

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

C/ Viriato, 52
28010 MADRIDC/ Gran de Gràcia, 171
08012 BARCELONAC/ Alboraya, 23
46010 VALENCIAC/ Ponzano, 15
28010 MADRID

www.cef.es

902 88 89 90

info@cef.es

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:

- Roberto Alonso Alonso
(Inspector de Hacienda del Estado)
- Juan Arrieta Martínez de Pisón
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- Inmaculada de Benito Cámara
(Profesora del CEF)
- Inocencio Carazo González
(Auditor de Cuentas)
- José Luis Cea García
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)
- Álvaro Cuervo García
(Catedrático de Economía de la Empresa)
- María Antonia García Benau
(Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad)
- Lorenzo de las Heras Miguel
(Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)
- Pedro Manuel Herrera Molina
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario)
- Prosper Lamothe Fernández
(Catedrático de Economía de la Empresa)
- Antonio Longas Lafuente
(Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid)
- Diego Marín-Barnuevo Fabo
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario)
- Ignacio Martínez Churruarín
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)
- Clara Muñoz Colomina
(Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad)
- Francisco José Palacio Ruiz de Azagra
(Inspector de Hacienda del Estado)
- Carlos Palao Taboada
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- José Luis Pérez de Ayala y López de Ayala
(Catedrático Emérito de Hacienda Pública y Derecho Tributario)
- José Antonio Rodríguez Ondarza
(Catedrático de Hacienda Pública y Sistema Fiscal)
- Javier Romano Aparicio
(Profesor del CEF)
- Andrés Sánchez Pedroche
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario)
- Eduardo Sanz Gadea
(Inspector de Hacienda del Estado)
- José Tovar Jiménez
(Profesor del CEF)
- Jorge Tua Pereda
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)

ENERO 2005 – NÚMERO 262

Sumario

	Página
TRIBUTACIÓN:	
1/2005 La fiscalidad de los beneficios societarios y de los capitales en la Unión Europea. Principios fundamentales.	3
(Nina Teresa Sousa Santos Aguiar)	
2/2005 Relaciones entre el Impuesto sobre el Valor Añadido y la Ley 49/2002, del régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro.	73
(Alejandro Blázquez Lidoy)	
3/2005 Consideraciones sobre neutralidad fiscal en el ámbito empresarial.	103
(Carlos María López Espadafor)	
4/2005 El cómputo del plazo de tramitación del procedimiento sancionador en materia tributaria.	141
(Félix Alberto Vega Borrego)	
5/2005 A vueltas con la motivación suficiente que debe presentar toda comprobación de valores. ...	151
(Juan Calvo Vérguez)	
6/2005 Declaración de lesividad y aplicación de deducciones en el caso de separación de la sociedad del grupo fiscal.	161
(Miguel Wert Ortega)	
7/2005 Consideraciones acerca de la configuración de la ocultación en nuestro régimen sancionador.	175
(Clara Jiménez Jiménez)	
CONTABILIDAD:	
8/2005 El conocimiento organizativo tecnológico como fuente de ventaja competitiva.	191
(Inmaculada Aguiar Díaz, Nieves Lidia Díaz Díaz y Petra de Saa Pérez)	
9/2005 Consultas planteadas al ICAC.	247
(Miguel Ángel Gálvez Linares y Javier Fernández González)	
10/2005 Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado. ..	253
(Inmaculada de Benito Cámara)	
RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA	279

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.

ESTUDIOS FINANCIEROS
REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

• REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

C/ Viriato, 52 - 28010 MADRID
Telf.: 914 444 920

• EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.A.

• IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.
Avda. Córdoba, 21 - 2.º 1.ª
28026 MADRID

• ISSN: 1138-9540

• DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

• SUSCRIPCIÓN ANUAL (2005) 120,20 € (IVA no incluido)

Comprende dos volúmenes:

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

• SUSCRIPCIÓN ANUAL (2005) 173,08 € (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)

• SUSCRIPCIONES DE AÑOS ANTERIORES:

- Año 2000 46,15 € (IVA no incluido)
- Año 2001 50,00 € (IVA no incluido)
- Año 2002 52,88 € (IVA no incluido)
- Año 2003 54,81 € (IVA no incluido)
- Año 2004 56,74 € (IVA no incluido)

En estos precios están comprendidos los volúmenes de Comentarios y Casos prácticos de Tributación y Contabilidad. (No se incluye el volumen Legislación, Consultas, Jurisprudencia).

© 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.

TRIBUTACIÓN	LA FISCALIDAD DE LOS BENEFICIOS SOCIETARIOS Y DE LOS CAPITALES EN LA UNIÓN EUROPEA. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES	Núm. 1/2005
-------------	--	----------------

NINA TERESA SOUSA SANTOS AGUIAR

Doctoranda en la Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Financiero

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2004** en la Modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Luis PÉREZ DE AYALA Y LÓPEZ DE AYALA, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Pedro Manuel HERRERA MOLINA, doña Clara JIMÉNEZ JIMÉNEZ, don Diego MARÍN-BARNUEVO FABO y don José Antonio RODRÍGUEZ ONDARZA.

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

Extracto:

DELIMITAR el ámbito de la armonización legislativa en la fiscalidad directa, en el marco de la Unión Europea, supone caracterizar la relación que existe entre la fiscalidad directa y el funcionamiento del mercado común. En la medida en que la armonización legislativa está prevista para eliminar obstáculos relacionados con disposiciones concretas, dicho análisis debe ser de un tipo analítico. El concepto que debe utilizarse para ello es el de «obstáculo al funcionamiento del mercado común» y no el de distorsión o de neutralidad. Dicho concepto coincide parcialmente con el de restricción al ejercicio de las libertades de circulación y establecimiento en que se contiene, a su vez, la discriminación por razón de la nacionalidad o de la residencia. Los obstáculos que se incluyen en esta categoría son también aquellos que vulneran normas de efecto directo y, por ello, son los que delimitan el perímetro de actuación de la llamada integración negativa. Pero muchos de los obstáculos existentes encuentran su razón de ser en un conjunto de principios que rigen el reparto de competencias tributarias entre los países miembros de la Unión, y que están en la actualidad dirigidos a garantizar un cierto grado de equidad internacional en el reparto de dichas competencias. La remoción de los obstáculos colisiona a menudo con dichos principios de equidad, que son, designadamente, los de residencia y de territorialidad. Los actos armonizadores aprobados hasta el momento actual, fundamentalmente dirigidos a eliminar la doble imposición de fuente internacional, han logrado conciliar estos principios para unos sectores muy concretos de la imposición directa, mediante una transposición para el Derecho comunitario de las reglas del Derecho tributario internacional clásico.

Sumario:

I. Introducción.

1. Concepto de armonización legislativa: carácter instrumental y principios rectores.
2. Los condicionamientos fundamentales de la armonización legislativa en el campo de la fiscalidad directa.

II. Delimitación del campo de actuación de la armonización de la tributación directa con base en el artículo 94 TCE.

1. El problema de la elección de un criterio para evaluar la relación entre fiscalidad directa y mercado común.
 - 1.1. La noción de distorsión fiscal.
 - 1.2. La noción de obstáculo.
 - 1.3. La noción de neutralidad fiscal.
 - 1.4. Solución propuesta.
2. Las principales fuentes de distorsión fiscal relacionadas con la tributación de las sociedades y el capital –una revisión crítica–.
 - 2.1. Diferencias en el tipo efectivo de gravamen.
 - 2.2. Doble imposición de origen internacional.
 - 2.2.1. Doble imposición internacional.
 - 2.2.2. La doble imposición económica de dividendos de carácter internacional.
 - 2.3. Deducción de pérdidas transfronterizas.
 - 2.4. Ajuste de precios de transferencia.
 - 2.5. El problema de la imposición anticipada de plusvalías puestas de manifiesto en las operaciones de reestructuración empresarial.

- 2.6. Desgravación de ciertas rentas.
 - 2.7. Opacidad del sistema.
 - 3. Los obstáculos al funcionamiento del mercado común.
 - 3.1. El efecto distorsionador.
 - 3.2. Problema de ajuste entre los ordenamientos estatales.
 - 3.3. Problemas relacionados con la complejidad del sistema fiscal resultante de la diversidad normativa entre los sistemas nacionales.
 - 3.4. Diferencias en el nivel efectivo de imposición.
- III. La eliminación de los obstáculos producidos por la fiscalidad sobre los beneficios societarios y los capitales sobre el mercado común. Principales condicionamientos jurídicos.
- 1. El papel de los principios jurídicos fundamentales del Derecho comunitario en la armonización de la fiscalidad.
 - 1.1. Principios de no discriminación y de no restricción al ejercicio de las libertades de circulación.
 - 1.2. Competencias de atribución, subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad en la acción y mínima armonización.
 - 1.3. Equidad internacional.
 - 2. Las fuentes de distorsión analizadas según el modo de incompatibilidad con el Derecho comunitario.
 - 2.1. La incompatibilidad con normas de efecto directo. El área de la integración negativa.
 - 2.1.1. Discriminaciones por razón de la nacionalidad y de la residencia.
 - 2.1.2. Las restricciones prohibidas.
 - 2.2. La incompatibilidad con normas sin efecto directo.
 - 2.2.1. La disparidad legislativa.
 - 2.2.2. La doble imposición internacional.

3. Modos de incompatibilidad y efectos distorsionadores.
4. Distorsiones fiscales y equidad en la división de las rentas internacionales.

IV. Hacia una nueva regulación del sistema de reparto de las rentas internacionales.

1. Los actos armonizadores aprobados en materia de imposición de beneficios societarios y de capitales.
2. El modelo de tributación internacional de beneficios y capitales de la UE según los actos armonizadores aprobados.

V. Epílogo.

Bibliografía.

NOTA: La autora desea agradecer a la Doctora María Ángeles GARCÍA FRÍAS, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, cuyas preciosas enseñanzas y colaboración permitieron la consecución del presente trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

1. Concepto de armonización legislativa: carácter instrumental y principios rectores.

La armonización legislativa está prevista en el actual artículo 94 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE) ¹. En la acepción ahí prevista ², la cual tomamos como concepto nuclear del presente estudio, la armonización legislativa consiste en aproximar aspectos sustantivos de los ordenamientos jurídicos.

Del mencionado precepto resulta que dicha armonización no constituye un fin en sí misma, sino que tiene el carácter de un instrumento, cuya utilización está ordenada fundamentalmente a la finalidad de la realización y del buen funcionamiento del mercado común ³. Dicho carácter instrumental, unido al principio de competencias de atribución que rige en la UE ⁴ supone que a las insti-

¹ Este precepto utiliza el término «aproximación de legislaciones», que la doctrina ha identificado como armonización (sobre este punto *vid.* MILÁN MORO, L., *La armonización de legislaciones en la CEE*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 17 y ss.

