago adicional se considerará como una reducción de la prima o como un aumento en el descuento de la emisión inicial (NIIF-3, p. 35).

En resumidas cuentas, los ajustes por contingencias debidas a eventos futuros que cumplan con los requerimientos de los párrafos anteriores, se deben contabilizar como ajustes al coste de la combinación, por lo que dichos ajustes afectarán a la cuantía del fondo de comercio.

4.3. Reconocimiento de activos por impuestos diferidos.

Como señala el párrafo 65 de la NIIF-3, si cuando se contabiliza inicialmente la combinación de negocios, el beneficio potencial de las pérdidas fiscales que la entidad adquirida tenga derecho a compensar en el futuro o de otros activos por impuestos diferidos, no cumpliesen los criterios establecidos en su párrafo 37 para su reconocimiento por separado como activos identificables, pero ese beneficio potencial se realizara posteriormente, la entidad adquirente reconocerá dicho beneficio como ingresos de acuerdo con la NIC-12 *Impuesto sobre las ganancias*.

Por lo que se refiere al fondo de comercio, la entidad adquirente reducirá su valor en libros hasta el importe que se habría reconocido en el caso de que el activo por impuestos diferidos se hubiera reconocido como activo identificable desde la fecha de adquisición. La citada reducción se registrará con cargo a una cuenta de gastos.

No obstante, esta forma de proceder no dará lugar a la creación de un fondo de comercio negativo ni tampoco podrá incrementar el valor del mismo cuando se ha reconocido previamente como ganancia.

El **cuadro 2** refleja los posibles ajustes al fondo de comercio una vez completada la contabilización inicial.

Cuadro 2. Ajustes al fondo de comercio una vez completada la contabilización inicial.

Correcciones de errores	Contingencias debidas a eventos futuros	Reconocimiento de activos por impuestos diferidos
El fondo de comercio positivo o negativo se ajustará retroactivamente a la fecha de adquisición del activo o pasivo identificable reconocido o ajustado.	- Condiciones para el reconocimiento del ajuste al coste de la combinación: que sea probable y se pueda valorar con fiabilidad. - Contingencias que no representan ajustes al coste de la combinación: cuando se trate de realizar pagos posteriores al vendedor como compensación por la disminución en el valor de los activos entregados, instrumentos de patrimonio emitidos, o pasivos incurridos o asumidos por la adquirente a cambio del control de la adquirida.	- La entidad adquirente: reconocerá el activo por impuestos diferidos con abono a una cuenta de ingresos. - Al mismo tiempo, reducirá el valor en libros del fondo de comercio con cargo a una cuenta de gastos, lo cual no podrá dar lugar a un fondo de comercio negativo ni a un incremento en el valor del mismo.

5. VALORACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO CON POSTERIORIDAD A SU RECONOCIMIENTO INICIAL

Después del reconocimiento inicial del fondo de comercio adquirido en una combinación de negocios, la entidad adquirente lo valorará por su coste menos las pérdidas por deterioro del valor acumuladas (NIIF-3, p. 54).

El fondo de comercio no se amortiza, pero la entidad adquirente analizará el deterioro de su valor con carácter anual, o con una frecuencia mayor si existieran eventos o cambios en las circunstancias indicativos de que el valor ha podido sufrir un deterioro, de acuerdo con la NIC-36 *Deterioro del valor de los activos* (NIIF-3, p. 55).

A los efectos de determinar el valor del deterioro del fondo de comercio, hemos de considerar que es un activo que por sí solo, de una manera aislada, no es capaz de generar flujos de efectivo, para lo cual depende de otros activos o grupos de activos.

Por tanto, para comprobar el deterioro del valor, un primer paso sería identificar la unidad o el grupo de unidades generadoras de efectivo a la que pertenece el fondo de comercio (NIC-36, p. 80 a 87), en adelante UGE, es decir, aquella unidad o unidades que se beneficiaran de las sinergias de la combinación de negocios. Después, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 90 de la NIC-36, la UGE a la que se ha distribuido el fondo de comercio se someterá a la comprobación

del deterioro del valor con carácter anual, y también cuando existan indicios de que la unidad podría haberse deteriorado, para lo cual se compara el importe en libros de la unidad, incluido el fondo de comercio, con el importe recuperable de la misma. Si el importe en libros de la unidad excediese su importe recuperable, la entidad reconocerá la pérdida por deterioro del valor ⁵.

La pérdida por deterioro se distribuirá para reducir el importe en libros de los activos que componen la unidad, reduciendo en primer lugar el importe en libros del fondo de comercio adquirido asociado a la UGE, a continuación a los demás activos de la UGE. Al distribuir la pérdida por deterioro, la entidad no podrá reducir el importe en libros del fondo de comercio por debajo del mayor valor de los siguientes: valor razonable menos costes de venta (si se pudiese determinar); su valor en uso (si se pudiese determinar); y cero (NIC-36, p. 104).

La NIC-36 no permite la reversión en los ejercicios siguientes de las pérdidas por deterioro del fondo de comercio, por considerar que el incremento en el importe recuperable del fondo de comercio en los ejercicios siguientes al reconocimiento de una pérdida por deterioro en su valor es probable que se corresponda con un aumento del valor del fondo de comercio generado internamente, y no con una reversión de la pérdida por deterioro reconocida en ejercicios anteriores para el fondo de comercio adquirido (p. 124 y 125).

La supresión de la amortización del fondo de comercio es una de las novedades principales que introduce la NIIF-3 respecto a la derogada NIC-22. En relación con este punto, durante el proceso de elaboración de la NIIF-3 se contemplaron tres propuestas (BC 137):

1. Amortizar el fondo de comercio por el método lineal y aplicar el test de deterioro en los casos en que existieran indicios de pérdidas de valor (posición mantenida en la antigua NIC-22).
2. No amortizar el fondo de comercio pero sí aplicar el test de deterioro con carácter anual o con mayor frecuencia si ocurren eventos o cambios en las circunstancias que indican que su valor se ha deteriorado.
3. Permitir a las empresas escoger entre las propuestas 1 y 2.

Una parte de los comentaristas del borrador en el que se ha basado la NIIF-3 han defendido la primera propuesta con los siguientes argumentos (BC 139):

- a) El fondo de comercio adquirido es un activo que se consume y es reemplazado, en su caso, por el fondo de comercio generado internamente. La amortización permitiría reconocer la pérdida de valor del fondo de comercio adquirido sin el reconocimiento del fondo de comercio interno de acuerdo con la prohibición de la NIC-38.

⁵ Como señala la NIC-36, *el importe recuperable* de un activo o de una unidad generadora de efectivo es el mayor entre su valor razonable menos los costes de venta y su valor de uso.

Siendo *el valor razonable menos los costes de venta* el importe que se puede obtener por la venta de un activo o unidad generadora de efectivo en una transacción realizada en condiciones de independencia mutua entre partes interesadas y debidamente informadas, menos los costes de enajenación o disposición por otra vía. Y *el valor de uso*, el valor actual de los flujos futuros de efectivo estimados que se espera obtener de un activo o unidad generadora de efectivo.

- b) Conceptualmente, la amortización es un método para la distribución del coste del fondo de comercio adquirido entre los períodos en los que el mismo se consume y consistente con el tratamiento dado a otros activos intangibles o tangibles fijos cuya vida útil no es indefinida.
- c) La vida útil del fondo de comercio no se puede estimar con un nivel satisfactorio de fiabilidad. Sin embargo, la amortización sistemática durante un período determinado, aunque arbitrario, proporciona un valor de coste prudente y operativo y es la única solución al problema de cuantificar las pérdidas de valor del fondo de comercio.

No obstante, en relación con el apartado a), el Consejo ha considerado que dadas las dificultades para predecir la vida útil del fondo de comercio, la carga por amortización se fijaría de una manera arbitraria lo cual resta utilidad a la información que se ofrece a los usuarios de los estados financieros. Asimismo, duda acerca de que la amortización refleje el consumo del fondo de comercio adquirido mientras que es reemplazado por el fondo de comercio generado internamente y este último no es reconocido (BC 140).

Respecto al apartado b), el Consejo concluye con que la vida útil del fondo de comercio no se puede estimar de la misma forma que la de los activos fijos tangibles relacionada directamente, entre otros factores, con su duración física (BC 141).

Por tanto, el Consejo se reafirma en que el test de deterioro realizado según lo establecido en la NIC-36, con carácter anual o con mayor frecuencia si eventos o cambios en las circunstancias proporcionan indicios de que el fondo de comercio ha perdido valor, proporciona una información más útil a los usuarios de los estados financieros que la amortización (BC 142).

Sin embargo, no todos los miembros del Consejo estuvieron de acuerdo con la supresión de la amortización (DO8 a DO16). Mientras que WHITTINGTON reconoció que ningún método logra el objetivo de medir el consumo del fondo de comercio adecuadamente, y esa dificultad surge de la propia naturaleza del fondo de comercio. Él mismo y YAMADA se pronunciaron a favor de un procedimiento mixto, amortización y deterioro. Consideraron que la carga por amortización se fija de forma arbitraria, pero que es un método muy extendido, simple, transparente y fácil de comprender en la práctica. Argumentan, además, que la supresión de la amortización a favor del deterioro es una propuesta inconsistente con el no reconocimiento del fondo de comercio generado internamente ⁶.

Por su parte, YAMADA considera que la prueba del deterioro no es transparente ni representa un método fiable para el registro contable de las pérdidas de valor del fondo de comercio adquirido, siendo extremadamente complejos y costosos los requerimientos propuestos en la NIC-36.

⁶ El registro de las pérdidas de valor del fondo de comercio no es un tema pacífico en la doctrina contable, aparte de las opiniones disidentes de los miembros del Consejo del IASB, pueden verse otras que tampoco están de acuerdo con la supresión de la amortización como son las expresadas por CEA (2002), MAINES y OTROS (2004).

La tercera propuesta que dejaba libertad a las empresas para amortizar el fondo de comercio o registrar pérdidas por deterioro en su valor, se descartó porque impedía la comparación de la información financiera (BC 138).

Una síntesis de la valoración del fondo de comercio con posterioridad a su reconocimiento inicial se recoge en el **cuadro 3**.

Cuadro 3. Valoración del fondo de comercio con posterioridad a su reconocimiento inicial.

- No se amortiza.
- Se somete a la prueba de deterioro como mínimo con carácter anual, considerando que existe deterioro si el importe en libros de la UGE a la que pertenece el fondo de comercio excede a su valor recuperable.
- Las pérdidas por deterioro no revierten en ejercicios futuros, dado que el incremento en el valor recuperable del fondo de comercio es probable que corresponda a un aumento en el valor del fondo de comercio generado internamente.

6. INFORMACIÓN SOBRE EL FONDO DE COMERCIO A REVELAR EN LOS ESTADOS FINANCIEROS

La NIIF-3 (p. 66-77) requiere una información a revelar en la memoria sobre el fondo de comercio bastante extensa. A la requerida en la propia norma añade por remisión la que demanda la NIC-36 sobre el importe recuperable y el deterioro del fondo de comercio. De este modo, indica:

- La entidad adquirente revelará la información que permita a los usuarios de sus estados financieros evaluar la naturaleza y efectos financieros de las combinaciones de negocios que haya efectuado durante el ejercicio, y después de la fecha del balance pero antes de que los estados financieros hayan sido formulados.

Para dar cumplimiento al requerimiento anterior, en relación con el fondo de comercio, la adquirente ha de revelar información sobre el importe del fondo de comercio negativo y la cuenta de resultados en la que se haya reconocido la ganancia, así como una descripción de los factores que hayan contribuido al coste que ha tenido como consecuencia el reconocimiento de un fondo de comercio –descripción de cada uno de los activos intangibles que no han sido reconocidos por separado del fondo de comercio, junto con una explicación de por qué el valor razonable de los activos intangibles no ha podido ser medido de forma fiable– o, en su caso, una descripción de la naturaleza del fondo de comercio negativo reconocido como ganancia.

- Por otra parte, la entidad adquirente revelará la información que permita a los usuarios de sus estados financieros evaluar los cambios en el importe en libros del fondo de comercio durante el ejercicio.