² El precepto se refiere exclusivamente a la armonización legislativa, entendida como una actividad propia de las instituciones europeas y que éstas llevan a cabo en el ámbito de las competencias que les atribuye el Tratado. No incluimos, pues, en el ámbito de nuestro análisis, a la llamada convergencia legislativa espontánea, la cual podría incluirse en un concepto amplio de armonización.

³ Sobre el carácter instrumental de la armonización fiscal véanse, entre otros: ALONSO GONZÁLEZ, L. M., CORONA RAMÓN, J. F., y VALERA TABUEÑA, F., *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, pág. 39; APARICIO PÉREZ, A., «La armonización fiscal y el Impuesto de Sociedades en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, 174 (1999), pág. 67; BURGIO, M., *Derecho Fiscal Europeo*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 52 (este autor adopta, en vez de «carácter instrumental», pero con el mismo sentido, la expresión «finalidad funcional», al apuntar que las «iniciativas... que las Comunidades toman para armonizar ciertos elementos de las legislaciones fiscales de los Estados miembros... son previstas en numerosos casos para eliminar los obstáculos que se oponen a la realización de los objetivos fundamentales a alcanzar en el marco del Tratado de Roma»); CALLE SAIZ, R., *La armonización fiscal europea: un balance actual*, Editorial AC, Madrid, 1990, pág. 14; CASADO OLLERO, G., SÁNCHEZ GALIANA, J. A., y RUFÍAN LIZANA, D. M., *Estudios sobre armonización fiscal y derecho presupuestario europeo*, TAT, Granada, 1987, pág. 29; DE LA VILLA, J. M., *La armonización comunitaria en el ámbito de la imposición directa. Su problemática jurídico-contable y su incidencia en España*, Instituto de Planificación Contable, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988, pág. 69.

⁴ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2.ª edición, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 44; MOLINA DEL POZO, C. F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 3.ª edición, Ed. Trivium, Madrid, 1997, pág. 148.

tuciones europeas les está vedado emprender una acción armonizadora si ésta no está dirigida o no resulta adecuada para producir un perfeccionamiento en el mercado común. Además, en virtud del principio de subsidiariedad, es también condición para que dicha armonización sea legítima, que no pueda lograrse el mismo objetivo sin la pérdida de eficacia a través de una acción descentralizada, a nivel de los Estados miembros ⁵.

2. Los condicionamientos fundamentales de la armonización legislativa en el campo de la fiscalidad directa.

La caracterización descrita es plenamente aplicable a la armonización de la fiscalidad directa en la UE ⁶, siendo ésta un instrumento para la realización del mercado común. Pero una acción de armonización legislativa en la fiscalidad directa sólo puede llevarse a cabo cuando se cumplan un conjunto de presupuestos. El primero de ellos, de acuerdo con el tenor literal del precepto mencionado, es que existan disposiciones normativas que tengan una incidencia directa en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. Dicha incidencia ha de ser, por una necesidad lógica, de naturaleza obstaculizadora, de modo que sólo cabe un acto de armonización legislativa en la fiscalidad directa si previamente se constata la existencia de un obstáculo. En segundo lugar, se supone que el obstáculo se podrá eliminar mediante la acción de armonización elegida, es decir, que dicha acción ha de ser adecuada para eliminar el obstáculo, produciendo una mejora en el funcionamiento del mercado común. Si la acción elimina un obstáculo, creando a su vez otros nuevos, entonces no estará justificada. Y, finalmente, en virtud del principio de subsidiariedad, la acción sólo se considera legítima si el objetivo no puede realizarse sin experimentar una pérdida de eficacia a través de una acción por parte de los Estados.

La legitimidad de una acción armonizadora en la fiscalidad directa se asienta por tanto sobre unas premisas complejas, cuya verificación se lleva a cabo en momentos sucesivos. En un primer momento habrá que identificar los aspectos del funcionamiento del mercado común que resultan perjudicados por factores de la fiscalidad directa, es decir, habrá que aislar los obstáculos al mercado común relacionados con la fiscalidad directa. La identificación de estos obstáculos se inscribe ante todo en el campo de la ciencia hacendística, en la medida en que se necesitan las herramientas de esta ciencia para llevarlo a cabo. Así, para este análisis, se recurre fundamentalmente a los conceptos de neutralidad, eficiencia económica y distorsión, conceptos que se emplean para averiguar

⁵ Sobre el principio de subsidiariedad en general, *vid.* FAUSTO DE QUADROS, *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, pág. 48; sobre el mismo principio en el campo fiscal, *vid.* BARENTS, R., «The principle of subsidiarity and the Court of Justice», en SMITH, S. y BARENTS, R., *Neutrality and subsidiarity in taxation* (Foundation for European Fiscal Studies, Erasmus University, Róterdam, núm. 3), Kluwer International Law, La Haya, 1996; GARCÍA PRATS, F. A., «Incidencia del derecho Comunitario en la configuración jurídica del Derecho Financiero (I): políticas comunitarias con incidencia sobre el Derecho Financiero», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Vol. 51, núm. 259, (2001), pág. 304; GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M., «The link between tax coordination and tax harmonization: limits and alternatives», *EC Tax Review*, Vol. 12, núm. 1 (2003), pág. 16.

⁶ La armonización de la fiscalidad directa se recoge en el ámbito del artículo 94 TCE, ya que para ella no se encuentran establecidas ningunas reglas especiales, como las que existen en el Tratado para la armonización de la fiscalidad indirecta.

los efectos de determinadas normas jurídicas sobre el funcionamiento del mercado común. Una vez que hayamos identificado estos obstáculos, habremos delimitado al mismo tiempo el campo posible de actuación de la armonización de la fiscalidad directa. En el presente estudio, nos vamos a ocupar únicamente de una parte de la fiscalidad directa, la formada por la imposición sobre los beneficios societarios y los capitales.

En un segundo momento, ante el obstáculo o el conjunto de obstáculos identificados, la tarea del intérprete es elegir el modo de actuar más adecuado, no sólo para eliminar el obstáculo fiscal, sino también para conseguir una mejora en el funcionamiento del mercado común. Pero el juicio de adecuación es, a su vez, complejo, pues, no basta una adecuación meramente técnica, que tenga en cuenta el simple efecto económico de una modificación legislativa sobre el funcionamiento del mercado. La construcción del mercado común, siendo un proceso político, está condicionada por un conjunto de valores, algunos contrapuestos a la plena realización del mercado común y a la máxima eficiencia. Son estos valores, fundamentalmente, el mantenimiento de un elevado grado de autonomía política de los Estados miembros y el desarrollo económico de cada economía nacional que, en la perspectiva de cada Estado, se prioriza frente al interés común de un desarrollo colectivo. Estos valores encuentran su expresión en principios jurídicos consagrados en los Tratados, a saber, los principios de competencias de atribución, de subsidiariedad y de equidad internacional. Debido a que la tributación de los beneficios societarios y de los capitales, como sucede en toda la fiscalidad, debe satisfacer al mismo tiempo todos estos intereses, y no solamente la máxima eficiencia, el sistema fiscal en la UE evoluciona hacia un modelo, resultado de una conjunción de todos estos valores.

II. DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE ACTUACIÓN DE LA ARMONIZACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN DIRECTA CON BASE EN EL ARTÍCULO 94 TCE

1. El problema de la elección de un criterio para evaluar la relación entre fiscalidad directa y mercado común.

Hemos visto que, según el artículo 94 TCE, una medida de armonización legislativa en la fiscalidad directa estará justificada respecto de las disposiciones de los ordenamientos nacionales que tengan una incidencia directa, que se supone negativa, en el funcionamiento del mercado común, y en ninguna otra situación. Así, la posibilidad de una aplicación del precepto al campo de la fiscalidad directa supone concluir que determinada disposición legislativa en concreto, referente a la imposición sobre la renta, tiene una incidencia directa negativa en el funcionamiento del mercado común. Para este análisis, que se incluye en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, se necesita un criterio, cuya función será permitir identificar los obstáculos generados por las normas fiscales al funcionamiento del mercado. Para ello, la doctrina, tradicionalmente, ha acudido a dos conceptos alternativos: el de distorsión fiscal y el de neutralidad fiscal. Pero, para emplear estos conceptos, con la finalidad de delimitar el ámbito de aplicación del artículo 94 TCE, es preciso examinar en qué medida los mismos están ajustados al previsto en el precepto.

1.1. La noción de distorsión fiscal.

La distorsión fiscal se define, generalmente, como la existencia de una discriminación de origen fiscal que altera las condiciones de competencia de un mercado, de tal suerte que se provoquen modificaciones apreciables en las corrientes normales de tráfico ⁷. La definición citada deja entrever las dificultades del concepto ⁸. Según la misma, la constatación de una distorsión supone la previa definición de una base de referencia, es decir, una situación que pueda considerarse normal u óptima, por contraposición a la cual se puede reconocer la situación de distorsión. Ello, a su vez, supone definir cuál sería la situación en ausencia del aspecto distorsionador, lo que implica un juicio hipotético, con un inevitable grado de incertidumbre.

Los autores se desmarcan significativamente en cuanto a la definición de lo que debe ser la situación de referencia para un determinado mercado ⁹. En el marco de la Unión Europea, se ha hecho uso del concepto de mercado común para superar esta dificultad. En 1963, el Informe Neumark ¹⁰, para delimitar el campo de la armonización fiscal, tomó como base la noción de mercado interior, definiéndolo como un mercado con características parecidas a las de un mercado nacional ¹¹. Reconociendo las dificultades del concepto ¹², aceptamos que la noción de mercado interior, cuya esencia reside en la similitud con un mercado nacional, constituye la referencia fundamental para la identificación de las distorsiones en el campo fiscal. Así, distorsión fiscal en el seno del mercado común europeo, será una modificación apreciable en las corrientes de tráfico, por referencia a lo que se puede presumir que sería la configuración de las mismas corrientes en un mercado nacional.

Se advierte desde ya, sin embargo, que no sólo las disparidades en las leyes fiscales pueden dar origen a una distorsión fiscal ¹³. Puede darse el caso de que exista una uniformidad en un determinado aspecto de un impuesto y, a pesar de ello, pueda producirse una distorsión, como acontece

⁷ Por todos, CORDÓN EZQUERRO, T. y MARTÍNEZ DE LA HOZ, M., *La hacienda pública internacional*, en LAGARES CALVO, M. J. (coord.), *Manual de hacienda pública*, Tomo II, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995; sobre el concepto de distorsión y su aplicación al campo fiscal vid. también MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B., *Hacienda pública teórica y aplicada*, 2.ª edición, Instituto de Estudios Fiscales, traducción de LOZANO IRUESTE, J. M., Madrid, 1986, págs. 430 y siguientes.