Para cumplir este objetivo, la entidad revelará la conciliación del importe en libros del fondo de comercio entre el principio y el final del ejercicio, mostrando por separado la siguiente información:

- a) El importe bruto del mismo y las pérdidas por deterioro de valor acumuladas al principio del ejercicio.
 - b) El fondo de comercio adicional reconocido durante el período, con excepción del fondo de comercio que se haya incluido en un grupo enajenable de elementos que, en el momento de la adquisición, cumpla los criterios para ser clasificado como mantenido para la venta, de acuerdo con lo indicado en la NIIF-5.
 - c) Los ajustes que se hayan efectuado durante el ejercicio como consecuencia del reconocimiento posterior de activos por impuestos diferidos.
 - d) El fondo de comercio incluido en un grupo enajenable de elementos que se haya clasificado como mantenido para la venta, de acuerdo con la NIIF-5, así como el dado de baja durante el período sin que hubiera sido incluido previamente en ningún grupo enajenable de elementos clasificado como mantenido para la venta.
 - e) Las pérdidas por deterioro de valor reconocidas durante el ejercicio de acuerdo con la NIC-36.
 - f) Las diferencias netas de cambio surgidas durante el período, de acuerdo con lo indicado en la NIC-21 *Efectos de las variaciones en los tipos de cambio de la moneda extranjera*.
 - g) Otros cambios del importe en libros durante el ejercicio.
 - h) El importe bruto del fondo de comercio y pérdidas por deterioro de su valor acumuladas al cierre del ejercicio.
- La entidad revelará, además, información sobre el importe recuperable y sobre el deterioro del valor del fondo de comercio requerida por la NIC-36. En síntesis mostrará la siguiente información (NIC-36, p. 126 a 137):
 - El importe de las pérdidas por deterioro reconocidas en el ejercicio así como la partida en la que tales pérdidas se han incluido.
 - Información sobre los eventos y circunstancias que han llevado al reconocimiento de las pérdidas por deterioro.
 - Si la pérdida por deterioro es de cuantía significativa, además de los requerimientos de los dos apartados anteriores, la entidad revelará: 1) una descripción de la UGE que con-

tiene el fondo de comercio. 2) Descripción de los criterios utilizados para determinar el valor recuperable cuando se ha determinado por diferencia entre el valor razonable y los costes de venta. 3) Si el valor recuperable se ha considerado igual al valor en uso, información sobre las tasas de descuento utilizadas en las estimaciones actuales y, en su caso, en las efectuadas anteriormente del valor en uso.

- Si el fondo de comercio no se ha distribuido a ninguna UGE, el importe no distribuido así como una explicación de las razones por las que no se distribuyó.
- Por último, una descripción de las estimaciones utilizadas para medir el importe recuperable de las UGE que contienen el fondo de comercio.

Resumimos en el **cuadro 4** los aspectos del fondo de comercio sobre los cuales la entidad adquirente ha de informar en la memoria.

Cuadro 4. Información a revelar en la memoria sobre el fondo de comercio.

- El importe del fondo de comercio negativo y la cuenta de resultados en la que se haya reconocido la ganancia.
- Descripción de los factores que hayan contribuido al reconocimiento del fondo de comercio y descripción, en su caso, de la naturaleza del fondo de comercio negativo.
- Información sobre los cambios del importe en libros del fondo de comercio.
- Información requerida por la NIC-36 sobre el importe recuperable y sobre el deterioro de valor.

7. CONCLUSIONES

El cambio más significativo que ha introducido la NIIF-3 en relación con el fondo de comercio es la eliminación de la amortización y el establecimiento en su lugar del test de deterioro. Éste es un tema polémico para la doctrina contable y también lo fue en el contexto de la NIIF, pues como hemos dejado expuesto no todos los miembros del Consejo del IASB estuvieron de acuerdo con la propuesta adoptada.

Es difícil encontrar argumentos en los que fundamentar el carácter no depreciable del fondo de comercio, dado que la propia NIIF-3 lo reconoce en el activo del balance y lo define como el pago anticipado que realiza la entidad adquirente por los beneficios económicos a obtener en el futuro de los activos del negocio adquirido que no hayan podido ser identificados individualmente y reconocidos por separado. Por esa razón, su importe se debería imputar de manera sistemática contra los resultados de ejercicios futuros y recuperar de forma líquida aquello que se pagó por anticipado.

Por otra parte, si no se admite la amortización sistemática, realmente se estaría incorporando al activo el fondo de comercio generado internamente, el cual, por congruencia se debería reflejar en el balance, y esto es algo que prohíbe la NIC-38.

Incluso asumiendo el riesgo de determinar una vida útil para el fondo de comercio de forma arbitraria, creemos más prudente la amortización sistemática que la prueba del deterioro dado el entorno de incertidumbre que rodea dicha prueba.

Así, el control de los beneficios generados por el fondo de comercio adquirido es un problema complicado de resolver y la cuestión que se plantea es el grado de fiabilidad de la información contable cuando se reconocen pérdidas por deterioro para cuya valoración es necesario realizar estimaciones en el cálculo del valor recuperable de las UGE a las que se ha distribuido el fondo de comercio.

No obstante, la valoración del fondo de comercio por su coste menos las pérdidas por deterioro está en consonancia con la normativa estadounidense, permitiendo de esta forma alcanzar un mayor grado de comparabilidad de la información contable en el escenario actual de globalización de los mercados donde se desenvuelven muchas combinaciones de negocios. Lo cual evita al mismo tiempo un tratamiento de desventaja competitiva para las empresas europeas respecto a las americanas debido a la distinta imagen informativa que aquellas ofrecerían derivada del registro de la amortización del fondo de comercio en sus cuentas de resultados.

En definitiva, en aras de la relevancia, pero pretendiendo un mayor grado de fiabilidad de la información contable, en nuestra opinión resultaría más apropiada una solución mixta: amortización del fondo de comercio e información sobre su deterioro a revelar en la memoria de acuerdo con los requerimientos de la NIIF-3.

BIBLIOGRAFÍA

CEA GARCÍA, J.L. [2002]: «En el umbral de la reforma de la regulación contable española ante la adaptación del modelo IASB. Algunas reflexiones desde una disidencia parcial pero sustancial con el Libro Blanco para la reforma de la contabilidad en España». *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, n.º 236, págs. 153-198.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IASB) [revisada en 1998]: Norma Internacional de Contabilidad, n.º 22 (NIC-22). «Combinaciones de negocios».

- [2003]: *Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF). Texto completo de las Normas Internacionales de Información Financiera emitidas a 1 de enero de 2003*. Traducción al español publicada por CISSPRAXIS con autorización de la IASCF.
- [aprobada en 2004]: Norma Internacional de Información Financiera 3 (NIIF-3). «Combinaciones de negocios».

- [aprobada en 2004]: Norma Internacional de Contabilidad n.º 36 (NIC-36). «Deterioro del valor de los activos».
- [revisada en 2004]: Norma Internacional de Contabilidad n.º 38 (NIC-38). «Activos Intangibles».
- [2005]: *Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF). Texto completo de las Normas Internacionales de Información Financiera emitidas a 1 de enero de 2005*. Traducción al español publicada por CISSPRAXIS con autorización de la IASCF.
- [2005]: *Basis for Conclusions on Exposure Draft of Proposed Amendments to IFRS 3 Business Combinations. Comments to be received by 28 October 2005*.
- [2006]: *International Financial Reporting Standards (IFRSs). London. IASCF*. Incluyendo los documentos asociados: Basis for Conclusions (BC), Dissenting opinions (DO) e Illustrative Examples (IE).

MAINES, L.A.; BARTOV, E.; BEATTY, A.L.; BOTOSAN, CH. A.; FAIRFIELD P.M.; HIRST, E.; IANNOCONI, T.E.; MALLET, R.; VENKATACHALAM, M. y VINCENT, L. [2004]: «Commentary on the IASBs Exposure Draft on Business Combinations. AAA Financial Accounting Standards Committee». *Accounting Horizons*, vol 18, n.º 1, march, págs. 55-64.

REGLAMENTO (CE) n.º 2236/2004 de la Comisión, de 29 de diciembre de 2004, que modifica el Reglamento (CE) n.º 1725/2003 por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) números 1,3 a 5, a las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) números 1, 10, 12, 14, 16 a 19, 22, 27, 28, 31 a 41 y las interpretaciones del Comité de Interpretación de Normas (SIC) números 9, 22, 28 y 32. BOICAC n.º 60 (diciembre 2004).

ROJO RAMÍREZ, A. y HARO PÉREZ, J. [2004]: «La NIC 22: Tratamiento contable de las combinaciones de empresas». *Partida Doble*, diciembre, n.º 161, págs. 72-91.

 LUIS ALBERTO GRACIA GALLEGO

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesores del CEF

Sumario:

Caso 1. Contabilidad financiera: completar un balance de comprobación, asientos de operaciones de fin de ejercicio, regularización y cierre del ejercicio y elaboración del balance de situación. Operaciones financieras: elaborar el cuadro de amortización de un préstamo.

Caso 2. Consolidación: presentar en forma de asientos de libro diario las eliminaciones de operaciones internas de existencias e inmovilizado y eliminación inversión fondos propios. Elaboración del balance de situación consolidado. Hoja de trabajo para la elaboración del balance de situación consolidado.

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso por el sistema general de acceso libre y promoción interna en el Cuerpo Superior de Intervención y Contabilidad de la Administración de la Seguridad Social convocada por Orden TAS/1722/2005, de 23 de mayo (BOE de 10 junio)].

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

El balance de comprobación que presenta la sociedad «FACUSA» al 30 de diciembre de 2003, es el siguiente en miles de euros:

Saldo Deudores	Importe	Saldo Acreedores	Importe
Compras de mercaderías (60.000 u.)	24.000	Provisión grandes reparaciones	3.000
Construcciones	30.000	Reservas	5.000
Clientes	10.000	Provisión insolvencias tráfico aplicada	300
Primas de seguros	250	Devolución de compras (1.000 u.)	400
Inversiones financieras permanentes en capital	100	Ventas de mercaderías (50.000 u.)	32.000
Publicidad y propaganda	600	Hacienda Pública acreedora	500
Pérdidas de créditos comerciales incobrables	100	Subvenciones oficiales a la explotación	2.000
Elementos de transporte	2.100	Proveedores	3.000
Sueldos y salarios	5.000	Amortización acumulada inmovilizado material	1.730
Seguridad Social a cargo empresa	1.900	Deudas a largo plazo	3.000
Mercaderías (1.000 u.)	300	Deudas a corto plazo	1.000
Tesorería	8.400	Capital social	25.000
Equipos informáticos	500	Ingresos participaciones en capital	40
Gastos anticipados	800	Prima emisión de acciones	5.000
Gastos financieros. Intereses de deudas	220	Ingresos por comisiones	4.000
Gastos de constitución	400	Reserva legal	1.000
Gastos de I+D del ejercicio	2.000		
Inversiones financieras temporales en capital	300		
TOTAL	86.970	TOTAL	86.970

Antes del cierre del ejercicio el 31 de diciembre de 2003 se debe tener en cuenta la siguiente información:

- El 1 de septiembre de 2003, la empresa abonó un contrato bianual para una campaña publicitaria.
- El 1 de marzo de 2004, corresponde a la empresa pagar los intereses trimestrales y el primer plazo de amortización de la deuda.
- La empresa estima que el 50% de los gastos de Investigación y Desarrollo del ejercicio cumplen los requisitos legales para poder ser activados.

- d) En este ejercicio se cumplen cinco años desde la constitución de la sociedad.
- e) Las existencias finales de mercaderías se valoran por el método LIFO.
- f) La empresa adquirió en el momento de su constitución 10.000 acciones de la Sociedad Anónima «COMPLUSA» de valor nominal 10 euros. Al cierre está pendiente de contabilización el reconocimiento de un dividendo a cuenta de 1 euro por acción.
- g) La empresa amortiza su inmovilizado material por importe de 1.200.000 euros.
- h) Adquiere un nuevo equipo informático por importe de 700.000 euros entregando como parte del pago el equipo antiguo que se tasa en 250.000 euros (la amortización acumulada asciende a 400.000 €), y 100.000 euros al contado, por el resto firma una letra a 18 meses.
- i) Corresponde imputar a este ejercicio los gastos por servicios de profesionales independientes que se abonaron en el ejercicio anterior.
- j) La empresa adquirió, el 1 de julio de 2003, unos elementos de transporte abonando el seguro anual que ascendió a 40.000 euros.
- k) Se estima una insolvencias globales del 2% del saldo de clientes.
- l) Se abona 1.000.000 de euros por el comienzo de las obras previstas.
- m) El Impuesto de Sociedades se cifra en 1.000.000 de euros.

La Sociedad «COMPLUSA» presenta a 31 de diciembre de 2003, entre otras, las siguientes cuentas que forman parte de su balance de situación, en miles de euros:

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Gastos de constitución	3.000	Amortización acumulada del inmovilizado material	8.000
Fondo de comercio	10.000	Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial	8.000
Maquinaria	40.000	Proveedores	2.000
Terrenos	60.000	Hacienda Pública, acreedor por conceptos fiscales	1.000
Productos terminados	1.000	Pérdidas y ganancias	20.000
Clientes	10.000		
Bancos, c/c a la vista			

Datos para completar las cuentas que forman parte del balance de situación:

- La sociedad se constituyó emitiendo 2.000.000 de acciones de la serie A de 10 euros de valor nominal. Posteriormente emitió acciones de la serie B al mismo valor nominal al 200% para recibir una aportación no dinerada consistente en el terreno que luce en cuentas.
- La reserva legal cubre el 5% del capital social.

3. Ha financiado su maquinaria en un 50% con una subvención oficial de capital no reintegrable.
4. El 1 de octubre de 2003, adquirió valores de renta fija con las siguientes características: valor nominal de los títulos 20 euros, número de títulos 10.000, rentabilidad 4% anual pagadero el 1 de abril de cada año. El importe satisfecho por título fue de 20 euros y los gastos totales de la operación fueron de 1.000 euros. Al cierre del ejercicio los títulos cotizan a 21 euros, la cotización media del trimestre fue de 19 euros.
5. Adquirió según acuerdo de Junta General 100.000 acciones propias al 200% y desea mantenerlas en cartera en el ejercicio próximo.
6. La empresa ha reconocido un dividendo a cuenta del 10% del valor nominal de sus acciones en circulación. La cifra de la cuenta de Reservas Voluntarias coincide con la cuantía de reservas de libre disposición que establece el TRLSA necesaria para poder distribuir beneficios.
7. La deuda con proveedores es en dólares y recoge parte de la compra de materias primas consumidas en el ejercicio al cambio de 1 €/1,25 \$, a 31 de diciembre la cotización es de 1 euro/1,20 \$.
8. El 1 de octubre de 2003, se le concedió un préstamo de 1.000.000 de euros a devolver en cinco años al tipo $i = 8\%$, amortizándose con anualidades constantes en las fechas 1 de octubre de 2004 y siguientes.