⁸ Para una descripción de las varias definiciones propuestas para el concepto de distorsión fiscal véase CALLE SAIZ, R., *La armonización...*, cit., págs. 1 y siguientes.

⁹ CALLE SAIZ, R., *La armonización...*, cit., pág. 3.

¹⁰ El Informe Neumark (COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA, *The EEC reports on tax harmonization: the report of the Fiscal and Financial Committee and the reports of the sub-groups A, B and C*, International Bureau of Fiscal Documentation, Ámsterdam, 1963) fue el resultado final de un estudio encargado en 1961 al Comité Económico y Financiero de la CEE, en el que se examinaba en qué medida las diferencias existentes en los sistemas financieros de los Estados miembros impedían total o parcialmente el establecimiento de un mercado común, así como en qué medida era posible eliminar estas disparidades.

¹¹ COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA, *op. cit.*, pág. 104.

¹² El concepto de mercado interior se ha perfeccionado a lo largo del tiempo. El Acta Única, aprobada en 1986, definió mercado interior, como un mercado sin «fronteras físicas, técnicas, administrativas o fiscales», es decir, un mercado en el que se garantice un ejercicio sin trabas a las libertades de circulación. En los años siguientes, una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha contribuido para delimitar y objetivar el concepto.

¹³ Aunque con mucha frecuencia se encuentre esta asimilación del concepto de distorsión fiscal al de disparidad legislativa. Vid. por ejemplo, VANISTENDAELE, F., *Comments...*, cit., pág. 6; o TERRA, B., y WATTEL, P., *European tax law*, Kluwer Law Internacional, La Haya, 1997, pág. 102.

con la doble imposición internacional de beneficios o de dividendos ¹⁴. Basta que los distintos países utilicen simultáneamente los principios de residencia y de la fuente, como ocurre habitualmente, para que se produzca doble imposición, incluso cuando las normas fiscales sean perfectamente uniformes. Otro ejemplo sería el de la doble imposición resultante de la corrección unilateral de precios de transferencia. Deberemos concluir, pues, que el término distorsión no debe asociarse apriorísticamente con el de discriminación, sino que la discriminación es simplemente una forma que pueden revestir las disposiciones que son fuente de distorsiones ¹⁵.

1.2. La noción de obstáculo.

Sin embargo, para que se pueda decir que una disposición legal corresponde a la previsión del artículo 94 o del artículo 2., n.1, línea h) TCE, y que, por tanto, debe dar lugar a una medida de armonización, no basta con reconocer la existencia de una distorsión. Es necesario, además, que esa distorsión tenga una «incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado común», y que la misma sea perniciosa, es decir, que constituya un obstáculo al funcionamiento del mercado común. Como se intentará demostrar adelante, no todas las distorsiones fiscales que puedan identificarse forman obstáculos al funcionamiento del mercado común y, como tal, no todas las distorsiones justifican una acción armonizadora, conforme al artículo 94 TCE.

Por definición, todas las distorsiones que se producen en un determinado mercado pueden perjudicar la eficiencia económica, ya que desvían la afectación de los recursos del óptimo de Pareto ¹⁶. Pero según el artículo 94 TCE, que constituye el fundamento jurídico de la armonización legislativa, la finalidad de la armonización legislativa, incluida la fiscal, no es realizar la eficiencia económica sino eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado común. Para que exista un obstáculo al establecimiento del mercado común, es necesario que la distorsión impida o restrinja o, de alguna forma, dificulte las libertades de circulación transfronteriza entre los Estados miembros, pues ello es lo que esencialmente caracteriza al mercado común. Esto no depende solamente de la intensidad del efecto distorsionador, sino también de la naturaleza de la distorsión. Para demostrarlo, podríamos seguir sirviéndonos de la noción de mercado interior, ya que también en un mercado nacional existen distorsiones, algunas de naturaleza fiscal, que sin embargo no impiden, sino que únicamente influyen en el funcionamiento del mercado, eventualmente perjudicando el nivel de eficiencia.

Un obstáculo fiscal al funcionamiento del mercado común será, por consiguiente, una distorsión causada por una disposición de naturaleza fiscal que, al impedir, restringir o dificultar el ejercicio de las libertades de circulación transfronteriza, contribuya para apartar el mercado común de las condiciones propias de un mercado interior.

¹⁴ En este sentido, ANDEL, N., *op. cit.*, pág. 299.

¹⁵ Este aspecto se trata con mayor detalle *infra*, punto III.2.

¹⁶ Sobre el significado de eficiencia y la formulación de Pareto *vid.* MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B., *op. cit.*, pág. 88.

1.3. La noción de neutralidad fiscal.

Se suele definir la neutralidad fiscal como la condición existente en un mercado en el que las decisiones de los agentes económicos no están determinadamente influidas por los factores impositivos¹⁷. De forma genérica, la neutralidad puede manifestarse en una variedad de aspectos del comportamiento de los agentes económicos, de tal modo que se podría hablar de varios criterios de neutralidad: neutralidad respecto de la forma jurídica de las empresas, de la forma de financiación, de las fuentes de financiación, etc. A cada uno de estos aspectos, los países les otorgan una importancia variable¹⁸, pero el punto que ha dominado ampliamente el debate sobre la armonización de la tributación directa ha sido el de la neutralidad respecto de la localización de las inversiones, o neutralidad en la exportación de capitales.

Ésta puede definirse como la condición existente en un mercado en el que la opción de localización de las inversiones entre las diversas jurisdicciones del sistema (mercado común, unión económica o federación de Estados) no está influida significativamente por factores fiscales¹⁹. La condición de neutralidad en la exportación de capital puede realizarse bien, a través de la igualación del tipo efectivo de tributación en todos los países que integran el sistema, resultando indiferente, a efectos de rentabilidad, si las rentas tributan en la fuente o en la residencia, bien a través de un modelo de tributación de las rentas interjurisdiccionales basado en el principio de la residencia, según el cual, sea cual sea el local de inversión, la renta tributará siempre en la jurisdicción de la residencia. Pero, debido a que la igualación de los tipos efectivos se considera un objetivo políticamente inalcanzable en la fase actual del proceso de integración europea, la única vía para realizarse la condición de neutralidad en la localización sería el segundo sistema referido, el principio de residencia²⁰.

¹⁷ IZQUIERDO LLANES, G., *La armonización y la competencia fiscal: eficiencia frente a equidad*, en *La armonización fiscal en la Unión Europea*, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), pág. 48; MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdictional coordination of taxes on capital income*, en CNOSEN, S., (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 1986., pág. 205; TERRA, B., y WATTEL, P., *op. cit.* pág. 108.

¹⁸ Como ejemplo, en 1992, KNOBBE-KEUK, B., «The Ruding Committee Report – an impressive vision of European Company Taxation for the Year 2000», *EC Tax Review*, núm. 1 (1992), pág. 28, advierte que la cuestión de la neutralidad fiscal entre beneficios retenidos y distribuidos es de gran sensibilidad para Alemania, a causa de su influencia sobre el funcionamiento de los mercados de capitales.

¹⁹ Sobre este concepto *vid.* MUSGRAVE, P. B.: *Interjurisdictional equity in company taxation; principles and applications to the European Union*, en CNOSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pág. 48; *Interjurisdictional coordination...*, *cit.*, pág. 205. Sobre el concepto de neutralidad en la localización, puede verse también RUBIO GUERRERO, J., *Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional*, en CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001, pág. 58.

²⁰ MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdictional equity...*, *cit.*, pág. 48; *Interjurisdictional coordination...*, *cit.*, pág. 205; RUBIO GUERRERO, J., *op cit.*, pág. 58. No olvidemos que la obligación de tipos efectivos obligaría a igualar tanto los tipos nominales, como la base, incluso las deducciones a cuota y, para algunos autores, también el sistema de integración del impuesto de sociedades en el impuesto sobre la renta (BIRD, R. M., *Corporate-personal tax integration*, en CNOSEN, S., (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 19, pág. 238).

La introducción en la UE de un sistema de tributación basado en la residencia reveló siempre dificultades insuperables desde el momento en el que se propuso ²¹. El motivo principal de ello, lo debemos buscar en las implicaciones que el principio de residencia tiene en el problema de la equidad internacional en la tributación ²². Si en un grupo de Estados, los inversores tributan únicamente en su propia jurisdicción de residencia, se logra que la localización de la inversión no sea sensible a las diferencias de carga impositiva entre los Estados (neutralidad). Pero, en general, el Estado donde se localiza la inversión (Estado de la fuente), que contribuye con los servicios públicos en parte a la rentabilidad de la misma, no acepta renunciar a gravar la renta que se genera en su territorio, generándose una condicionante política que se opone al principio de tributación en la residencia. Entre los hacendistas, aquellos que han defendido más la neutralidad en la exportación de capitales ²³ proponen para solucionar este problema que las rentas tributen primariamente en la fuente, según el tipo establecido por cada Estado, y que al Estado de residencia le corresponda el papel de anular, a través de una tributación complementaria, las diferencias de carga impositiva. Así, si en el Estado de la fuente el tipo de gravamen es inferior al establecido en el Estado de residencia, este último deberá recaudar la diferencia. Pero, si en el Estado de la fuente, el tipo de gravamen existente es superior al del Estado de residencia, éste debería rembolsar al contribuyente residente por la diferencia, a través de un mecanismo de crédito de impuesto pleno, a fin de cumplir el criterio de neutralidad. La primera hipótesis se enfrenta con un problema de orden práctico muy difícil de solucionar en un contexto de fiscalidad internacional, que es cómo asegurar la declaración al Estado de residencia de las rentas obtenidas en el exterior. La segunda hipótesis se ve rechazada en el plano político por los Estados exportadores de capitales que no están dispuestos a soportar el gasto fiscal, cuando su tipo impositivo sea superior al del Estado de la fuente. Cuando fuese posible superar las mencionadas dificultades, la aplicación del sistema tendría un efecto económico equivalente a una uniformidad de todos los tipos efectivos de gravamen, al menos para las rentas internacionales.

Dejando a un lado el problema de la viabilidad política del referido sistema, interesa a los fines de nuestro análisis plantear la cuestión de si el principio de neutralidad en la exportación de capitales sirve como criterio para identificar los obstáculos al funcionamiento del mercado común provocados por la tributación directa. Si adoptásemos este criterio, llegaríamos a la conclusión de que todos los sistemas fiscales serían incompatibles con el funcionamiento del mercado común, a no ser que se igualasen los tipos efectivos de gravamen en todas las jurisdicciones. Una vez que la totalidad de la regulación de un impuesto influye o puede influir en el tipo efectivo de gravamen, ello supondría, en la práctica, una uniformidad de toda la disciplina impositiva, lo que manifiestamente excede cualquier interpretación posible de los imperativos expresos en los Tratados europeos en la actualidad.