ALGUNAS OPERACIONES REALIZADAS POR AMBAS SOCIEDADES EN EL EJERCICIO 2004

- I. «COMPLUSA» abona del dividendo activo a cuenta (retención 15%).
- II. La Junta General de «COMPLUSA» acuerda: repartir el resultado cumpliendo todas las estipulaciones legales, dotar una Reserva estatutaria por un saldo igual al que tiene la Reserva legal, reconocer un dividendo complementario del 5% del valor nominal de las acciones en circulación y, con el resultado no repartido, incrementar la Reserva voluntaria. También acuerda efectuar una ampliación de capital totalmente liberada de una acción nueva por cinco antiguas, con cargo a Reservas de libre disposición, que posteriormente se realiza.
- III. «FACULSA» acude a la ampliación de capital de «COMPLUSA» y posteriormente vende la mitad de los títulos que posee al 250%.
- IV. «COMPLUSA» vende 20.000 unidades de productos terminados a «FACUSA», al precio de 410 euros/unidad. Posteriormente le concede un descuento por volumen de pedido de 56 euros/unidad.

- V. El 1 de febrero «COMPLUSA» vende los títulos de renta fija que posee al contado a «FACUSA», al precio de 21 euros por título, los gastos de la operación abonados por «FACUSA» ascienden a 1.000 euros.

TRABAJO A REALIZAR POR EL OPOSITOR:

1. Asientos correspondientes a las operaciones pendientes a la regularización contable y al cierre de la contabilidad.
2. Elaboración del balance de situación conforme al modelo del Plan General de Contabilidad.
3. Deberá completar las cuentas que faltan, justificando sus cuantías, sabiendo que el saldo de Bancos se obtiene por diferencia.
4. En relación con el apartado 8, se pide elaborar el cuadro de amortización, justificando la deuda pendiente a 1 de octubre de 2005, una vez abonada la segunda anualidad.
5. Anotaciones contables correspondientes a las operaciones realizadas en el ejercicio 2004 por ambas sociedades.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

1. Asientos correspondientes a las operaciones pendientes a la regularización contable y al cierre de la contabilidad.

	_____	a	_____
500.000	<i>Gastos a distribuir en varios ejercicios (27)</i>		
	$(600.000 \times 20/24)$		
		a	<i>Publicidad, propaganda y relaciones públicas (627)</i>
			500.000
	_____	b	_____

El tipo de interés de la deuda se obtiene a partir de los 220.000 de intereses que hay reflejadas como gasto en el balance y que deben corresponder a 9 meses, suponiendo que la deuda se obtuvo el 1 de marzo del año 2003, y teniendo en cuenta que el pago de los intereses es de carácter trimestral:

$$220.000 = 4.000.000 \times i \times 9/12$$

$$i = 0,0733$$

24.444 *Intereses de deudas (66)*

(4.000.000 × 0,0733 × 1/12)

a *Intereses a corto plazo de deudas (527)* 24.444

c

1.000.000 *Gastos de investigación y desarrollo (2100)*

a *Trabajos realizados para el inmovilizado inmaterial (731)* 1.000.000

d

400.000 *Amortización de gastos de establecimiento (680)*

a *Gastos de constitución (200)* 400.000

e

Valoración existencias finales de mercaderías: LIFO

Existencias iniciales: 1.000 × 300	300.000
Compras netas: 59.000 × 400	23.600.000
Total: 60.000 × 2 precios	23.900.000
Coste de ventas: 50.000 × 400	20.000.000
Existencias finales: 9.000 × 400 + 1.000 × 300	3.900.000
Total: 60.000 × 2 precios	23.900.000

3.900.000 *Mercaderías (300)*

a *Variación de existencias de mercaderías (610)* 3.900.000

x

300.000 *Variación de existencias de mercaderías (610)*

a *Mercaderías (300)* 300.000

f

10.000 *Dividendo a cobrar (545)*
(10.000 × 1)

a *Ingresos de participaciones en capital (760)* 10.000

g

1.200.000	<i>Amortización del inmovilizado material (682)</i>		
		a	<i>Amortización acumulada del inmovilizado material (282)</i> 1.200.000
		h	
	Valor neto contable del entregado (500.000 – 400.000)		100.000
	Diferencia a pagar en metálico (700.000 – 250.000)		450.000
	Total		550.000
	Límite: valor de mercado del adquirido		700.000
400.000	<i>Amortización acumulada del inmovilizado material (282)</i>		
550.000	<i>Equipos para proceso de información (227)</i>		
		a	<i>Equipos para proceso de información (227)</i> 500.000
			<i>Tesorería (57)</i> 100.000
			<i>Efectos a pagar a largo plazo (174) (450.000 – 100.000)</i> 350.000
		i	
800.000	<i>Servicios de profesionales independientes (623)</i>		
		a	<i>Gastos anticipados (480)</i> 800.000
		j	
20.000	<i>Gastos anticipados (480)</i>		
		a	<i>Primas de seguros (625)</i> 20.000
		k	
200.000	<i>Dotación a la provisión para insolvencias de tráfico (694)</i>		
		a	<i>Provisión para insolvencias de tráfico (490)</i> 200.000
		l	
1.000.000	<i>Provisión para grandes reparaciones (143)</i>		
		a	<i>Tesorería (57)</i> 1.000.000
		m	

1.000.000	<i>Impuesto sobre beneficios (630)</i>	
	<i>a Hacienda Pública, acreedor por el impuesto sobre sociedades (4752)</i>	1.000.000
	X	

Regularización

37.174.444	<i>Pérdidas y ganancias (129)</i>	
	<i>a</i>	
	<i>Compras de mercaderías (600)</i>	24.000.000
	<i>Primas de seguros (625)</i>	230.000
	<i>Publicidad, propaganda y relaciones públicas (627)</i>	100.000
	<i>Pérdidas de créditos comerciales incobrables (650)</i>	100.000
	<i>Sueldos y salarios (640)</i>	5.000.000
	<i>Seguridad social a cargo de la empresa (642)</i>	1.900.000
	<i>Intereses de deudas (66)</i>	244.444
	<i>Gastos de investigación y desarrollo del ejercicio (620)</i>	2.000.000
	<i>Amortización de gastos de esblecimiento (680)</i>	400.000
	<i>Amortización del inmovilizado material (682)</i>	1.200.000
	<i>Servicios de profesionales independientes (623)</i>	800.000
	<i>Dotación a la provisión para insolvencias de tráfico (694)</i>	200.000
	<i>Impuesto sobre beneficios (630)</i>	1.000.000
	X	
300.000	<i>Provisión para insolvencias de tráfico aplicada (794)</i>	
400.000	<i>Devoluciones de compras y operaciones similares (608)</i>	
32.000.000	<i>Ventas de mercaderías (700)</i>	
2.000.000	<i>Subvenciones oficiales a la explotación (740)</i>	

50.000	Ingresos de participaciones en capital (760)		
4.000.000	Ingresos por comisiones (754)		
1.000.000	Trabajos realizados para el inmovilizado inmaterial (731)		
3.600.000	Variación de existencias de mercaderías (610)		
		a Pérdidas y ganancias (129)	43.350.000
		x	

Asiento de cierre

2.000.000	Provisión para grandes reparaciones (143)		
5.000.000	Reservas (11)		
1.500.000	Hacienda Pública acreedora (475)		
3.000.000	Proveedores (400)		
2.530.000	Amortización acumulada del inmovilizado material (282)		
3.000.000	Deudas a largo plazo (171)		
1.000.000	Deudas a corto plazo (521)		
25.000.000	Capital social (100)		
5.000.000	Prima de emisión de acciones (110)		
1.000.000	Reserva legal (112)		
24.444	Intereses a corto plazo de deudas (527)		
350.000	Efectos a pagar a largo plazo (174)		
200.000	Provisión para insolvencias de tráfico (490)		
6.175.556	Pérdidas y ganancias (129)		
		a Construcciones (221)	30.000.000
		Clientes (430)	10.000.000
		Inversiones financieras permanentes en capital (250)	100.000
		Elementos de transporte (228)	2.100.000

<i>Mercaderías (300)</i>	<i>3.900.000</i>
<i>Tesorería (57)</i>	<i>7.300.000</i>
<i>Equipos informáticos (227)</i>	<i>550.000</i>
<i>Gastos anticipados (480)</i>	<i>20.000</i>
<i>Inversiones financieras temporales en capital (540)</i>	<i>300.000</i>
<i>Gastos a distribuir en varios ejercicios (27)</i>	<i>500.000</i>
<i>Gastos de investigación y desarrollo (2100)</i>	<i>1.000.000</i>
<i>Dividendo a cobrar (545)</i>	<i>10.000</i>
55.780.000	55.780.000

 X

2. Elaboración del balance de situación conforme al modelo del Plan General de Contabilidad.

Activo	Importe	Pasivo	Importe
INMOVILIZADO	31.220.000	FONDOS PROPIOS	42.175.556
Construcciones	30.000.000	Capital social	25.000.000
Elementos de transporte	2.100.000	Prima de emisión de acciones	5.000.000
Equipos informáticos	550.000	Reserva legal	1.000.000
Gastos I+D	1.000.000	Reservas	5.000.000
AAIM	-2.530.000	Pérdidas y ganancias	6.175.556
Inversiones financieras permanentes en capital	100.000	PROVISIONES PARA RIESGOS Y GASTOS	2.000.000
GASTOS A DISTRIBUIR EN VARIOS EJERCICIOS	500.000	Provisión grandes reparaciones	2.000.000
ACTIVO CIRCULANTE	21.330.000	ACREEDORES A LARGO PLAZO	3.350.000
Mercaderías	3.900.000	Deudas a largo plazo	3.000.000
Clientes	10.000.000	Efectos a pagar a largo plazo	350.000
Provisión para insolvencias de tráfico	-200.000	ACREEDORES A CORTO PLAZO	5.524.444
Inversiones financieras temporales	300.000	Proveedores	3.000.000
Dividendo a cobrar	10.000	Deudas a corto plazo	1.000.000
Tesorería	7.300.000	Hacienda Pública acreedora	1.500.000
Gastos anticipados	20.000	Intereses a corto plazo de deudas	24.444
TOTAL	53.050.000	TOTAL	53.050.000

3. Completar las cuentas que faltan, justificando sus cuantías, sabiendo que el saldo de Bancos se obtiene por diferencia.

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Gastos de constitución	3.000.000	Amortización acumulada del inmovilizado material	8.000.000
Fondo de comercio	10.000.000	Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial	8.000.000
Maquinaria	40.000.000	Proveedores	2.000.000
Terrenos	60.000.000	Hacienda Pública, acreedor por conceptos fiscales	1.000.000
Productos terminados	1.000.000	Pérdidas y ganancias	20.000.000
Clientes	10.000.000	Capital social	50.000.000
Valores de renta fija	197.000	Prima de emisión de acciones	30.000.000
Intereses a corto plazo de valores de renta fija	6.000	Reserva legal	2.500.000
Acciones propias en situaciones especiales	2.000.000	Subvenciones oficiales de capital	16.000.000
Dividendo activo a cuenta	4.900.000	Provisión depreciación valores de renta fija	13.000
Bancos, c/c a la vista	19.330.000	Reserva por acciones propias	2.000.000
		Dividendo a pagar	4.900.000
		Reservas voluntarias	5.000.000
		Deudas a corto plazo con entidades de crédito	170.456
		Deudas a largo plazo con entidades de crédito	829.544
		Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	20.000
TOTAL	150.433.000	TOTAL	150.433.000

Datos para completar las cuentas que forman parte del balance de situación:

Punto 1.

Capital social inicial ($2.000.000 \times 10$)	20.000.000
Capital social ampliación ($3.000.000 \times 10$)	30.000.000
Total	50.000.000

Además, la serie B al haberse emitido al 200% tendrá una prima de emisión de acciones de 30.000.000 de u.m.

Punto 2.

El importe de la Reserva legal será: $50.000.000 \times 5\% = 2.500.000$

Punto 3.

La maquinaria tiene un precio de adquisición de 40.000.000 y una amortización acumulada de 8.000.000, por lo que el importe inicial de la subvención fue de 20.000.000, de los que se habrán traspasado a resultados 4.000.000, por lo que el saldo que figurará en el balance será de 16.000.000.

Punto 4.

Los asientos que ha realizado han sido los siguientes:

1 de octubre:

4.000	<i>Intereses a corto plazo de valores de renta fija (546)</i>		
	($10.000 \times 20 \times 4\% \times 6/12$)		
197.000	<i>Valores de renta fija (251)</i>		
		a Bancos, c/c a la vista (572)	201.000
		(200.000 + 1.000)	
		X	

31 de diciembre:

2.000	<i>Intereses a corto plazo de valores de renta fija (546)</i>		
		a Ingresos de valores de renta fija (761)	2.000
		X	

Coste más intereses ($197.000 + 4.000 + 2.000$) 203.000

Valor de mercado (10.000×19) 190.000

Depreciación 13.000

13.000	<i>Dotación a la provisión para valores negociables a largo plazo (696)</i>		
		a Provisión por depreciación de valores negociables a largo plazo (297)	13.000
		X	

Punto 5.

La adquisición de acciones propias para mantenerlas en autocartera se traduce en la aparición en el balance de las cuentas *Acciones propias en situaciones especiales (198)* y *Reserva para acciones propias (115)* por un importe de: $100.000 \times 10 \times 200\% = 2.000.000$.

Punto 6.

El capital social en circulación es de: $50.000.000 - 1.000.000 = 49.000.000$ por lo que el importe del dividendo será de: $49.000.000 \times 10\% = 4.900.000$.

Teniendo en cuenta que el enunciado señala que dicho dividendo se ha reconocido, entendemos a efectos de solución que no se ha pagado, por lo que en el balance de situación estarán las cuentas *Dividendo activo a pagar (525)* y *Dividendo activo a cuenta (557)*.

Las cuentas que están afectadas por el artículo 194 del TRLSA son las siguientes:

Gastos de constitución	3.000.000
Fondo de comercio	10.000.000
AAII	-8.000.000
Total	5.000.000

Por tanto, el importe de la cuenta *Reservas voluntarias (117)* será de 5.000.000.

Punto 7.

La cuenta de *Proveedores (400)* al final del ejercicio estará ajustada al tipo de cambio de cierre, por lo que su importe es:

$$2.000.000 \text{ €} \times 1,2 \text{ \$/€} \dots\dots\dots 2.400.000 \text{ \$}$$

El importe inicial de la cuenta *Proveedores (400)* teniendo en cuenta el tipo de cambio inicial debió ser de:

$$2.400.000 \text{ \$} \times 1 \text{ €/1,25 \$} \dots\dots\dots 1.920.000 \text{ €}$$

A la vista de las cifras anteriores se puede deducir que el 31 de diciembre se ha producido un ajuste negativo que se ha llevado a resultados.

Punto 8.

Las cuentas que figurarán en el balance al mes de diciembre son:

Deudas a corto plazo con entidades de crédito (520)	170.456
Deudas a largo plazo con entidades de crédito (170)	829.544
Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito (526) $(80.000 \times 3/12)$	20.000

4. En relación con el apartado 8, se pide elaborar el cuadro de amortización, justificando la deuda pendiente a 1 de octubre de 2005, una vez abonada la segunda anualidad.

Año	Capital vivo	Intereses	Amortización	Suma amort.	Pago
1	1.000.000	80.000	170.456	170.456	250.456
2	829.544	66.363	184.093	354.549	250.456
3	<u>645.451</u>	51.636	198.820	553.370	250.456
4	446.630	35.730	214.726	768.096	250.456
5	231.904	18.552	231.904	1.000.000	250.456

La deuda pendiente, una vez abonada la segunda anualidad, es de 645.451 euros.

5. Anotaciones contables correspondientes a las operaciones realizadas en el ejercicio 2004 por ambas sociedades.

«COMPLUSA»

I

Por el pago del dividendo a cuenta:

4.900.000	Dividendo activo a pagar (525)	
	a Tesorería (57)	4.165.000
	$(4.900.000 \times 85\%)$	
	Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas (4751)	735.000
	$(4.900.000 \times 15\%)$	

II

Por el reparto del resultado:

20.000.000	Pérdidas y ganancias (129)	
	a Reserva legal (112)	2.000.000
	Reservas estatutarias (116)	4.500.000
	Dividendo activo a cuenta (557)	4.900.000

			<i>Dividendo activo a pagar (525)</i>	2.450.000
			(49.000.000 × 5%)	
			<i>Reservas voluntarias (117)</i>	6.150.000
		X		
2.450.000	<i>Dividendo activo a pagar (525)</i>	a	<i>Tesorería (57)</i>	2.082.500
			<i>Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas (4751)</i>	367.500
		III		
10.000.000	<i>Acciones emitidas (-)</i>			
	(1.000.000 × 10)	a	<i>Capital social (100)</i>	10.000.000
		X		
10.000.000	<i>Prima de emisión de acciones (110) o Reservas voluntarias (117)</i>	a	<i>Acciones emitidas (-)</i>	10.000.000
		IV		
8.200.000	<i>Clientes (430)</i>			
	(20.000 × 410)	a	<i>Ventas de productos terminados (701)</i>	8.200.000
		X		
1.120.000	<i>Rappels sobre ventas (709)</i>	a	<i>Clientes (430)</i>	1.120.000
		V		
210.000	<i>Bancos, c/c a la vista (572)</i>			
	(10.000 × 21)			
13.000	<i>Provisión por depreciación de valores negociables a corto plazo (597)</i>	a	<i>Valores de renta fija (251)</i>	197.000
			<i>Intereses a corto plazo de valores de renta fija (546)</i>	6.000
			<i>Ingresos de valores de renta fija (761)</i>	667
			(10.000 × 20 × 4% × 1/12)	
			<i>Beneficios en valores negociables (766)</i>	19.333
		X		

«FACUSA»

		I	
8.500	Tesorería (57)		
1.500	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (473)		
		a	Ingresos de participaciones en capital (760) 10.000
		II	
4.250	Tesorería (57)		
750	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (473)		
		a	Ingresos de participaciones en capital (760) 5.000
			(10.000 × 10 × 5%)
		III	

Dado que la ampliación de capital es liberada suscribe $100.000 \times 1/5 = 2.000$ acciones con coste cero por lo que no procede asiento contable.

IV

Por la venta de 6.000 acciones (la mitad de las que posee):

180.000	Tesorería (57)		
	(6.000 × 10 × 250%)		
		a	Inversiones financieras temporales en capital (540) 50.000
			Beneficios en valores negociables (766) 130.000
		V	
8.200.000	Compras de mercaderías (600)		
		a	Proveedores (400) 8.200.000
		VI	
215.333	Valores de renta fija (251)		
6.667	Intereses a corto plazo de valores de renta fija (546)		
	(10.000 × 20 × 4% × 10/12)		
		a	Tesorería (57) 222.000
			(10.000 × 21 + 1.000)
		X	

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

CONSOLIDACIÓN

ENUNCIADO

El grupo de sociedades «XX» está formado al comienzo del ejercicio 2008 por la sociedad dominante «X» y las sociedades dependientes «Y», «Z» y «W», con la siguiente estructura de participaciones en el capital (en miles de euros):

Sociedad inversora	Sociedad participada	Participación en capital	Fecha de inversión	Coste de la inversión
«X»	«Y»	80%	31-12-2001	9.000
«X»	«W»	100%	01-01-2003	6.500
«Y»	«Z»	60%	31-12-2005	10.000

A. Se conocen también los siguientes datos:

El 31 de diciembre de 2001 la valoración de los elementos patrimoniales de la sociedad «Y» es (en miles de euros):

Activo	Valor contable	Valor razonable
Inmovilizado financieros *	13.000	17.475
Existencias	4.350	4.350
Clientes	2.500	2.500
Otro activo	400	400
Total activo	20.550	24.725
Pasivo exigible	Valor contable	Valor razonable
Acreedores a largo plazo	12.500	12.500
Acreedores a corto plazo	4.000	4.000
Total pasivo exigible	16.500	16.500
DIFERENCIA	4.050	8.225
Capital	3.000	
Reservas	1.050	

* La diferencia entre valor razonable y valor contable corresponde a un terreno que sigue siendo propiedad de la sociedad «Y» a 31 de diciembre de 2008.

El 31 de diciembre de 2005 la valoración contable de los elementos patrimoniales de la sociedad «Z» es igual a su valor razonable, presentando las siguientes partidas de fondos propios:

Fondos propios	Importe (miles de euros)
Capital	10.000
Reservas	3.200
Pérdidas y ganancias	1.400
Total	14.600

B. La sociedad «Y» ha vendido existencias a la sociedad «Z» en los ejercicios que se indican (se aplica FIFO) (en miles de euros):

Ejercicio	Importe venta	Beneficio venta	Existencias finales
2005	1.200	240	300
2006	2.400	600	2.600
2007	2.000	500	2.400
2008	1.800	-200	2.000

Al final del ejercicio 2008 sólo están pendientes de pago el 25% de las existencias adquiridas en dicho ejercicio (450 miles de euros).

C. Otras operaciones realizadas entre sociedades del grupo antes del ejercicio 2008:

- La sociedad «Y» ha prestado en el ejercicio 2006 a la sociedad «Z» servicios de contabilidad, nominas y otros también de carácter administrativo, por importe de 6.000 euros pagados al contado, con un margen positivo del 20% sobre el coste.
- La sociedad «X» ha vendido al contado en el ejercicio 2007 a la sociedad «Y» un terreno por importe de 1.700.000 euros, con un beneficio de 1.100.000 euros.

D. Además, en el ejercicio 2008 se han realizado, entre otras, las siguientes operaciones:

a) El 1 de enero, la sociedad «X» vende la totalidad de la participación en el capital de «W» por importe de 10.500.000 euros. Se sabe que:

- La sociedad «W» obtuvo en el ejercicio anterior (2007) un beneficio de 450.000 euros.
- La eliminación inversión-fondos propios por la participación en «W» para preparar las cuentas consolidadas del ejercicio anterior (2007) fue la siguiente:

		1	
3.000	Capital «W»		
5.420	Reservas «W»		
		a	Participación en «W» 6.500
		a	Reservas en sociedades conso- lidadas 1.920
		X	

b) El 31 de diciembre se realizaron las siguientes operaciones:

- La sociedad «Z» vendió a la sociedad «W» existencias al contado por importe de 60.000 euros con un 25% de beneficio.
- La sociedad «Y» vendió por 2.000.000 de euros a la sociedad «Z» el inmueble adquirido (a la sociedad «X») en 20X6.

E. Los balances a 31 de diciembre de 2008 son los siguientes (en miles de euros):

BALANCES A 31 DE DICIEMBRE DE 2008				
Activo	Sociedad «X»	Sociedad «Y»	Sociedad «Z»	Sociedad «W»
Inmovilizado financiero	100	25.900	17.000	16.000
Participación en sociedad «Y» (80%)	9.000			
Participación en sociedad «Z» (60%)		10.000		
Existencias	80	7.200	9.700	7.435
Clientes		3.100	2.400	3.200
Otro activo	4.589	450	725	674
Total activo	13.769	46.650	29.825	11.309
Pasivo	Sociedad «X»	Sociedad «Y»	Sociedad «Z»	Sociedad «W»
Capital	1.000	3.000	10.000	5.000
Reservas	8.097	25.690	10.600	3.472
Pérdidas y ganancias	172	1.460	2.125	487
Acreedores a largo plazo	3.000	12.500	2.000	
Acreedores a corto plazo	1.500	4.000	5.100	2.350
Total pasivo	13.769	46.650	29.825	11.309

Trabajo a realizar por el opositor:

- a) Con la información proporcionada, proponga los ajustes, en forma de asiento de libro diario, para preparar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada del ejercicio 2008.
- b) Elaborar el balance consolidado del ejercicio 2008.

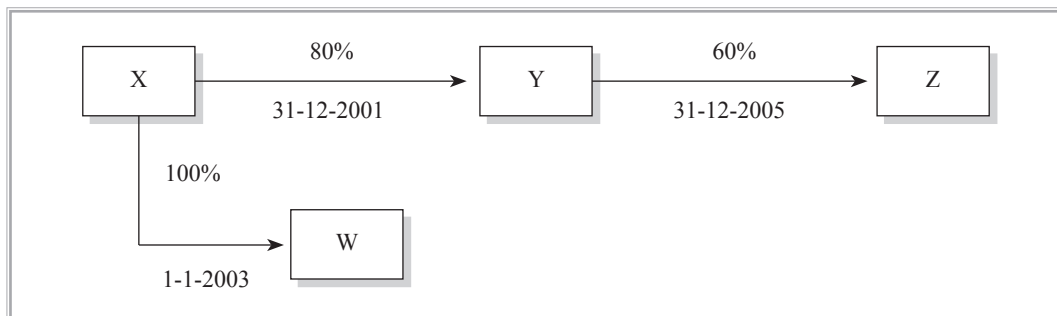
Notas:

- Si existe el fondo de comercio de consolidación se amortizará en 20 años. Si se produjera una diferencia negativa de consolidación (fondo de comercio negativo) no se imputará a resultados hasta que se enajene la participación en el capital.
- No se tendrá en cuenta ningún efecto tributario.

HOJA DE TRABAJO DEL BALANCE CONSOLIDADO (cifras en miles de euros)							
ACTIVO	SOCIEDADES			Balance agregado	Ajustes		Activo consolidado
	Sociedad «X»	Sociedad «Y»	Sociedad «Z»		Debe	Haber	
Inmovilizado financiero	100	25.900	17.000				
Participación en sociedad «Y» (80%)	9.000						
Participación en sociedad «Z» (60%)		10.000					
Existencias	80	7.200	9.700				
Clientes		3.100	2.400				
Otro activo	4.589	450	725				
Total activo	13.769	46.650	29.825				
PASIVO	SOCIEDADES			Balance agregado	Ajustes		Pasivo consolidado
	Sociedad «X»	Sociedad «Y»	Sociedad «Z»		Debe	Haber	
Capital	1.000	3.000	10.000				
Reservas	8.097	25.690	10.600				
Pérdidas y ganancias	172	1.460	2.125				
Acreedores a largo plazo	3.000	12.500	2.000				
Acreedores a corto plazo	1.500	4.000	5.100				
Total pasivo	13.769	46.650	29.825				

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

El grupo «XX» tiene la siguiente estructura:



La participación en «W» se ha vendido el día 1 de enero de 2008.