²¹ El Informe Neumark (1963), ya mencionado, propuso un sistema ampliamente basado en una tributación en la residencia. En una apreciación global, puede decirse que las soluciones propuestas en dicho Informe reflejan una adhesión estricta a un sistema de neutralidad en la exportación de capitales. En este sentido, el Informe refleja las teorías contemporáneas de la escuela «igualizadora» de Reboud, que refiere DOSSER, D. *Economic analysis of tax harmonization*, en SHOUP, C., (ed.), *Fiscal harmonization in common markets*, Columbia University Press, Nueva York, 1967, pág. 32.

²² Para una cabal comprensión de la problemática asociada a ello, nos remitimos a la abundante literatura hacendística que se ha ocupado del asunto, en particular MUSGRAVE, P. B.: *Interjurisdictional equity...*, cit; y *Interjurisdictional coordination...* cit. En la doctrina española, en particular, MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., págs. 20 y ss.

²³ Sobre todo MUSGRAVE, P.B.: *Interjurisdictional equity...*, cit.; y *Interjurisdictional coordination...*, cit.

Pero, aun si tal interpretación de Derecho comunitario fuese posible, desde un punto de vista teórico se podría cuestionar si tal sistema fiscal se conseguiría realizar la plena neutralidad fiscal. Si bien es cierto que el impuesto constituye un factor susceptible de influir en las decisiones sobre la inversión, también lo es el nivel y la calidad de los servicios públicos ofrecidos por los Estados a las empresas, lo que significa que también el componente del gasto público ha de ser tenido en cuenta en un sistema en que se pretenda realizar plenamente la condición de neutralidad ²⁴. Aspectos como la eficiencia administrativa, la calificación de la mano de obra, la calidad de las infraestructuras, etc., que son factores decisivos para la toma de decisiones sobre la localización de las inversiones, presentan variaciones significativas entre los distintos países, debiendo admitirse que el nivel de tributación está relacionado con el nivel de los servicios prestados. Así, las decisiones de las empresas no se toman únicamente por el nivel de fiscalidad, sino también por la relación existente entre este nivel y el valor de las utilidades ofrecidas por el Estado, es decir, por el *fiscal residuum* ²⁵. De ello resulta que, si las diferencias de tributación se anulan, bien a través de una igualación de tipos efectivos, bien por medio de un sistema de compensación de los mismos en la residencia, se produce con ello una ventaja competitiva para las empresas situadas en Estados que ofrezcan más y mejores servicios públicos ²⁶. Y, como consecuencia de todo ello, en un modelo basado en la tributación en residencia, esta ventaja competitiva está financiada con gasto público en el país de residencia. De igual modo, un sistema de neutralidad en la exportación de capital actúa como un desincentivo a la localización de la inversión en países de bajo nivel de tributación, y una correlativa reducción en el nivel de los servicios públicos ²⁷, cuando este nivel de servicios públicos puede ser una opción democráticamente realizada por los ciudadanos respecto a la dimensión y al papel del Estado en la economía ²⁸. Vemos así que no puede reconocerse una validez absoluta al principio de neutralidad en la localización, sino que dicho principio tiene asociada una posición ideológica ²⁹: Un sistema basado en el principio de neutralidad en la exportación de capitales no sólo elimina la competencia fiscal entre los Estados, sino que favorece la inversión en los Estados más intervencionistas y con mayores niveles de gasto público ³⁰.

²⁴ MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B., *op. cit.*, pág. 451: «puede que una empresa comercial se sienta atraída por unas buenas carreteras, escuelas y otros servicios públicos, y al mismo tiempo repelida por la presencia de unos tipos impositivos altos. Lo que importa son las diferencias netas en los beneficios o cargas fiscales».

²⁵ KRAUSS, M., *The «tax harmonization problem» in free trade areas and common markets*, The Manchester School, 2 (1971), pág. 75. La misma idea ya había sido expresa en el Informe Neumark (COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA, *op. cit.*, pág. 105).

²⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards corporate tax harmonization in the European Community*, Kluwer, London, 1999, pág. 35.

²⁷ En este sentido, VOGEL, *Taxation of cross-border income, harmonization, and tax neutrality under European Community Law. An institutional approach*, Kluwer, Deventer, 1994, pág. 29.

²⁸ Sobre este punto, WATTEL, P. J., *Home neutrality in an internal market*, European Taxation, Vol. 36, núm. 5 (1996), pág. 161.

²⁹ En este sentido, CORONA RAMÓN, J. F., *La Fiscalidad en el sistema comparado y la armonización fiscal en la UE*, en ALBI, E., CORONA, J., GAGO, A., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., MONASTERIO, C., y VALERA, F., *Reforma Fiscal y crecimiento económico*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid, 1999, pág. 290: «Es evidente que la valoración de ambas opciones depende en gran medida de los planteamientos políticos y de de jerarquía de objetivos a satisfacer, sin embargo, ello no implica aceptar una cierta conciliación entre ambas estrategias».

³⁰ VOGEL, K., *Taxation... cit.*, pág. 29, señala aún que un sistema basado en la tributación en la residencia no favorece la reducción del gasto público improductivo y, de esta forma, constituye un factor de ineficiencia, ya que la eficiencia supone también minimizar el gasto público improductivo.

Al lado del concepto de neutralidad en la exportación de capitales, se ha elaborado el concepto de neutralidad en la importación de capitales, que significa que todos los inversores que localicen sus inversiones en una determinada jurisdicción se enfrentan al mismo tratamiento fiscal, con independencia de su residencia ³¹. La realización de esta condición exige que: i) en cada jurisdicción, todos los inversores reciban el mismo tratamiento fiscal con independencia de su residencia; y ii) que cada jurisdicción exima las rentas obtenidas por sus residentes en el exterior ³², es decir, que se opte por un sistema de tributación exclusiva en la fuente. Se advierte, desde luego, que mientras el sistema de la neutralidad en la exportación de capitales busca la neutralidad fiscal en la localización de las inversiones, el segundo principio busca más bien la neutralidad fiscal para el conjunto de los inversores, que aplican sus capitales en una determinada jurisdicción. Por ello, mientras que el primer principio considera como condición de neutralidad la eliminación de la competencia fiscal entre los Estados, el principio de neutralidad en la importación de capitales resulta en un sistema de competencia fiscal, en el que los países buscan optimizar su *fiscal residuum*, a fin de atraer inversión.

Siempre subordinando nuestro análisis a la cuestión de cómo identificar los obstáculos colocados por la tributación directa al funcionamiento del mercado común, nos preguntamos qué se puede decir sobre la validez del principio de neutralidad en la importación de capitales para ese fin. Observaremos, en primer lugar, que el criterio nos conduce a reconocer un obstáculo en el funcionamiento del mercado común, en todos los supuestos en que una norma del sistema fiscal produzca una situación de desventaja para un inversor o grupo de inversores, con relación a los restantes inversores, para una inversión en una misma jurisdicción. Con otras palabras, todo trato diferenciado en el campo fiscal, con relación a distintos inversores en una misma jurisdicción, deberá ser eliminado a través de una medida de armonización legislativa.

Que el trato diferenciado entre distintos grupos de agentes económicos en el mercado común constituye, en general, una restricción a las libertades de circulación consagradas en los Tratados, es algo que ha sido ampliamente confirmado por la jurisprudencia del TJCE, como se verá más adelante. El problema del criterio de neutralidad en la importación de capitales es que no es suficientemente amplio, como para agotar el ámbito de aplicación del artículo 94 del Tratado. El criterio deja fuera un importante número de situaciones que crean obstáculo al funcionamiento del mercado común, como, por ejemplo, la doble imposición internacional y, por eso, ha de considerarse insuficiente para la función de delimitar el perímetro de actuación de la armonización fiscal.

1.4. Solución propuesta.

Sobre este punto debemos, por tanto, concluir que el criterio de neutralidad fiscal, en cualquier de sus versiones –neutralidad en la exportación de capitales o en la importación de capitales– no se muestra adecuado a fin de analizar la relación entre la tributación directa y el mercado común,

³¹ IZQUIERDO LLANES, G., *op. cit.*, pág. 48; y RUBIO GUERRERO, J. J., *op. cit.*, pág. 59.

³² MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdictional coordination...*, *op. cit.*, pág. 206; McLURE, E., Jr., «Coordinating business taxation in the Single European Market: the Ruding Committee Report», *EC Tax Review*, 1 (1992), pág.19.

desde una perspectiva de legitimación jurídico-política de actos de armonización³³. Si el criterio de neutralidad en la exportación de capitales no posee la objetividad que se exige para legitimar, en un plano jurídico-político, una intervención de una organización supranacional en una materia tan sensible, dejándose influir por valores ideológicos, a su vez el criterio de neutralidad en la importación de capitales, aunque cumpla con el requisito de objetividad, no abarca todos los supuestos posibles de obstáculos de naturaleza fiscal que puedan justificar una acción armonizadora, aunque este criterio se revele de gran utilidad para explicar cómo una parte de los obstáculos, que identificaremos en seguida, actúa sobre el mercado común.

Los conceptos apropiados para el fin de caracterizar la relación entre fiscalidad directa y mercado común son los de distorsión fiscal y de obstáculo, pues sólo ellos permiten una evaluación analítica, de acuerdo con la previsión normativa del artículo 97 TCE, y son, al mismo tiempo, suficientemente amplios para permitir aislar todos y cada uno de los aspectos de los sistemas fiscales que deban ser corregidos en vista al pleno funcionamiento del mercado común.

2. Las principales fuentes de distorsión fiscal relacionadas con la tributación de las sociedades y el capital –una revisión crítica–.

2.1. Diferencias en el tipo efectivo de gravamen.

La existencia de diferencias en el tipo efectivo de imposición entre los diversos países constituye un factor fiscal susceptible de influir en las decisiones de los agentes económicos en cuanto a la localización de las inversiones³⁴ y, por ello, de provocar modificaciones en los flujos de capitales³⁵. Si bien no cabe duda de que se trata de una fuente de distorsión fiscal, nos interesa examinar en qué medida esta diversidad resulta incompatible con el funcionamiento del mercado común. La cuestión se resume así, en saber si la competencia fiscal entre los Estados miembros de la unión económica es, o no, compatible con el pleno funcionamiento del mercado común y, por tanto, nos hace volver inevitablemente sobre la problemática de la neutralidad, ahora bajo una diferente pers-

³³ En este sentido, RADLER, A., *Reasons for corporate tax harmonization*, en Harmonization of corporate taxes in the EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47th Congress of the International Fiscal Association, Vol. 18a, Kluwer, Deventer/Boston, 1994, pág. 91. En nuestro entendimiento, la orientación señalada está en consonancia con la jurisprudencia del TJCE. Aunque el Tribunal no haga uso del concepto de distorsión fiscal en la apreciación de los supuestos de restricciones al ejercicio de las libertades de circulación su enfoque se centra en apreciar el efecto que una cierta norma de un ordenamiento tributario puede producir sobre los flujos de bienes o factores de producción. Un ejemplo reciente se puede ver en la motivación producida por el Tribunal en su sentencia sobre el asunto *Safir* (C-118/96, 1998, ECR I-1897).