A. Análisis de las diferencias de primera consolidación.

a) Por la participación de la sociedad «X» en la sociedad «Y»:

Coste de la participación	9.000
Valor teórico: 80% (3.000 + 1.050)	3.240
Diferencia de primera consolidación	5.760

Esta diferencia se imputa de la siguiente forma:

- A Terrenos de la sociedad «Y»: 80% 4.175 = 3.340
- A Fondo de comercio de consolidación: 2.420

El fondo de comercio de consolidación se sanea en 20 años en una cuantía anual de 121 anuales, iniciándose el proceso de amortización al inicio del año 2002.

b) Por la participación de la sociedad «Y» en la sociedad «Z»:

Coste de la participación	10.000
Valor teórico: 60% (10.000 + 3.200 + 1.400)	8.760
Diferencia de primera consolidación	1.240

Esta diferencia al no ser a ningún elemento patrimonial concreto será catalogada como fondo de comercio de consolidación que se saneará en 20 años a partir del año 2006 por una cuantía anual de 62.

B. Operaciones económicas y sus eliminaciones.

Por las ventas de mercaderías de la sociedad «Y» a la sociedad «Z» durante varios ejercicios:

Años	Existencias iniciales	Compras de «Z»	Ventas a coste (FIFO)	Existencias finales
2005	0	1.200	900	300
2006	300	2.400	100	2.600
2007	2.600	2.200	2.200	2.400
2008	2.400	1.800	2.200	2.000

De las existencias vendidas en el año actual (2008) por importe de 2.200 (precio coste y criterio FIFO) corresponden:

- 400 a las existencias finales de 2006 con un beneficio incorporado de 100.
- 1.800 a las existencias finales de 2007 con un beneficio incorporado de 450.

De las no vendidas (2.000 de existencias finales del año 2008):

- 200 son del año 2007 con un beneficio sin realizar de 50.
- 1.800 son del año 2008 con una pérdida sin realizar de 200.

Los ajustes, derivados del análisis de esta operación:

BALANCE:

550	Reservas «Y»		
		a Pérdidas y ganancias «Y»	550
		x	

PÉRDIDAS Y GANANCIAS:

550	Saldo «Y»		
		a Variación de existencias	550
		x	

BALANCE:

50	<i>Reservas «Y»</i>		
		a	<i>Existencias</i>
			50
	_____	x	_____

BALANCE:

200	<i>Existencias</i>		
		a	<i>Pérdidas y ganancias «Y»</i>
			200
	_____	x	_____

PÉRDIDAS Y GANANCIAS:

200	<i>Saldo «Y»</i>		
		a	<i>Variación de existencias</i>
			200
	_____	x	_____

BALANCE :

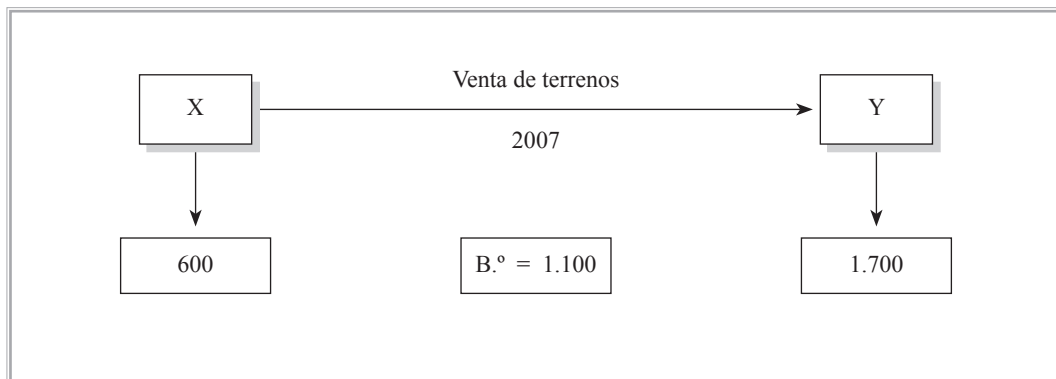
450	<i>Acreedores a corto plazo</i>		
		a	<i>Clientes</i>
			450
	_____	x	_____

PÉRDIDAS Y GANANCIAS:

1.800	<i>Ventas de mercaderías</i>		
		a	<i>Compras de mercaderías</i>
			1.800
	_____	x	_____

C. Otras operaciones realizadas.*C1. Prestaciones de servicios.*

En el año 2006 se ha producido una prestación de servicios de la sociedad «Y» a la sociedad «Z» con un beneficio interno de 1.000. Al no tener más información se deduce que son servicios no activados, por lo que la realización del beneficio (a nivel de estados financieros consolidados) se efectúa en el mismo ejercicio de la prestación del servicio. No hay que realizar ajustes en el balance ni en la cuenta de Pérdidas y Ganancias por ser una operación del año 2006.

C2. Ventas de terrenos.

Los ajustes para eliminar esta operación interna son los siguientes:

BALANCE:

1.100	Reservas «X»		
		a Terrenos (Inmovilizado no fi-	
		nanciero)	1.100
		x	

PÉRDIDAS Y GANANCIAS:

No se realiza ajuste alguno, ya que es una operación del año 2007.

Nota: parece ser que este terreno, en poder de «Y», es vendido a «Z» a 31 de diciembre de 2008, según el último punto del enunciado. La duda puede existir si se está mencionando otro terreno, ya que la venta primera de «X» a «Y» la sitúa en el año 2006, y no en 2007; pero no hay otra información.

D. Otras operaciones realizadas en 2008.

a. La sociedad «X» vende la participación en el capital de la sociedad «W», esta venta se entiende que se ha realizado a empresas fuera del grupo, ya que en la hoja de trabajo que se presenta como anexo no está la participación en la sociedad «W».

La venta se realiza el 1 de enero de 2008 y por el asiento de eliminación inversión fondos propios a 31 de diciembre de 2007, se sabe que no había diferencias de primera consolidación y que la reserva en sociedades consolidadas es de 1.920. Para este año 2008 vamos a suponer que los resul-

tados de 2007 (450 miles de euros) pasan a reservas, por lo que podemos considerar que al vender se pierden todas las reservas en sociedades consolidadas más la reserva de los resultados de 2007 y que en total ascienden a 2.370 miles de euros (1.920 + 450).

De la anotación contable que hizo «X» al vender la participación deducimos el beneficio en valores negociables, ya que en la contabilidad individual se debió hacer el siguiente asiento:

10.500	Tesorería		
		a Participaciones en «W»	6.500
		Beneficio en valores negociables	4.500
		X	

Por aplicación del artículo 29 del Real Decreto para la formulación de las NFCAC, tenemos que analizar el beneficio de la venta en relación con las pérdidas de Reservas en sociedades consolidadas.

Beneficio en valores negociables	4.000
Menos pérdidas de reservas sociedades consolidadas	2.370
(1.920 + 450)	
Beneficio neto	1.630

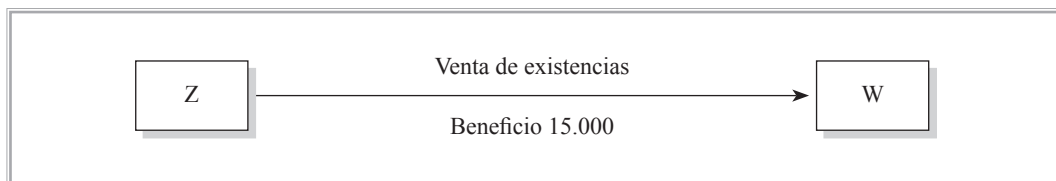
Los ajustes para los estados financieros consolidados de 2008 serán:

BALANCE:

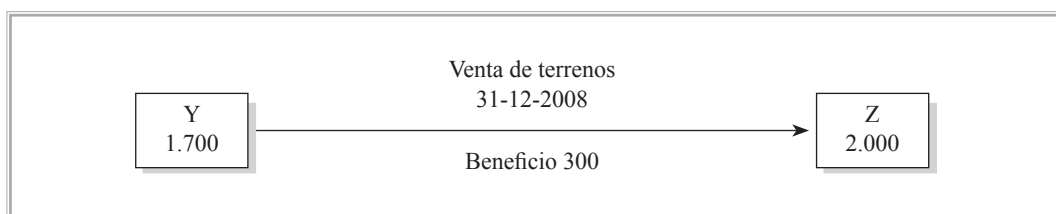
2.370	Pérdidas y ganancias «X»		
		a Reservas «X»	2.370
		X	

PÉRDIDAS Y GANANCIAS:

2.370	Beneficio en valores negociables		
		a Saldo «X»	2.370
		X	
1.630	Beneficio en valores negociables		
		a Beneficio extraordinario por la venta de participaciones del grupo	1.630
		X	

b. Operaciones a 31 de diciembre de 2008.**b1.**

Esta operación no genera ningún ajuste, ya que «W» en las fechas de compra/venta ya no pertenecía al grupo «XYZ».

b2.

Esta venta, según hemos dicho en el punto c2 es la que previamente había hecho la sociedad «X» a la sociedad «Y» por eso sabemos qué coste tenía en «Y» (1.700) y por diferencias el beneficio interno de la venta a «Z» (beneficio de 300).

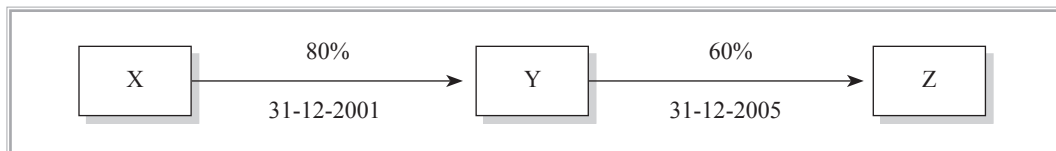
Los ajustes a realizar son:

BALANCE:

300	<i>Pérdidas y ganancias «Y»</i>		
		a	<i>Terrenos (Inmovilizado no financiero)</i>
			300
_____		x	_____

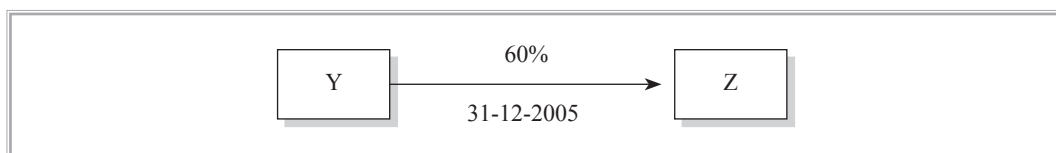
PÉRDIDAS Y GANANCIAS:

300	<i>Beneficio de inmovilizado material</i>		
		a	<i>Saldo de «Y»</i>
			300
_____		x	_____

E. Eliminación inversión fondos propios a 31 de diciembre de 2008 del grupo.

Por aplicación del artículo 30 del Real Decreto para la NFCAC, se debe consolidar por etapas.

1.^a etapa:



Según se ha calculado en el apartado A la diferencia de primera consolidación se imputaba a un fondo de comercio de consolidación por un importe de 1.240.