³⁴ En este sentido véase, entre otros, GIANNINI, S., «Mercado interno e fiscalidad: aspectos económicos», *Ciência e Técnica Fiscal*, 401 (2001), pág. 146. Esta capacidad de influenciar en las decisiones se da por vía del reflejo de la fiscalidad sobre el capital, incluyendo el impuesto sobre sociedades, en el coste de capital (IZQUIERDO LLANES, G., *op. cit.*, pág. 50).

³⁵ MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B., *op. cit.*, pág. 450. En la UE, los estudios existentes muestran que dichas diferencias son significativas. Según un reciente estudio de la Comisión Europea, el rango de diferencias se halla entre 30 y 37 puntos para inversiones domésticas y es de aproximadamente 30 puntos para inversiones transfronterizas (COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation in the Internal Market*, COM (2001) 582 final, Bruselas, 2001, pág. 4).

pectiva. Una respuesta a la cuestión planteada requiere decidir, en primer lugar, si la realización del mercado común exige como condición que se realice plenamente el principio de máxima eficiencia en la asignación de los recursos. Aunque para algunos autores el principio resulte implícito en los objetivos enunciados en los artículos 2 y 3 del Tratado ³⁶, y para otros el mismo principio se deduce del propio concepto de mercado único ³⁷, de hecho el TCE no afirma expresamente el principio de neutralidad o de máxima eficiencia en la asignación de los recursos ³⁸.

Evidentemente, este argumento, de naturaleza estrictamente jurídica, no puede ser decisivo. Habrá que preguntar, en segundo lugar, si efectivamente la realización plena del mercado común, definido como un mercado de características similares a un mercado nacional, representa la necesidad de una condición de neutralidad plena. Una vez más, la cuestión pertenece al campo de la ciencia hacendística, por lo que al Derecho no le cabe más que aceptar las conclusiones alcanzadas por la misma. Con este planteamiento, se empieza a advertir que los estudios empíricos, que han intentado evaluar el impacto real de los tipos de imposición sobre las decisiones de inversión, no han sido conclusivos hasta hoy ³⁹. Los estudios disponibles muestran que el nivel de fiscalidad es un factor importante para las empresas, pero sólo es uno entre los muchos factores, de forma que su importancia puede resultar diluida. Entre los factores que las empresas más valoran, están la calidad de las infraestructuras económicas, la disponibilidad de mano de obra cualificada, la accesibilidad a los mercados, el coste del transporte y otros que están estrechamente y frecuentemente relacionados con un nivel elevado de fiscalidad. Es decir, los estudios empíricos confirman que el *fiscal residuum* es el factor fiscal decisivo para las decisiones sobre la inversión, y no el tipo de gravamen efectivo, ni mucho menos el nominal. Una igualación artificial de los tipos de gravamen podrá así crear más distorsiones que un sistema con diferentes tipos de gravamen ⁴⁰.

³⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., pág. 8; CARBAJO VASCO, D., *El proceso de armonización fiscal en la Unión Europea: las perspectivas actuales*, Noticias de la Unión Europea, 204, Vol. 18 (2002), pág. 91.

³⁷ Entre los autores que consideran al principio de neutralidad como el principio básico del Derecho comunitario europeo en materia de fiscalidad está CARBAJO VASCO, D., *El proceso...*, cit., pág. 91; en el mismo sentido, CNOSSEN, S. y BOVENBERG, L., *Company tax harmonization in the European Union: some further thoughts on the Ruding Committee report*, en BLEJER y TER-MINASSIAN (ed.), *Macroeconomic dimensions of public finance*, Routledge, London, 1997, pág. 165.

³⁸ El único precepto del Tratado en el que se encuentra referencia al objetivo de la eficiencia es el artículo 98 [ex art. 102 A)] que, bajo el epígrafe «la política económica», preceptúa: «(...) Los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos (...)». No parece ser esta alusión suficiente para poderse afirmar sin más que se contiene en el Tratado un principio general expreso de máxima eficiencia en la asignación de los recursos.

³⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe del Comité Ruding: conclusiones y recomendaciones del Comité de Expertos Independientes sobre la imposición de sociedades*, traducción de GUTIÉRREZ ANDRÉS, L., Hacienda Pública Española, - Monografías, núm. 2-22 (1992), pág. 222, en que se afirma que «la evidencia obtenida puso de relieve que las diferencias impositivas entre Estados miembros distorsionan las decisiones de localización exterior de las empresas multinacionales... pero no fue posible cuantificar satisfactoriamente la consiguiente mala asignación de los recursos»; cfr. también, COMISIÓN EUROPEA, *Company taxation...*, cit., pág.3; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., pág. 10.

⁴⁰ Se puede trazar una correspondencia entre los dos planteamientos señalados y la clasificación de DOSSER, D., *Economic analysis of tax harmonization*, en SHOUP, C. (ed.), *Fiscal harmonization in Common Markets*, Columbia University Press, Nueva York, 1967). En una revisión sintética de las principales escuelas de pensamiento respecto de la cuestión del papel que, desde un punto de vista económico, cabe a los impuestos en una unión económica, el autor distingue los enfoques «igualación», «diferenciales» y «standards». Según el primero (*equalization approach*), lo importante es que, en orden a realizar la máxima eficiencia en la localización de los capitales, el sistema fiscal de la unión sea neutral en cuanto a la localización de las inversiones. Para ello, defiende la igualación de los tipos del impuesto de sociedades. La escuela que

Además del aspecto de la eficiencia, se ha analizado también la cuestión de la competencia fiscal bajo la perspectiva de sus efectos sobre algunas variables económicas, como el déficit de las cuentas públicas o el empleo ⁴¹. Se pondera en particular el problema de una eventual reducción insostenible de la recaudación, que ganó importancia en el transcurso de los años noventa ⁴². Pero, por importante que sea este debate, en el plano de la integración europea, no está directamente relacionado con el tema de la relación entre tributación directa y mercado común y, por tanto, los problemas a los que se refiere no pueden considerarse como fuente de distorsiones fiscales.

2.2. Doble imposición de origen internacional.

Se suele distinguir entre doble imposición jurídica y doble imposición económica ⁴³. En un plano interno, hay doble imposición económica cuando una misma manifestación de capacidad contributiva determina el nacimiento de dos obligaciones tributarias por el mismo o análogo supuesto para dos contribuyentes distintos ⁴⁴. Se habla de doble imposición jurídica, cuando

el autor denomina como *differentials approach*, puede decirse que es opuesta de la primera. Partiendo de una concepción del sistema fiscal con un papel activo en los sistemas económicos, como instrumento para realizar objetivos de política económica, se asume que los impuestos no deben ser neutrales, por el contrario los «diferenciales» en los tipos de gravamen deben utilizarse para realizar objetivos de la unión.

⁴¹ Ya no estamos, por tanto, considerando la simple existencia de diferencias en el nivel de tributación, sino que tratamos de un fenómeno en que los Estados utilizan dichas diferencias para reclamar para ellos las bases impositivas transfronterizas móviles, pudiendo con ello llegar a ocasionar efectos graves indeseables tanto para sus propias economías como para las de otros países. Los efectos perjudiciales que los Estados causan a otros países con motivo de sus políticas de competencia fiscal reciben en ciencia económica la designación de externalidades negativas. El IS puede causar externalidades negativas en otros Estados de dos formas: protegiendo las empresas locales de la competencia externa, y exportando los costes de la gobernación (MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., págs. 50-51, 148-152).

⁴² A mediados de la década de los noventa, el llamado Informe Monti (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *La fiscalidad en la Unión Europea, Informe sobre la Evolución de los sistemas tributarios («Segundo Informe Monti»*), COM (96) 546 final, Bruselas, 22.10.1996) nombre del entonces comisario para los asuntos fiscales, afirma que «la libre competencia es un elemento clave del mercado único, pero la competencia desleal en el ámbito fiscal constituye un motivo de preocupación, debido a las repercusiones negativas que puede tener, en particular, sobre los ingresos fiscales de los Estados miembros, la adecuada distribución de los recursos económicos dentro de la UE, y la competitividad y el empleo». A continuación de esta comunicación, los ministros de Finanzas de la UE declararon su preocupación por los efectos de la competencia fiscal perjudicial y decidieron formar un grupo de trabajo, incluyendo representantes de los gobiernos, que se ocupase de medidas para combatir dicha competencia fiscal.

⁴³ VOGEL, K., *Il Diritto internazionale tributario*, en AMATUCCI, A. (dirección), *Trattato di Diritto tributario*, Vol. I, Cedam, Padua, 2001, pág. 386; RUBIO GUERRERO, J., op cit., pág. 44; CALDERÓN CARRERO, J. M., *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 109. Para este último autor, la doble imposición económica es «aquella situación jurídico-tributaria en la que una misma fuente impositiva resulta gravada por dos (o más) impuestos idénticos o análogos en manos de personas diferentes». Aun, según el mismo autor, es necesaria la presencia de tres requisitos para poder hablar de doble imposición económica: identidad de fuente impositiva, identidad o similitud de impuestos y heterogeneidad de sujetos pasivos.

⁴⁴ El ejemplo más común se refiere a los beneficios de las empresas, que son gravados por impuesto de sociedades y, como dividendos (o incremento patrimonial para los sistemas que lo apliquen), en el impuesto sobre la renta o, una segunda vez, en impuesto de sociedades, como componente del beneficio imponible de la sociedad beneficiaria. Sobre el concepto vid. RUBIO GUERRERO, J., op cit., pág. 44; y CALDERÓN CARRERO, J. M., op. cit., pág. 110.

un mismo hecho imponible determina el nacimiento de dos obligaciones tributarias para un único sujeto pasivo ⁴⁵. Desde otra perspectiva, se habla de doble imposición internacional para expresar lo que ocurre cuando dos o más Estados someten a imposición a una misma materia imponible, por el mismo o análogo tipo de impuesto ⁴⁶. La expresión «doble imposición internacional» se utiliza para designar las situaciones de doble imposición jurídica de carácter internacional ⁴⁷. La doble imposición internacional constituye siempre una fuente de distorsión fiscal, ya que, en virtud de la misma, las rentas quedan sometidas a una carga fiscal adicional que no soportan las que tributan en un solo país ⁴⁸.

Pero también una situación de doble imposición económica puede ocurrir por estar el hecho imponible relacionado con una operación transfronteriza, y esto es por sí mismo relevante para que dicha situación pueda calificarse como distorsionadora del tráfico internacional. Cuando se verifica una doble imposición económica, que está relacionada con una operación transfronteriza y que no se produciría si la operación fuera puramente interna, también se puede decir que la realización del hecho imponible ocasiona una carga fiscal adicional directamente causada por el carácter transfronterizo de la operación. Así, tanto la doble imposición jurídica como la doble imposición económica (aunque sólo la primera suele recibir la designación de doble imposición internacional) pueden tener un carácter interjurisdiccional ⁴⁹. En ambos supuestos, la doble imposición será fuente potencial de distorsión fiscal ⁵⁰.

⁴⁵ La existencia de doble imposición jurídica supone la identidad del impuesto. Pero, en rigor, la identidad del impuesto es ya un elemento contenido en la identidad del hecho imponible. Según la doctrina dominante, la identidad del hecho imponible supone cuatro identidades: la identidad del objeto, la identidad del sujeto, la identidad del período tributario y la identidad del impuesto (SERRANO ANTÓN, F., *Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación*, en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, Ed. Estudios Financieros, Madrid, Barcelona & Valencia, 2001., pág. 96; VOGEL, K., *Il Diritto...*, cit., pág. 385; XAVIER, A., *Direito tributário internacional. Tributação das operações internacionais*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 33).

⁴⁶ PÉREZ DE AYALA, J., y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M., *Fundamentos de derecho tributario*, (4.ª ed.), Edersa, Madrid, 2000, pág. 415; RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 44; FANTOZZI, A., y VOGEL, K., *Doppia imposizione internazionale*, Extracto del *Digesto*, 4.ª edición, UTET, Turín, 1990, pág. 4; CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, pág. 90. Los comentarios al MCOEDE definen la doble imposición jurídica internacional como el resultado de la aplicación de impuestos similares en dos o más Estados a un mismo contribuyente respecto de la misma materia imponible y por un mismo período de tiempo.

⁴⁷ VOGEL, K., *Il Diritto...*, cit., pág. 386; CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, pág. 110; PIRES, M., *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa., 1984 pág. 73; DOURADO, A. P., *A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na Comunidade Europeia* (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, núm. 175), Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa, 1996.

⁴⁸ FANTOZZI, A., y VOGEL, K., *op. cit.*, pág. 8.

⁴⁹ RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 44; CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, pág. 113.

⁵⁰ En ambos supuestos, la distorsión fiscal se origina cuando un número considerable de empresas deciden no invertir fuera de su país de residencia para evitar la doble imposición.

2.2.1. Doble imposición internacional.

Dado que la generalidad de los Estados aplican simultáneamente los principios de residencia y de la fuente ⁵¹ en la tributación de la renta, se producen como resultado situaciones de potencial doble imposición internacional ⁵². Ya hemos visto, que esto es lo que sucede cuando los beneficios societarios tributan, al mismo tiempo, en el país de residencia de la sociedad y en el país de la fuente, por ejemplo, el Estado donde la sociedad tiene localizado un establecimiento permanente. Lo mismo puede producirse con los dividendos, pues si un accionista, sociedad o persona física, recibe dividendos fuera de su país, puede tributar simultáneamente en el país de la fuente y en el país de residencia ⁵³ por un impuesto igual o análogo. Además, situaciones de doble imposición internacional pueden también ocurrir cuando los países apliquen un mismo punto de conexión. Esto se produce a menudo en los supuestos de doble residencia de sociedades, en los cuales la sociedad se considera residente simultáneamente en dos o más Estados por las respectivas legislaciones ⁵⁴.

Hasta el momento actual, la solución de los problemas de doble imposición internacional en la UE ha sido confiada en su mayor parte a la negociación de tratados bilaterales. Pero los convenios bilaterales sobre doble imposición (CDI) han demostrado ser un instrumento imperfecto. Debido a que su negociación es demasiado lenta, la mayor parte de los convenios existentes son antiguos ⁵⁵ y están desactualizados en relación con las circunstancias económicas y la evolución del Derecho comunitario. A ello hay que añadir que numerosos convenios están todavía pendientes de celebrar ⁵⁶, lo que significa que entre los países respectivos no existen mecanismos que eliminen la doble imposición internacional. En segundo lugar, los convenios existentes no eliminan totalmente la doble imposición internacional, sino que sólo la atenúan ⁵⁷, por lo que no se puede decir que resulten eliminadas las distorsiones fiscales relacionadas con ella ⁵⁸. Pero además, al ser bilaterales y comportar diferencias sustanciales entre sí, los convenios crean desigualdades entre los contribuyentes de diver-

⁵¹ Según RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 45, «la principal razón que permite explicar el mantenimiento de criterios tan opuestos por parte de los países es evitar la pérdida de recaudación fiscal, por lo que... los países importadores de capital mantienen generalmente el criterio de territorialidad o de la fuente mientras que los países exportadores de capital se muestran partidarios de la aplicación del criterio personalista»; como advierte DOURADO, A. P., *op. cit.*, pág. 48, «la doble imposición jurídica internacional no está prohibida por el Derecho internacional vigente, no existiendo ningún principio de territorialidad material que se oponga a la incidencia de la ley interna sobre situaciones que hayan ocurrido fuera del territorio».

⁵² Sobre el concepto de doble imposición internacional *vid.* FANTOZZI, A., y VOGEL, K., *op. cit.*; CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, pág. 442; SERRANO ANTÓN, F., *op. cit.*, págs. 96-98; XAVIER, A., *op. cit.*, págs. 31 y ss.; PIRES, M., *op. cit.*, págs. 29 y ss.; BÜHLER, O., *Principios de Derecho internacional tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968.

⁵³ RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 45.

⁵⁴ FANTOZZI, A., y VOGEL, K., *op. cit.*, pág. 5.

⁵⁵ De los 97 convenios bilaterales en vigor en 2001, 36 tenían más de 20 años (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Company Taxation...*, pág. 286).

⁵⁶ A finales de 2001, de un total de 105 convenios posibles habían sido concluidos 97 (*idem*, pág. 286).

⁵⁷ Sobre los mecanismos utilizados en los convenios internacionales para eliminar o atenuar la doble imposición *vid.* XAVIER, A., *op. cit.*, págs. 423 y ss.; o GARCÍA MORENO, M. P., *Los convenios de doble imposición*, en CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001.

⁵⁸ GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición directa, no discriminación y Derecho comunitario*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 213.

los países miembros a los que le sean aplicables diferentes convenios, respecto a un mismo país-fuente ⁵⁹. Dichas desigualdades representan una falta de neutralidad en la importación de capitales y por ello son, ellas mismas, una fuente importante de distorsión fiscal.

La jurisprudencia del TJCE en esta materia, como en muchas otras, no es totalmente concluyente, pero ha dejado suficientemente claro que el Derecho de los convenios bilaterales sobre doble imposición, elaborados, por regla general, con base en el Convenio Modelo de la OCDE (CMOCDE), está inspirado por principios de Derecho tributario internacional que no coinciden con los principios del Derecho comunitario y, por ello, suscitan problemas de compatibilidad ⁶⁰.

Refiriéndonos solamente a algunas de las sentencias más importantes en este tema, en el Asunto *Avoir Fiscal* ⁶¹, el Tribunal consideró que el respeto de los derechos otorgados en el TCE, concretamente en el artículo 52, no puede quedar supeditado a las disposiciones de un acuerdo celebrado entre los Estados miembros, y «en particular, (no se permite) que dichos derechos queden supeditados a una condición de reciprocidad que se estableció con el fin de obtener ventajas correspondientes en otros Estados miembros» ⁶². La Corte europea reconoció así, ya en 1983, la supremacía del Derecho comunitario sobre el Derecho internacional de los convenios de doble imposición. En el asunto *Saint-Gobain* ⁶³, el Tribunal afirmó que el principio de no discriminación impone al Estado miembro, parte de un CDI con un país tercero, conceder a las sociedades no residentes, que estén en situación comparable a los residentes, el mismo tratamiento fiscal aplicable a las sociedades residentes, con independencia del Derecho contenido en los convenios aplicables.

Sintetizando las razones por las que el Derecho de los convenios bilaterales entra en colisión con el Derecho comunitario, se puede adelantar que el primer punto de divergencia está en el principio de no discriminación. Mientras que en el Derecho internacional no se considera discriminatorio el trato fiscal diferenciado entre un residente y un no residente, por considerarse que estos dos

⁵⁹ GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, cit., pág. 213. Para una visión detallada de los aspectos en los que los tratados de doble imposición internacional pueden ofender el principio de no discriminación, VAN RAAD, K., *Comment: The meaning of non-discrimination*, in VOGEL, K., *Taxation of cross-border income, harmonization, and tax neutrality under European Community Law. An institutional approach*, Kluwer, Deventer, 1994. Aun sobre la compatibilidad de los convenios de bilaterales de doble imposición con el Derecho comunitario vid. FARMER, P., *EC Law and double taxation agreements*, The EC Tax Journal, Vol. 3, núm. 3 (1999); y HINNEKENS, L., «Compatibility of bilateral tax treaties with European Community Law. The rules», *EC Tax Review*, núm. 4 (1994).

⁶⁰ PISTONE, P., *An EU model...*, cit., pág. 130; GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, cit., pág. 30, y 213; THIEL, S. van, «Removal of income tax barriers to market integration in the European Union: litigation by the Community citizen instead of harmonization by the Community legislature?», *EC Tax Review*, Vol. 12, núm. 1 (2003), pág. 14.

⁶¹ Asunto 270/83 *Comission/France* (1986) ECR 274, comentado por MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «¿Hacia una nueva configuración de las relaciones entre el Derecho comunitario y la normativa nacional en materia de imposición directa? El caso Gilly», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 102 (1999), pág. 301; y DOCAVO ALBERTI, L., *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Distribuciones de la Ley, Madrid, 1981, págs. 44-48.

⁶² HINNEKENS, L., *Compatibility...*, cit., pág. 161, subraya la interpretación del abogado MANCINI en este asunto, al sustentar éste que el principio de la primacía del Derecho comunitario se opondrá a que los derechos consagrados en el Tratado se supediten a un convenio bilateral.