La variación de Reservas en sociedades consolidadas es:

Reservas a 31 de diciembre de 2008	10.600
Reservas en la fecha de primera consolidación	4.600
(3.200 + 1.400)	
Incremento de reservas en «Z»	6.000
Reservas en sociedades consolidadas (60% × 6.000)	3.600

BALANCE:

Eliminación inversión fondos propios:

10.000	Capital social «Z»
10.600	Reservas «Z»
1.240	Fondo de comercio de consolidación

a	Participación en «Z»	10.000
	Reservas en sociedades consolidadas	3.600
	Intereses de socios externos	8.240

X

Por el saneamiento del fondo de comercio:

124 Reservas «Y»
(62 × 2 años)

62 Pérdidas y ganancias «Y»
(62 × 1 año)

a Fondo de comercio de consolidación

186

_____ x _____

Por la atribución de resultados:

Pérdidas y ganancias «Y»	
300	1.460
62	550
	200
362	2.210
Sa 1.848	

Pérdidas y ganancias «Z»	
	2.125
0	2.125
Sa 2.125	

1.848 Pérdidas y ganancias «Y»

2.125 Pérdidas y ganancias «Z»

a Pérdidas y ganancias atribuidas
a la dominante del subgrupo
(1.848 + 60% 2.125)

3.123

Pérdidas y ganancias atribuidas
a socios externos (40% 2.125)

850

_____ x _____

PÉRDIDAS Y GANANCIAS:

Por la amortización del fondo de comercio:

62 Amortización del fondo de
comercio de consolidación

a Saldo «Y»

62

_____ x _____

Por la atribución de resultados:

3.123 Saldo atribuido a la dominante
del subgrupo

850 Saldo atribuido a los socios
externos

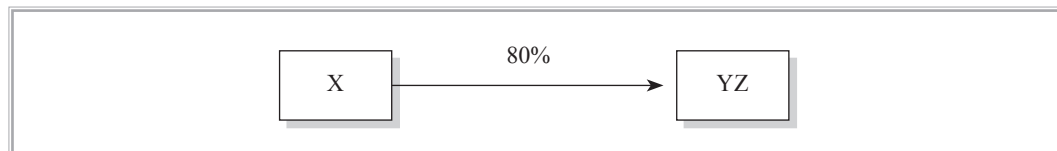
a Saldo «Y» 1.848
Saldo «Z» 2.125

x

BALANCE CONSOLIDADO DEL SUBGRUPO «YZ»

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Inmovilizado no financiero (42.900 – 300)	42.600	Capital social «Y»	3.000
Existencias (16.900 + 150)	17.050	Reservas «Y» (25.690 – 550 – 50 – 124)	24.966
Clientes (5.500 – 450)	5.050	Reservas en sociedades consolidadas	3.600
Otros activos	1.175	Pérdidas y ganancias dominante de subgrupo	3.123
Fondo de comercio consolidación	1.054	Pérdidas y ganancias externos del subgrupo	850
		Intereses de socios externos	8.240
		Acreedores a largo plazo	14.500
		Acreedores a corto plazo (9.100 – 450)	8.650
Total	66.929	Total	66.929

2.ª etapa:



La diferencia de primera consolidación obtenida, calculada en el punto A, para la participación de la sociedad «X» en la sociedad «Y», se imputó de la siguiente forma:

- Terrenos: 3.340
- Fondo de comercio de la consolidación: 2.420

La variación de Reservas en sociedades consolidadas es:

Reservas a 31 de diciembre de 2008 (24.966 + 3.600)	28.566
Reservas en la fecha de primera consolidación	1.050
Incremento de reservas en «Z»	27.516
Reservas en sociedades consolidadas (80% × 27.516)	22.012,8

BALANCE:

Eliminación inversión fondos propios:

3.000	Capital social «Y»		
24.966	Reservas «Y»		
3.600	Reservas en sociedades con-		
	solidadas (primera etapa)		
3.340	Terrenos		
2.420	Fondo de comercio de la con-		
	solidación		
		a Participación en «Y»	9.000
		Reservas en sociedades conso-	
		lidadas	22.012,8
		Intereses de socios externos	6.313,2
		x	

Por el saneamiento del fondo de comercio de consolidación (7 años):

726	Reservas «X»		
	(6 años × 121)		
121	Pérdidas y ganancias «X»		
		a Fondo de comercio de conso-	
		lidación	847
		x	

PÉRDIDAS Y GANANCIAS:

121	Amortización del fondo de		
	comercio de consolidación		
		a Saldo «X»	121
		x	

BALANCE:

Por la atribución de resultados:

Pérdidas y ganancias «Y»	
2.370	172
121	
2.491	172
	Sd 2.319

Pérdidas y ganancias «Z»	
	3.123
0	3.123
Sa 2.319	

3.123 *Pérdidas y ganancias dominante de subgrupo*

a	<i>Pérdidas y ganancias «X»</i>	2.319
	<i>Pérdidas y ganancias dominante</i>	179,4
	<i>Pérdidas y ganancias socios externos</i>	624,6

_____ x _____

PÉRDIDAS Y GANANCIAS:

2.319 *Saldo «X»*

179,4 *Saldo atribuido a la dominante*

624,6 *Saldo atribuido a los socios externos*

a	<i>Saldo atribuido a la sociedad dominante del subgrupo</i>	3.123
---	---	-------

_____ x _____

BALANCE CONSOLIDADO DEL GRUPO «XYZ»

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Inmovilizado no financiero (42.600 + 100 – 1.100 + 3.340)	44.940	Capital social «X»	1.000
Existencias (17.050 + 80)	17.130	Reservas «X»	8.641
Clientes (5.050 + 0)	5.050	(8.097 + 2.370 – 1.100 – 726)	
Otros activos (1.175 + 4.589)	5.764	Reservas en sociedades consolidadas	22.012,8
Fondo de comercio consolidación (1.054 + 1.573)	2.627	Pérdidas y ganancias dominante	179,4
		Pérdidas y ganancias externos	1.474,6
		(850 + 624,6)	
		Intereses de socios externos	14.553,2
		(8.240 + 6.313,2)	
		Acreedores a largo plazo	17.500
		(14.500 + 3.000)	
		Acreedores a corto plazo	10.150
		(8.650 + 1.500)	
Total	75.511	Total	75.511

OBTENCIÓN DEL BALANCE CONSOLIDADO A 31 DE DICIEMBRE DE 20X0							
ACTIVO	Sociedad «X»	Sociedad «Y»	Sociedad «Z»	Agregado	ELIMINACIONES		Consolidado
					Debe	Haber	
Inmovilizado no financiero	100	25.900	17.000	43.000	2.420	300	45.120
Participación en sociedad «Y» 80%	9.000			9.000		9.000	0
Participación en sociedad «Z» 90%		10.000		10.000		10.000	0
Existencias	80	7.200	9.700	16.980	200	50	17.130
Clientes		3.100	2.400	5.500		450	5.050
Otro activo	4.589	450	725	5.764			5.764
Fondo comercio consolidación				0	1.240 + 3.340	186 + 847	3.547
PASIVO	13.769	46.650	29.825	90.244			76.611
Capital social	1.000	3.000	10.000	14.000	13.000		1.000
Reservas	8.097	25.690	10.600	44.387	550 + 50 + + 10.600 + 124 + + 24.966 + 726		9.741
Pérdidas y ganancias «X»	172			172	2.370 + 121	2.319	0
Pérdidas y ganancias «Y»		1.460		1.460	300 + 62 + 1.848	550 + 200	0
Pérdidas y ganancias «Z»			2.125	2.125	2.125		0
Acreedores a largo plazo	3.000	12.500	2.000	17.500	450		17.050
Acreedores a corto plazo	1.500	4.000	5.100	10.600			10.600
Reservas sociedades consolidadas				0	3.600	3.600 + + 22.012,8	22.012,8
Intereses socios externos				0		8.240 + 6.313,2	14.553,2
P y G dominante subgrupo					3.123	3.123	0
P y G atribuidas a socios externos						850 + 624,6	1.474,6
P y G dominante grupo						179,4	179,4
	13.769	46.650	29.825	90.244	71.215	71.215	76.611

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Los nuevos reglamentos tributarios

CALVO ORTEGA, R. (Dir.) y TEJERIZO LÓPEZ, J.M. (Coord.)

Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, 569 págs.

La nueva Ley General Tributaria aprobada en 2003 precisaba del debido desarrollo de sus disposiciones que, en la práctica, se ha ido produciendo a través de la aprobación de varios Reglamentos. No escapa, por ello, que el mayor interés de esta obra colectiva está representado por ser la primera que compendia en este libro diversos estudios acerca de los Reglamentos Generales de Recaudación, sobre el régimen sancionador y revisión en vía administrativa, que son los aparecidos hasta el momento –quedando aún pendiente de aprobación únicamente el Reglamento que desarrolle la aplicación de los tributos–.

Así, el director de la obra, CALVO ORTEGA, toma el testigo de la obra *La nueva Ley General Tributaria* (también editada por Thomson-Civitas), para prestar atención a los aspectos normativos que en desarrollo de la anterior se han establecido en estos Reglamentos Generales.

En atención al objeto de estudio, el libro está constituido por tres bloques diferenciados que se corresponden con cada uno de los tres Reglamentos tributarios mencionados: recaudación, régimen sancionador y revisión.

En primer lugar, en cuanto al **Reglamento de Recaudación** se encuentran seis capítulos que comprenden las cuestiones más candentes reguladas por dicho cuerpo normativo: extinción y garantías de la deuda, ámbito de aplicación del Reglamento, procedimiento de apremio, procedimiento frente a los responsables tributarios, procedimiento frente a sucesores de la deuda tributaria y el aplazamiento y fraccionamiento del pago.

Pues bien, en el primer capítulo, sobre la **extinción y garantías de la deuda tributaria**, VEGA HERRERO, M. llama la atención sobre la ausencia de regulación de los plazos de pago en el Reglamento General de Recaudación, que, a su juicio, debería haberse incluido, entre otras razones, porque el ámbito que abarca el Reglamento General de Recaudación trasciende el campo de las obligaciones tributarias a que se aplica la Ley General Tributaria. Tras el análisis de las distintas modalidades de pago y su contraste con la anterior regulación, se abordan otras formas de extinción de la deuda tributaria, como la compensación, con escasas novedades respecto del

Reglamento anterior, y la extinción de deudas de las entidades de derecho público mediante deducciones sobre transferencias que el Reglamento General de Recaudación detalla, considerando este supuesto como otra forma de extinción de deudas, lo cual altera el criterio anterior de encajarlo entre los supuestos de compensación. Por lo que se refiere a la regulación de las garantías la Profesora destaca que es bastante puntual.

Del segundo capítulo, sobre el **ámbito de aplicación del Reglamento General de Recaudación**, se ocupa CALVO VÉRGEZ, J., haciendo un extenso recorrido por el conjunto de cuestiones generales del Reglamento General de Recaudación. De entre ellas, deben subrayarse por su relevancia los principios aplicables a la recaudación tributaria, la determinación de los sujetos intervinientes en el procedimiento de recaudación y las reglas que rigen el desarrollo de este procedimiento. Es de notable interés la amplia atención prestada a los tipos de ingresos que pueden derivarse de la gestión recaudatoria clasificados por su naturaleza y por el criterio del ente público receptor de dichos ingresos.

El coordinador de la obra, TEJERIZO LÓPEZ, J.M., dedica su atención al **procedimiento de apremio** en el capítulo tercero de la obra. En primer lugar, se realizan diversas consideraciones generales sobre el procedimiento de apremio y su concurrencia con otros procesos. A continuación se analiza detalladamente cada una de las fases del procedimiento, así como los motivos de oposición al mismo que pueden alegar tanto el interesado como los terceros. El Profesor dota de relevancia a determinadas precisiones realizadas por el Reglamento General de Recaudación como la incorporación en la actual regulación de la fijación de la preferencia del procedimiento de apremio tomando en cuenta la fecha de la diligencia de embargo.

Por su parte, GARCÍA CALVENTE, Y., estudia los **procedimientos de recaudación** que se llevan a efecto, por un lado, **frente a los responsables tributarios** y, por otro, **frente a los sucesores de la deuda tributaria**, que conforman los capítulos cuarto y quinto de la obra, respectivamente. En cuanto al primero de ellos, la cuestión esencial es el tema de la declaración de responsabilidad, junto a las certificaciones que deben expedirse por adquisición de explotaciones o actividades económicas y aquéllas expedidas a instancia de los contratistas o subcontratistas, destacadas por constituir un tema de nueva regulación en la Ley General Tributaria, y que son desarrolladas en sus aspectos formales por el Reglamento General de Recaudación. Respecto al procedimiento frente a los sucesores, las cuestiones que adquieren mayor protagonismo en el estudio son el requerimiento de pago a los sucesores y el procedimiento a seguir frente a socios y partícipes en caso de disolución de la entidad, atendiendo a las distintas situaciones que se producen en razón de si el ente posee o no personalidad jurídica y si se produce la disolución sin liquidación.

Para finalizar con el primer bloque de la obra, en el capítulo sexto CALVO ORTEGA, R. se dedica al **aplazamiento y fraccionamiento del pago**. En esta ocasión, el profesor analiza de forma rigurosa el régimen jurídico del aplazamiento de pago, desde la naturaleza del acto de concesión, el objeto de aplazamiento, hasta el procedimiento y efectos que genera la concesión de dicho aplazamiento. Asimismo, otras cuestiones de interés son las posibilidades de un segundo aplazamiento de pago y el fraccionamiento de la deuda tributaria.

De forma conjunta, en un solo capítulo (el séptimo), se presta atención al **Reglamento sancionador** y, en concreto, al régimen jurídico de las **infracciones y sanciones tributarias**, así como a su procedimiento de imposición. Las autoras de esta sección son ANÍBARRO PÉREZ, S. y SESMA SÁNCHEZ, B., conocidas expertas en esta materia, que ofrecen un tratamiento integral y amplio al tema. En nuestra opinión, este proceder precisa de la visión unitaria que, de hecho, se sigue, por dos razones fundamentales: en primer lugar, la nueva regulación del derecho tributario sancionador que es de gran entidad, en un ámbito jurídico donde, no escapa a ambas Profesoras, la correspondencia entre infracciones y sanciones tributarias ha de revelar una coherencia interna supeditada a la presencia de la debida proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora; en segundo lugar, el método escogido que, en lugar de hacer un análisis artículo a artículo, se caracteriza por su carácter más didáctico y sistemático que el propiamente escogido por el legislador del Reglamento sancionador. Así pues, la estructura de este capítulo atiende, en primera instancia, a los principios que informan la potestad sancionadora, a continuación, el régimen de las infracciones, seguidamente, la esencial problemática de cuantificación de las sanciones tributarias, y, finalmente, el procedimiento sancionador, materia en la que se distingue la tramitación separada del procedimiento sancionador respecto de la tramitación conjunta del procedimiento sancionador y de los procedimientos de aplicación de los tributos.