⁶³ Asunto C-307/97, *Compagnie Saint-Gobain ZD v. Finanzamt Aachen*, 1999, ECR, I-6163. Comentan ampliamente esta sentencia MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Los establecimientos permanentes, los casos triangulares y el Derecho comunitario. Un comentario a la sentencia del TJCE Saint-Gobain», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214 (2002).

sujetos no se encuentran en situaciones comparables ⁶⁴, en el Derecho comunitario, el TJCE ha venido ampliando el concepto de no discriminación por razón de la nacionalidad, para incluir en él la discriminación por razón de la residencia ⁶⁵. Pero además, el principio de no discriminación propio del Derecho internacional sólo se aplica a los nacionales del otro Estado contratante ⁶⁶ y, condicionado así mismo a la reciprocidad, a diferencia de lo que está instituido en el Derecho comunitario ⁶⁷. Finalmente, en el Derecho internacional, el principio de no discriminación no «opera al margen de un CDI» ⁶⁸, es decir, no existe un principio de no discriminación generalmente aplicable ⁶⁹.

La concepción del convenio de doble imposición, como sistema de reparto bilateral de bases entre Estados, se asienta en la negociación y, por tanto, en la diferenciación ⁷⁰. Por el contrario, el Derecho comunitario y las libertades de circulación están ancladas sobre un principio de no discriminación que se asienta en la igualdad de todos los ciudadanos y agentes económicos al amparo del ordenamiento jurídico comunitario, y que es además de aplicabilidad directa ⁷¹. A pesar de estas evidentes diferencias, que los casos referidos ponen de manifiesto, en la jurisprudencia del TJCE, queda todavía no definitivamente resuelta la cuestión fundamental, es decir, si es o no compatible con el principio de no discriminación el trato diferenciado otorgado por un Estado a los residentes de dos o más Estados, en función del convenio celebrado con cada uno ⁷².

2.2.2. La doble imposición económica de dividendos de carácter internacional.

Al contrario de lo que sucede con la doble imposición (jurídica) internacional, la doble imposición económica de dividendos no es por sí sola fuente de distorsión fiscal. Habrá distorsión sólo cuando, como hemos dicho antes, una misma operación que origina doble imposición no la originaría si no fuera de carácter transfronterizo.

⁶⁴ CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «Removal of income tax barriers to market integration in the European Union: litigation by the Community citizen instead of harmonization by the Community legislature?», *EC Tax Review*, Vol. 12, núm. 1 (2003), pág. 664; PINHEIRO, G., *A fiscalidade na União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, pág. 165; THIEL, S. van, *The prohibition of income tax discrimination in the European Union: what does it mean?*, *European Taxation*, vol. 34, núm. 9 (1994), pág. 296.

⁶⁵ Sobre este punto en particular, GARCÍA FRÍAS, A., «La necesaria armonización de la tributación de las personas físicas no residentes a la luz de la jurisprudencia del TJCE», *RDFHP*, núm. 242 (separata) (1996), pág. 1.028.

⁶⁶ CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 663.

⁶⁷ VOGEL, K., *Taxation...*, *cit.*, pág. 15, aboga que los Estados miembros están obligados a no discriminar contra los nacionales de otros Estados miembros, incluso en los Convenios de doble imposición celebrados con terceros Estados.

⁶⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 663.

⁶⁹ Sobre el principio de no discriminación en los diversos modelos de convenio sobre doble imposición *vid.*, entre otros, SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J., *La no discriminación fiscal*, Edersa, Madrid, 2001, págs. 87 y ss.

⁷⁰ VOGEL, K., *Taxation...*, *cit.*, pág. 16.

⁷¹ THIEL, S. van, *The prohibition...*, *cit.*, pág. 304; GARCÍA PRATS, A. F., «The evolution of income taxation under EC law requirements», *EC Tax Review*, núm. 3 (2002), pág. 139.

⁷² Así lo consideran, entre otros, FARMER, P. y LYAL, R., *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pág. 318; y PISTONE, P., «An EU model tax convention», *EC Tax Review*, núm. 3 (2002), pág. 130. VOGEL, K., en *Taxation...*, *cit.*, pág. 14, no duda en afirmar que «el principio de no discriminación tal como fue establecido en el artículo 7 del TCE (...), combinado con los artículos 48 y 52 deben ser observados (...) se aplica también a las disposiciones de los Tratados y las disposiciones que violen el principio de no discriminación resultan inaplicables en virtud del Derecho comunitario». Añade el mismo autor (*idem*, pág. 15) que «un Estado miembro de la Comunidad no puede tratar de modo discriminatorio a los nacionales de otros Estados miembros tanto en su Derecho interno como en un tratado con un Estado no miembro».

Una situación, que con frecuencia ocasiona este tipo de doble imposición, es aquella en la que los Estados prevén mecanismos para atenuar la doble imposición económica que sólo se apliquen cuando los beneficiarios de los dividendos sean residentes y la sociedad distribuidora sea residente ⁷³. En ambos supuestos se está ante una fuente potencial de distorsión fiscal: si se concede un crédito fiscal, por ejemplo, a un inversor residente y no a un no residente, el flujo de capital proveniente del exterior podrá resultar perjudicado; si se concede el mismo crédito fiscal a un inversor residente por los dividendos percibidos de una sociedad doméstica y no a otro inversor residente por los dividendos percibidos de una sociedad no residente, el flujo de capital hacia el exterior podrá resultar perjudicado.

Pero además, las referidas diferencias de trato, plantean problemas de compatibilidad con el principio de no discriminación del Derecho comunitario. El TJCE ha considerado reiteradamente que dichas diferencias de trato no son compatibles con las disposiciones de los Tratados sobre libre circulación. En el Asunto *Avoir Fiscal* ⁷⁴ se planteó directamente la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la diferencia de trato entre sociedades residentes y no residentes, a efectos de la eliminación de la doble imposición económica sobre dividendos. El Tribunal estimó que dicha diferenciación del Derecho fiscal francés violaba el Tratado, no aceptando, como justificaciones para ello, la ausencia de armonización de la imposición directa o la competencia de los convenios de doble imposición para regular este aspecto de la fiscalidad. También en el asunto *Saint-Gobain* se consideró que las normas vigentes en el ordenamiento de un Estado, ya sean éstas de Derecho interno o de carácter convencional, relativas a la eliminación de la doble imposición de dividendos, deben aplicarse a los establecimientos permanentes de las sociedades no residentes de forma no discriminatoria con relación al tratamiento concedido a las sociedades residentes. Ya en el caso *Verkooijen* ⁷⁵, el Tribunal tuvo ocasión de aplicar la misma línea de jurisprudencia a un supuesto de distribución de dividendos a un accionista persona física. Se cuestionaba la validez de una exención parcial, en el impuesto personal sobre la renta de dividendos percibidos por residentes y distribuidos por sociedades residentes, excluyendo la exención relativa a los dividendos distribuidos por sociedades no residentes ⁷⁶. Nótese que, en este caso, no se enjuiciaba una diferencia de trato por razón de la residencia del contribuyente, sino una diferencia de trato en función de la residencia de la sociedad pagadora de los dividendos. El Tribunal estimó que la disposición referida era incompatible con el Tratado, por considerarla una restricción injustificada al ejercicio de la libertad de circulación de capitales ⁷⁷.

⁷³ En particular sobre la relación entre el sistema de imputación y el principio de neutralidad fiscal, CHOWN, J., «International aspects of the imputation system», *British Tax Review*, núm. 2 (1993); y WATTEL, P. J., *op. cit.* págs. 159-160. Vid. también BIRD, R. M., *op. cit.*, pág. 243.

⁷⁴ *Supra*, nota núm. 61.

⁷⁵ Asunto C-35/98 *B.G.M. Verkooijen*, JO C 247 26.08.2000, pág. 4. Esta sentencia se comenta por CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, págs. 740 y ss.

⁷⁶ La ley holandesa asociaba el sistema clásico de impuesto con un sistema de *shareholder relief*.

⁷⁷ Al considerar incompatibles con las disposiciones del Tratado en materia de libertades de circulación no únicamente las discriminaciones sino también las restricciones no justificadas, la sentencia *Verkooijen* no hace más que continuar una línea de jurisprudencia ya iniciada por el Tribunal, para materias de imposición directa, en casos anteriores como *Safir*, *Futura* o *ICI*. Todas estas sentencias se comentan detalladamente por CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*

Otra fuente de doble imposición económica de dividendos de carácter interjurisdiccional está constituida por la aplicación de retenciones a cuenta en el momento del pago de dividendos. Debido a que dichos dividendos están gravados por el impuesto sobre sociedades o por el impuesto de renta personal en el país de residencia del beneficiario (sociedad o persona física), se originará doble imposición internacional ⁷⁸. Tal como hemos visto respecto al sistema de imputación, también estas retenciones en la fuente se aplican a menudo de forma discriminatoria. En la mayoría de los países, existen retenciones a cuenta que son definitivas sólo para los no residentes ⁷⁹. Además, las retenciones a cuenta sobre no residentes en general inciden sobre la renta bruta, no admitiéndose la deducción de gastos, al contrario de lo que sucede con los residentes ⁸⁰. También de este aspecto resulta un trato fiscal más gravoso para los residentes ⁸¹. En la medida en que dichas diferencias de trato produzcan diferencias de carga fiscal, las mismas se convertirán en potenciales fuentes de distorsión fiscal.

2.3. Deducción de pérdidas transfronterizas.

En la mayor parte de los Estados no se permite a las empresas deducir las pérdidas en las que hayan incurrido sus filiales o establecimientos permanentes localizados en otros países. Siempre que las pérdidas puedan deducirse cuando incurran en ellas las filiales o las sucursales localizadas en el mismo Estado de la sociedad matriz o de la empresa principal, se originará un agravamiento de la carga fiscal en los supuestos en que estén implicadas pérdidas interestatales. Agravamiento este que puede constituir un factor decisivo en las decisiones en cuanto a la localización de filiales o establecimientos permanentes ⁸².

Actualmente, en la mayor parte de los Estados miembros de la UE está permitida la compensación de pérdidas sufridas por establecimientos permanentes localizados fuera del Estado de resi-

⁷⁸ En casos límites, podrán ocurrir situaciones de triple imposición, cuando los beneficios son gravados en impuesto sobre sociedades por el país de la fuente, que en seguida aplica también una retención a cuenta sobre los dividendos distribuidos y, finalmente, los mismos dividendos son gravados, en el impuesto sobre sociedades o en impuesto personal, por el país de residencia.

⁷⁹ De hecho, la retención a cuenta se aplica como una medida de eficacia en la recaudación de rentas que de otra forma podrían evadirse, lo que resulta particularmente importante en el caso de las rentas de capitales percibidas por no residentes. Pero en términos generales se puede también decir que de la retención a cuenta resulta un agravamiento de la carga fiscal, porque el pago del impuesto se produce antes de lo que ocurriría sin retención (GOUTHIERE, B., *Removal of Discrimination-a never-ending story*, European Taxation, 9, Vol. 34, (1994), pág. 296).

⁸⁰ Este problema se ha planteado en el Asunto *Gilly* (Asunto C-336/96, *Gilly*, 1998 ECR I-2793).