En tercer y último lugar, el tratamiento del **Reglamento de revisión** se realiza diseñando su análisis en cinco capítulos que, sucesivamente, se ocupan de los procedimientos especiales de revisión, el recurso de reposición, las reclamaciones económico-administrativas, recursos de alzada y recursos para unificación de criterio y doctrina y, por último, la ejecución de resoluciones y el reembolso del coste de garantías.

Por lo que respecta al capítulo octavo, que corre a cargo de CHECA GONZÁLEZ, C., conviene destacar la atención pormenorizada que los **procedimientos especiales de revisión** reciben por el Profesor, que es sobradamente reconocido como uno de los tributaristas de mayor solvencia en esta materia. Tras referirse a las disposiciones de aplicación general que contiene el Reglamento de revisión, se ocupa de cada uno de los procedimientos que en esta materia pueden desarrollarse en vía administrativa: la revisión de actos nulos de pleno derecho, la declaración de lesividad de actos anulables, la revocación de actos de aplicación de los tributos y reimposición de sanciones, la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos y, por último, la devolución de ingresos indebidos. Es notoria la calidad de este estudio tanto por la profundidad con que se abordan los temas —especialmente, los aspectos procedimentales—, como por la exhaustividad de las citas doctrinales y de diversa documentación junto a la abundancia de pronunciamientos jurisprudenciales referenciados.

Los tres siguientes capítulos tratan sobre los recursos que los interesados pueden interponer al efecto de solicitar la revisión de actos en materia tributaria.

En primer lugar, RUIZ GARIJO, M., adelanta, en el capítulo noveno, que el Reglamento General de Revisión incorpora pocos elementos sustanciales en este ámbito, dado el «exceso legislativo» en que ha incurrido la Ley General Tributaria. No obstante, la autora, en relación con el **recurso de reposición**, señala algunas cuestiones que son aclaradas por el Reglamento.

Igualmente se detiene en la iniciación y tramitación de dicho recurso de reposición, en la cual se destaca el análisis de la suspensión del acto impugnado. La misma autora, en el capítulo undécimo se ocupa de examinar las disposiciones en relación con el **recurso de alzada y recursos para la unificación de criterio y unificación de doctrina**, que tienen en la práctica un uso más reducido.

Por otro lado, GARCÍA-MONCÓ, A. desarrolla el capítulo décimo acerca de las **reclamaciones económico-administrativas**, apartado en el que el autor aprecia la apremiante necesidad de un Reglamento general, habida cuenta de la supresión por la Ley General Tributaria del marco normativo de las reclamaciones económico-administrativas. En el recorrido por el régimen de este recurso se pone de relieve la nueva regulación a través de su comparación con la anterior normativa, prestando especial cuidado a los requisitos de suspensión de la ejecución del acto impugnado, así como a procedimiento, tanto general como abreviado, que sirven de cauce a la reclamación.

La obra se cierra con el examen de una cuestión que suscita no pocas controversias como es la **ejecución de resoluciones y el reembolso del coste de garantías**, que constituye el contenido del capítulo duodécimo y que firma RUIZ GARIJO, M. La regulación que recibe este tema es más detallada en el actual Reglamento General de Revisión que en la antigua normativa, particularmente en lo que concierne a la ejecución de resoluciones.

En definitiva, la valía de los autores que participan en esta obra aporta una gran calidad a su contenido. Todos ellos han puesto de manifiesto con especial cuidado la relevancia de las disposiciones de los nuevos Reglamentos Generales en materia tributaria, destacándose tanto la claridad y sistematicidad, como el análisis exhaustivo de la práctica totalidad de los aspectos problemáticos que podían suscitarse de los textos normativos. El éxito del libro se garantiza por el esfuerzo de coordinación de TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y la notoriedad científica de su director CALVO ORTEGA, R.

Gemma Patón García



El responsable tributario

Mercedes NAVARRO EGEA

Editorial Iustel (Madrid), 2006, 169 págs.

Este nuevo libro de Mercedes NAVARRO EGEA, profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Murcia, se ocupa de realizar un análisis jurídico general acerca de la figura de la responsabilidad tributaria. Para ello distingue, a lo largo de los tres capítulos de que consta la obra, el estudio de los elementos comunes sobre los que se asienta la institución y los supuestos tipificados en su doble modalidad de responsabilidad solidaria y subsidiaria.

Dentro del primer capítulo, tras el reflejo de lo dispuesto en el artículo 41 de la vigente Ley General Tributaria, la autora acomete la caracterización del responsable, teniendo en cuenta las numerosas incursiones realizadas previamente por la doctrina, a partir de las siguientes notas:

- 1.^a *Su independencia frente a otros obligados tributarios*; pudiendo el responsable aparecer junto a un amplio catálogo de sujetos a los que se dota de la condición de deudores principales (contribuyentes, sustitutos, obligados a realizar pagos fraccionados, ingresos a cuenta y retenedores, obligados a repercutir, obligados a soportar retenciones, ingresos a cuenta y repercusiones, los sucesores y beneficiarios de supuestos de exención, devolución o bonificaciones tributarias que no tuvieran la condición de sujetos pasivos), entre los que se encuentran los sujetos infractores, según recuerda el artículo 181.2 de la Ley General Tributaria.

Sin embargo, la ampliación del concepto de responsable que esto supone queda en entredicho con la sucesiva confrontación a que se ve sometida la figura en relación con situaciones subjetivas en las que no parece factible vincular supuestos de responsabilidad. De esta manera, en opinión de NAVARRO EGEA, la búsqueda de una explicación razonable de aquella ampliación pasaría por la instrumentación de la responsabilidad tributaria como mecanismo sancionador.

- 2.^a *La ausencia de participación en la realización del hecho imponible*, esto es, el responsable no realiza el hecho imponible, sino un supuesto de hecho autónomo, distinto del anterior, que viene fijado legalmente y que presenta un contenido variado, no siendo necesario que guarde una relación directa con el hecho imponible, aun cuando esté subordinado a la realización del mismo.
- 3.^a *El contenido de la obligación del responsable*, que se trata de una prestación patrimonial propia, según se deduce de los apartados 3 y 4 del artículo 41 de la Ley

General Tributaria, revestida de las siguientes características: 1.º Es una obligación material de contenido limitado al pago de la deuda tributaria a satisfacer en período voluntario, aunque pueda resultar incrementada por intereses y recargos en virtud de los actos del propio responsable, y 2.º Es una obligación accesorio y dependiente de la obligación tributaria principal.

- 4.ª *El origen legal de la responsabilidad*; nota esta común a las restantes situaciones subjetivas pasivas de la relación jurídico-tributaria.

Después de recorrer los anteriores aspectos que caracterizan la figura examinada, la autora se detiene de modo particular en el análisis de los apartados 3 y 4 del artículo 41 de la Ley General Tributaria –resolviendo el problema de la extensión de la responsabilidad– y da cuenta de otros elementos de su régimen jurídico relacionados con las clases de responsabilidad, el desarrollo procedimental, los medios de impugnación de los actos de derivación de responsabilidad, la adopción de medidas cautelares y la extinción de la obligación del responsable.

En relación al primer asunto, se da información en el libro de las diferentes interpretaciones surgidas en relación con el concepto de deuda asumida por el responsable y la incidencia sobre la misma de intereses y recargos ejecutivos y por declaración extemporánea. También se alude a la extensión de la responsabilidad derivada de infracciones tributarias.

Luego observa las notas definitorias de las dos modalidades de responsabilidad derivadas de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley General Tributaria: «la responsabilidad solidaria tiene carácter excepcional, ha de venir establecida expresamente por la ley y no precisa la excusión del patrimonio del deudor principal; la subsidiaria, sin embargo, se presume cuando la ley silencie este extremo, siendo su rasgo distintivo la necesaria excusión del patrimonio del deudor principal». No obstante, como reconoce la profesora Navarro Egea, en las dos clases de responsabilidad concurren caracteres propios de la solidaridad y la subsidiariedad, comentando luego la más gravosa situación comparativa del responsable subsidiario frente al solidario tanto por lo que se refiere a la reparación de su merma patrimonial frente al deudor insolvente y el cómputo del plazo de prescripción para ese tipo de responsabilidad.

Mayor espacio dedica al tratamiento del procedimiento de derivación de responsabilidad que la nueva Ley General Tributaria configura como un procedimiento de recaudación autónomo cuyo comienzo se supedita a la existencia de un acto administrativo de declaración de responsabilidad (art. 174 de la LGT), fase esta diferenciada o «procedimiento puente» entre el de recaudación seguido frente al deudor principal y el que se lleva a cabo para exigir la responsabilidad solidaria (art. 175 de la LGT) o subsidiaria (art. 176 de la LGT). En realidad, estos dos últimos preceptos legales no regulan un auténtico procedimiento que pueda identificarse con las consabidas fases de iniciación, desarrollo y terminación, teniendo que acudir a lo que establece el propio artículo 174 de la LGT para conocer lo que sucederá si el responsable no paga en período voluntario, así como la impugnación del acto de derivación de responsabilidad (apdos. 6.º y 5.º, respectivamente).

La autora se refiere más adelante a las actuaciones que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 41.5 de la Ley General Tributaria, la Administración puede llevar a cabo con carácter previo a la declaración de responsabilidad. Por un lado está la posibilidad de adoptar medidas cautelares para asegurar el cobro de las deudas tributarias sobre el patrimonio del responsable y, por otro, la de realizar actuaciones de investigación para aseguramiento del cobro, con las facultades previstas en los artículos 142 y 162 de la Ley General Tributaria para los órganos inspectores y de recaudación, respectivamente. Ambas actividades preliminares pueden producirse con independencia de la modalidad de responsabilidad. No sucede así con la declaración de fallido que constituye el presupuesto necesario para exigir el pago al responsable subsidiario. El capítulo concluye con el comentario del pago y la prescripción como fórmulas de extinción de la obligación del responsable y del derecho de reembolso que tiene frente al deudor principal en los términos previstos en la legislación civil (art. 41.6 de la LGT).

En el capítulo segundo de la obra que comentamos se considera, de manera individualizada, cada uno de los cuatro supuestos de responsabilidad solidaria que contempla el artículo 42 de la Ley General Tributaria, a saber: 1.º Responsabilidad derivada de la participación en infracciones tributarias; 2.º Responsabilidad de los partícipes o miembros de las entidades sin personalidad jurídica a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria; 3.º Responsabilidad por sucesión de empresas, y 4.º Responsabilidad por actuaciones que dificulten la actividad recaudatoria.

Por su parte, en el capítulo tercero se hace lo mismo en relación con los supuestos de responsabilidad subsidiaria señalados en el artículo 43 de la Ley General Tributaria, que son: 1.º Responsabilidad de los administradores de personas jurídicas; 2.º Responsabilidad de los liquidadores de las sociedades en concurso; 3.º Responsabilidad de los adquirentes de bienes afectos por la ley al pago de la deuda tributaria; 4.º Responsabilidad de los agentes y comisionistas de aduanas, y 5.º Responsabilidad de los contratistas o subcontratistas.

Nos remitimos, por su interés, a la lectura de ambos capítulos, limitándonos ahora a advertir que el proyecto de ley de medidas para la prevención del fraude fiscal que se está tramitando en las Cortes Generales modifica la regulación del artículo 42 de la Ley General Tributaria al extender la responsabilidad a las sanciones tributarias a quienes oculten bienes, incumplan las órdenes de embargo o levanten los bienes embargados.

En cuanto al artículo 43 de la Ley General Tributaria, se introducen dos nuevos supuestos de responsabilidad subsidiaria inspirados en la doctrina del levantamiento del velo y que también alcanzarán a las sanciones tributarias:

- «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 éstas, 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.»

- «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 éstos, 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.»

El proyecto de ley da un paso más con estos supuestos de extensión de la responsabilidad a las sanciones de querer proteger sobre todo la acción recaudatoria, pese a sacrificar el principio de responsabilidad de la sanción en algunos supuestos.

En lugar de seguir frecuentando el camino de la desnaturalización de figuras típicas de Derecho tributario bajo el argumento de perseguir conductas antijurídicas y evitar el fraude fiscal, sería más correcto configurar como tipos específicos de infracción y tener en cuenta el respectivo grado de participación de responsables por ser cómplices o coautores de infracciones, administradores negligentes, quienes frustren un embargo en el procedimiento de apremio, etc.

Pero que no se hayan tipificado autónomamente aquellas conductas no puede entenderse como una autorización en blanco concedida a la Administración para que pueda recorrer sin problemas los procedimientos frente a responsables tributarios sin la debida incorporación de todas las garantías que serían de aplicación en el ámbito de un verdadero procedimiento sancionador.

Así lo ha declarado hace muy poco el Tribunal Constitucional (STC 85/2006, de 27 de marzo), al otorgar el amparo, reconociendo su derecho a la tutela judicial efectiva, a varios responsables subsidiarios de una entidad, de la que habían formado parte del Consejo de Administración. Como quiera que la derivación de responsabilidad respecto de las sanciones tiene su origen en un comportamiento ilícito de los recurrentes, el TC concluye que las cantidades que les reclama la Administración tienen naturaleza punitiva y, en consecuencia, la responsabilidad exigida en este caso es materialmente sancionadora, corroborándolo el artículo 182 de la nueva Ley General Tributaria (FJ 3.º), resultando aplicables las garantías materiales y procesales que se deducen de los artículos 25.1 y 24.2, ambos de la CE (FJ 4.º).

Miguel Ángel Martínez Lago



La prueba en los procedimientos tributarios tras la aprobación de la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)

Javier PÉREZ ARRAIZ

Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco (Bilbao), 2006, 171 págs.

En seis capítulos, a los que se añade una breve introducción, así como la pertinente indicación de la bibliografía utilizada, ha sistematizado el autor el tratamiento de un tema clásico —«la prueba»— correspondiente con los procedimientos de aplicación de los tributos, reavivado con el nuevo marco normativo resultante de la Ley 58/2003, General Tributaria.

Al principio de la obra, el autor esclarece los límites de su investigación y también su finalidad: «una de las cuestiones centrales que aborda este estudio es el conflicto entre la Administración que, con el fin de actuar de una forma eficaz, cuenta con una serie de instrumentos a su favor, como presunciones, ficciones, etc.; y los ciudadanos que tienen, entre los derechos recogidos en la Constitución, el derecho a la prueba. El presente trabajo pretende buscar soluciones que supongan un equilibrio entre los intereses en conflicto». Asimismo, circunscribe el tratamiento prestado a la prueba por la Ley General Tributaria: con carácter general, los artículos 105 a 108 que, en función de lo ordenado por el artículo 214.1 de la misma norma, resultarán también de aplicación en los procedimientos especiales de revisión y de resolución de recursos y reclamaciones administrativas. También los artículos 51 (estimación directa de la base imponible), 158.3 b) (aplicación del método de estimación indirecta), 203.1.a) (delimitación de la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria) y 151.1 c) (lugar de desarrollo de las actuaciones inspectoras).

En el capítulo primero, con el afán de superar la contraposición de concepciones materiales y formales sobre la prueba, se señala que en la misma hay que ver «más que una actividad sustancialmente dirigida a conseguir el convencimiento psicológico del órgano encargado de decidir en relación a la existencia o inexistencia, la veracidad o falsedad, de una serie de datos. Luego se distingue entre la prueba de Derecho y la prueba de hechos, distinguiendo en último término las categorías de proceso y procedimiento, utilizando para esto el criterio de existencia o no de actividad jurisdiccional.

El siguiente capítulo se plantea la controversia en relación a la existencia de prueba en los procedimientos tributarios. Primero se recorren las posturas contrarias o que entienden que la prueba se dirige a lograr el convencimiento de un juez, no teniendo cabida en los procedimientos que tienen lugar fuera del proceso, en los que no rige el principio de *non liquet*,

y que únicamente en los procedimientos en los que rige el principio dispositivo cabe hablar de carga de la prueba. Luego, para rebatir la idea de que en los procedimientos de aplicación de los tributos no se prueba sino que se comprueba, el autor afirma que, en algunos aspectos, entre la actividad comprobadora y la actividad probatoria no hay diferencias sustanciales, ya que tanto el juez como la Administración en su actuar lo que hacen es fijar presupuestos de hecho a los que posteriormente les aplican normas jurídicas. Y la remisión que realiza la Ley General Tributaria a las normas de Derecho Civil y Procesal en materia de prueba (ver arts. 1.216 a 1.225 y 1.227 a 1.230 del CC, así como los arts. 281 a 393 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) favorece que surjan paralelismos entre el procedimiento tributario y el proceso jurisdiccional.

La falta de remisión a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que hubiera resultado más lógica, no tiene mayor trascendencia por basarse en los mismos principios de no limitación de los medios de prueba (no tasada) y de libre apreciación (en cuanto a la valoración), «de acuerdo con las reglas de la sana crítica», debiendo justificarse, únicamente, los medios tomados en consideración.

El autor considera que lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución tendría perfecta aplicación –aun tratándose de derechos fundamentales cuya fuerza está reservada para el espacio penal– en el ámbito tributario, dado que en las normas tributarias se definen derechos y obligaciones para la Administración y los obligados tributarios, y que frente a la obligación de pagar está el derecho a no pagar más de lo establecido legalmente.

Por otro lado está el hecho de que toda situación de conflicto entre la Administración y el contribuyente, en la aplicación de los tributos, tiene en el fondo, como señala PÉREZ ARRAIZ, los mismos problemas que los planteados ante la jurisdicción ordinaria y, dada la importancia de las consecuencias económicas que se pueden producir para el administrado, se ha resaltado la importancia de la prueba en la aplicación del tributo. Y todo ello con independencia de que esta aplicación esté privada de todo carácter jurisdiccional.

El capítulo tercero se refiere a la carga de la prueba –según el art. 105.1 de la Ley General Tributaria: «En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo»–, que tiene como finalidad determinar quién ha de sufrir las consecuencias desfavorables de una ausencia o insuficiencia de prueba de los hechos de los que depende la resolución del órgano decisor. Como recuerda el autor: «en los procedimientos tributarios tiene vigor el principio inquisitivo, o de investigación de oficio, en los que se busca la verdad material, sin que haya que esperar a la actuación de las partes, y al margen de las pretensiones de la otra parte. Los derechos que entran en juego en dicho procedimiento son de carácter público e indisponibles, y en él rige el principio de legalidad según el cual los tributos se deben aplicar sólo cuando se realicen los presupuestos de hecho que configuran su hecho imponible».

En el capítulo cuarto se plantea qué debe suceder para que el órgano decisor, a la hora de resolver, pueda tener en cuenta los hechos que han sido objeto de prueba: 1.º Que éstos hayan sido probados a través de los medios de prueba, y 2.º Habrá que proceder a la valoración de la prueba, esto es: determinar qué hechos han de considerarse existentes y qué afirmaciones habrán de ser tenidas por ciertas. El autor comenta la pobreza que presentan las normas tributarias generales y, en especial, la Ley General Tributaria en materia de medios de prueba.

Como excepción al criterio de prueba libre están los casos de prueba tasada que opera el artículo 106.2 a 4 de la Ley General Tributaria:

- 1.^a La ley propia de cada tributo podrá exigir requisitos formales de deducibilidad para determinadas operaciones que tengan relevancia para la cuantificación de la obligación tributaria.
- 2.^a Justificación prioritaria de los gastos deducibles y las deducciones que se practiquen, cuando estén originados por operaciones realizadas por empresarios o profesionales, mediante la factura –entregada por el empresario o profesional que haya realizado la correspondiente operación– o mediante el documento sustitutivo emitido con ocasión de su realización que cumplan en ambos supuestos los requisitos señalados en la normativa tributaria.
- 3.^a Procedencia y cuantía de compensaciones de bases o cuotas y deducciones aplicadas –también pendientes de compensación o aplicación– que tuviesen su origen en ejercicios prescritos, mediante la exhibición de las liquidaciones o autoliquidaciones en que se incluyeron, la contabilidad y los oportunos soportes documentales. La razón de este supuesto de prueba tasada está en que la legislación del Impuesto sobre Sociedades contempla un plazo de compensación de pérdidas de 10 años, superior al de prescripción.

Completa la regulación de la prueba el señalamiento que la Ley General Tributaria realiza de determinados medios de prueba entre los que se encuentran las presunciones. Curiosamente, al referirse a las mismas, el redactor de la Ley General Tributaria (art. 108) ha incluido elementos probatorios que no son técnicamente presunciones. De manera esquemática tenemos:

- *Valor probatorio de las diligencias y actas.*

Aunque el artículo 107 de la Ley General Tributaria sólo se refiere a las primeras, el mismo valor tienen las actas de la inspección (art. 144 de la LGT) que, aparte de constancia de los hechos, contienen propuestas de liquidación. Ambos son documentos públicos que se extienden en el curso de las actuaciones y procedimientos tributarios haciendo prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario. Los hechos contenidos en las diligencias y actas que sean aceptados por los obligados tributarios también hacen prueba y sólo podrán rectificarse por los mismos si se prueba que incurrieron en error de hecho. En relación

con la anterior Ley General Tributaria se planteó si el valor de las actas y diligencias se adecuaba al derecho a la presunción de inocencia previsto por el artículo 24.1 de la CE, resolviendo la cuestión la STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8.º B, al señalar que la norma no era inconstitucional siempre que se interpretase con el alcance que promovió el propio Tribunal Constitucional al entender que establecía una presunción *iuris et de iure* de veracidad o certeza de los documentos de la Inspección, ya que expresamente admitía la acreditación en contrario. En suma, con los artículos 107 y 144 de la Ley General Tributaria estaríamos ante «.. un primer medio de prueba sobre los hechos que constan en las actas y diligencias de la Inspección tributaria, cuyo valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba. A ello debe añadirse que ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias».

- *Valor probatorio de declaraciones de los registros fiscales y públicos.*

Así lo establece el artículo 108.3 de la Ley General Tributaria, incluyéndolo entre las presunciones. Quien figure en un registro público, en general, o fiscal, como titular de un bien, derecho, empresa, servicio, actividad, explotación o función será tomado como tal por la Administración, sin perjuicio de que el interesado pueda probar lo contrario.

- *Valor probatorio de las manifestaciones del obligado tributario.*

Según recoge el artículo 108.4 de la Ley General Tributaria, también entre las presunciones, los datos y elementos de hecho consignados en autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios o que hayan sido requeridos por la Administración ejercen papel probatorio –se presumen ciertos para ellos–, sin perjuicio de la rectificación mediante prueba en contrario. Tratándose de datos obtenidos en cumplimiento de la obligación de suministro de información, como hacen prueba sobre la situación tributaria de terceros, deberán ser contrastados si se alega inexactitud o falsedad en los mismos, pudiendo exigir la Administración que los interesados se ratifiquen en sus manifestaciones y aporten prueba de las mismas.

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha rechazado que se vulnere el derecho a la no autoincriminación como consecuencia de un procedimiento inspector seguido contra una sociedad, de la que era presidente y consejero delegado el demandante de amparo, quien fue condenado penalmente por delitos contra la Hacienda Pública (STC 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2.º, 3.º y 4.º) y que sostenía que la condena se habría fundamentado exclusivamente en los listados, libros, justificantes y registros contables que, bajo coacción, se habían aportado a la Inspección (idéntica doctrina se mantiene en la STC 68/2006, de 13 de marzo).

En la obra que comentamos se consideran algunos medios de prueba que, si bien no han sido expresamente recogidos en la Ley General Tributaria, pueden tener cabida en el

ámbito tributario. Es el caso de la prueba testifical a la que podría recurrirse en determinados supuestos como, por ejemplo, cuando por circunstancias excepcionales hayan quedado destruidas las pruebas documentales y sea necesario para la reconstrucción del hecho imponible y el cálculo de la base imponible el testimonio de un tercero conocedor de los hechos. También se refiere el autor a la intervención como testigos de los funcionarios públicos, decantándose por su no admisión dado el mínimo interés en que el trabajo funcional no sea cuestionado por resoluciones posteriores.

También se comenta la participación de peritos como auxiliares de jueces y órganos decisores, así como si los funcionarios de la Administración tributaria pueden actuar como peritos en la tasación o valoración de bienes, derechos o patrimonios. Luego se comentan otros medios de prueba como el reconocimiento judicial, la prueba documental, la reproducción de palabras, sonidos y otros instrumentos de archivo de datos.

En orden a la valoración de los medios de prueba, primero se alude a dos posibles sistemas de fijación de su eficacia —el sistema de prueba legal o tasada y el de prueba libre, entendiendo que el sistema español adopta un modelo mixto en el que, según los casos, se aplica la prueba tasada o libre— y luego se analizan una serie de documentos que juegan un papel trascendental en el ámbito tributario, como son, dentro de los documentos privados, las facturas, y entre los documentos públicos, las actas de la Inspección. El capítulo se cierra con el estudio de la declaración tributaria y de los medios de prueba obtenidos ilícitamente que, sobre la base de lo dispuesto por el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no surtirán efecto en ningún procedimiento.

En el capítulo quinto se plantea el papel de las presunciones que, además de servir de instrumento de lucha contra el fraude fiscal, sirven para determinar elementos de hecho que se desconocen o son difícilmente precisables, y que pueden afectar a la existencia y dimensiones del hecho imponible, a la determinación de la base imponible, e incluso a la selección del tipo impositivo aplicable.

El artículo 108.1 y 2 de la Ley General Tributaria dispone las siguientes reglas sobre las presunciones:

- 1.^a Las presunciones establecidas por las normas tributarias (presunciones legales) pueden destruirse mediante prueba en contrario, excepto en los casos en que una norma con rango de ley expresamente lo prohíba. Como vemos, con carácter general, las presunciones serán relativas o *iuris tantum*.
- 2.^a Para que las presunciones no establecidas por las normas (presunciones judiciales o pruebas de indicios) sean admisibles como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

El autor se refiere a la clasificación entre presunciones legales y presunciones «*hominis*» y, dentro del primer grupo, distingue entre las de carácter relativo y las absolutas, llamando la atención sobre la posible inconstitucionalidad de estas últimas.

Por fin, el capítulo sexto se dedica a la prueba en la aplicación del régimen de estimación indirecta de la base imponible que supone, en opinión de PÉREZ ARRAIZ, un reparto de la carga de la prueba.

Miguel Ángel Martínez Lago