⁸¹ THIEL, S. van, *The prohibition...*, cit., pág. 308.

⁸² En el momento presente, en todos los países de la UE se encuentra establecida la posibilidad de compensar las pérdidas sufridas por establecimientos (es decir, por unidades empresariales sin personalidad jurídica propia dependientes de una entidad principal) localizados en el mismo Estado de residencia de la entidad principal; la mayoría de los Estados miembros tienen establecida la posibilidad de consolidación tributaria de beneficios, aunque en términos muy variables. En cuanto a las filiales, la mayoría de los países, aunque no todos, tienen establecida alguna forma de compensación de pérdidas internas, segundo reglas que varían marcadamente entre los países. Sobre este punto *vid.* GARCÍA FRÍAS, A., «El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214 (2002); *El régimen especial de los grupos de sociedades en el Impuesto sobre Sociedades*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 1997.

dencia de la casa matriz ⁸³. En cuanto a las filiales, sólo tres Estados ⁸⁴ tienen establecida en sus ordenamientos la posibilidad de deducción de pérdidas sufridas por filiales residentes en otros Estados miembros. En los restantes, la consolidación fiscal de beneficios se limita al universo de las entidades residentes en el territorio de aplicación del impuesto ⁸⁵.

La cuestión de la compatibilidad de este tipo de disposiciones con las normas del Tratado de efecto directo en materia de libre circulación se plantea en los siguientes términos. Una disposición del ordenamiento tributario de un Estado permite a una sociedad residente deducir las pérdidas obtenidas por una filial o una sucursal localizadas en el mismo Estado de residencia, pero no permite que la misma sociedad deduzca las pérdidas sufridas por una filial o establecimiento permanente situados en otro Estado miembro. Paralelamente, la Ley permite a una filial deducir las pérdidas de su casa matriz cuando ésta se sitúe en el mismo Estado, pero no cuando ésta sea residente en otro Estado. Estamos, por tanto, ante una diferencia de trato por razón de la localización de las inversiones.

Hasta ahora nunca se ha planteado la cuestión directamente ante el TJCE ⁸⁶, pero algunos casos relacionados con la deducción de pérdidas en grupos multinacionales han sido apreciados por la Corte europea, de cuya jurisprudencia se pueden extraer algunas líneas fundamentales ⁸⁷. En el asunto *Futura* ⁸⁸, se discutió una situación en la que un establecimiento permanente ⁸⁹ pretendía que se le reconociese el derecho a compensar, con sus beneficios del año 1986, las pérdidas originadas en años anteriores, con la particularidad de que, tanto los beneficios como las pérdidas debían calcu-

⁸³ COMISIÓN EUROPEA, *Company taxation...*, pág. 244. La compensación de pérdidas surge asociada al principio de residencia en la imposición de los establecimientos permanentes, lo que significa que del mismo modo que las pérdidas se compensan con los resultados de la entidad principal, también los beneficios obtenidos por los establecimientos permanentes son computados en los resultados de la entidad principal, originando, en algunos casos, un problema de doble imposición internacional. De acuerdo con el estudio que venimos citando, hay países que aplican un sistema de imputación (el impuesto soportado por el establecimiento permanente en el Estado de localización se deduce a la cuota correspondiente a la entidad principal) y otros que no conceden este tipo de atenuación de la doble imposición. No estamos ya aquí, sin embargo, ante el problema de la deducción de pérdidas, sino ante un problema de doble imposición internacional que hemos tratado en su lugar.

⁸⁴ Dinamarca, Holanda y Francia.

⁸⁵ GARCÍA FRÍAS, A., «El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea», *cit.*, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214 (2002), pág. 68.

⁸⁶ En este momento se encuentra en curso ante los tribunales ingleses una acción en la que se plantea la cuestión de deducción de pérdidas en estos términos precisos. Se trata del Asunto *Marks & Spencer PLC v. David Halsey*, en la que la sociedad Marks & Spencer reclama el derecho a compensar pérdidas sufridas por filiales residentes en otros Estados miembros. La normativa del Reino Unido en esta materia ha sido modificada tras la sentencia proferida por el TJCE en el asunto *ICI*. Tras dicha modificación, en vigor desde abril de 2000, la ley inglesa prevé la posibilidad de compensación de pérdidas de filiales no residentes, pero solamente si dichas filiales llevan a cabo actividades en el Reino Unido. La sociedad fundamenta su pretensión en que la mencionada norma no respeta el principio de libre circulación contenido en el artículo 43 del TCE, constituyendo una restricción prohibida al ejercicio de dicha libertad [HINNEKENS, L., *The Marks and Spencer Case: UK special commissioners find UK group relief rules compatible with freedom of establishment*, *European Taxation*, Vol. 43, núm. 5 (2003)].

⁸⁷ Un análisis sucinto de esta cuestión se puede ver en LEHNER, M., *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC treaty*, *European Taxation*, Vol. 9, núm. 1 (2000).

⁸⁸ Asunto C-250/95, *Futura Participations SA and Singer v. Administration des Contributions*, 1997 ECR I-2471.

⁸⁹ *Singer* era la denominación de la sucursal, situada en Luxemburgo, de una sociedad con sede en Francia, denominada *Futura*.

larse con base en un método de cifra de negocios ⁹⁰, ya que dicha sucursal no mantenía una contabilidad separada de la sociedad principal. Las autoridades tributarias luxemburguesas denegaron la pretensión, invocando a una disposición del Derecho interno, según la cual los contribuyentes no residentes sólo estaban autorizados a deducir pérdidas reportadas de años anteriores cuando dichas pérdidas estuviesen económicamente relacionadas con la renta obtenida localmente y cuando mantuviesen contabilidad en Luxemburgo. La Corte europea consideró incompatible con el Tratado la segunda de las dos reglas, por ser innecesaria a los fines pretendidos y constituir una restricción a la libertad de establecimiento. En cuanto a la primera norma, el Tribunal la consideró conforme al Derecho comunitario, por estar «conforme con el principio fiscal de la territorialidad» ⁹¹. El principio de la territorialidad se aplicaba en Luxemburgo con relación a las rentas de los no residentes, lo que significaba que para esta categoría de contribuyentes el impuesto incidía solamente sobre las rentas obtenidas localmente.

En el caso *ICI* ⁹², la situación controvertida se refería a una compensación de pérdidas entre empresas diferentes de un grupo, pero el ámbito de compensación estaba limitado a las pérdidas domésticas. Se trataba de una empresa residente en el Reino Unido y que formaba parte de un *consortium* ⁹³ que pretendía compensar con sus beneficios, las pérdidas sufridas por una filial también residente en Reino Unido. La legislación inglesa permitía la compensación de pérdidas entre sociedades pertenecientes a un *consortium*, a condición de que la mayoría de las filiales detentadas por la sociedad *holding* del grupo se encontrasen domiciliadas en Reino Unido. El Tribunal estimó la norma violadora del Tratado por constituir una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento.

En el caso *Amid* ⁹⁴, del mismo modo que en el caso *Futura*, se apreciaba una cuestión de imposibilidad de compensación de pérdidas internas con relación a una misma empresa. El Estado de residencia denegó la pretensión de compensación porque, según la Ley nacional, dichas pérdidas deberían haber sido deducidas en el período fiscal anterior, de los beneficios obtenidos por un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro. El problema se planteó porque, en virtud del convenio sobre doble imposición celebrado entre el Estado de residencia (Bélgica) y el Estado de localización (Luxemburgo) del establecimiento permanente, los beneficios obtenidos por este último sólo eran gravables por el Estado de la fuente, no admitiendo este Estado que con estos beneficios se compensasen las pérdidas sufridas por la entidad principal. De esta forma, las pérdidas sufridas por la entidad principal no podrían llegar a ser compensadas en ningún caso, aunque dichas pérdidas pudie-

⁹⁰ Sobre el método de cifra de negocios, como forma para determinar la base imponible correspondiente a cada jurisdicción, *vid.*, por ejemplo, ANDEL, N., *Determination of company profits*, in CNOSEN (ed.), *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer, 1986.

⁹¹ Recuérdese que el principio de territorialidad está asociado, en el Derecho tributario internacional, al principio de la tributación en la fuente. Mientras éste sirve para determinar la jurisdicción competente para gravar un sujeto pasivo, el principio de territorialidad sirve para delimitar la incidencia objetiva del derecho a gravar, es decir, la amplitud de la base imponible sobre la que dicha jurisdicción debe ejercer su competencia tributaria (XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 203).

⁹² Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc v. Her Majesty's Inspector of Taxes*, 1998, ECR I-4711.

⁹³ En la legislación fiscal del Reino Unido «consortium» es una agrupación de empresas con fines tributarios, a través del cual es posible compensar las pérdidas y los beneficios de las empresas que forman el *consortium* y de sus filiales (DANIELS, T., «The freedom of establishment: some comments on the ICI decision», *EC Tax Review*, Vol. 8, núm.1 (1999), pág. 39).

⁹⁴ Asunto C-141 *Algemene Maatschappij voor Investeren in Dienstverlening NV (AMID) v. Belgische Staat*, 2000, ECR I-471.

sen ser deducidas si la sucursal que había obtenido beneficios estuviese situada en el mismo Estado de la entidad principal. El Tribunal consideró la norma en cuestión incompatible con el Tratado, por conllevar una restricción no justificada al ejercicio de la libertad de establecimiento.

Los casos mencionados dejan ver la existencia de una tensión entre, por un lado, la subsistencia de modelos de consolidación ampliamente basados en la distinción entre residentes y no residentes y, por otro lado, un sistema de coordinación fiscal cada vez más impregnado por un principio de no discriminación que afecta a las discriminaciones por razón de la residencia⁹⁵ y, principalmente, por un principio de no restricción al ejercicio de las libertades, que afecta a las diferenciaciones por razón de la localización de las inversiones⁹⁶. Pero resultan de esta jurisprudencia dos reglas alternativas y contradictorias. Como ya resaltó alguna doctrina⁹⁷, el reconocimiento del principio de territorialidad, que hizo el Tribunal en el asunto *Futura*, conllevaría la legitimidad de los sistemas de consolidación limitados a las entidades localizadas en un mismo Estado. La regla formulada en el asunto *Futura* es que, en la medida en que el ordenamiento de un Estado limita la tributación de los no residentes a las rentas obtenidas en su territorio, también se justificaría excluir de la base imponible de un no residente las pérdidas, eventualmente registradas por entidades vinculadas al sujeto pasivo no residente, sufridas fuera de su territorio⁹⁸.

Por otro lado, la regla que resulta de las restantes sentencias referidas es que una diferencia de trato fiscal que produzca una desventaja en una relación matriz-filial transfronteriza, en comparación con una relación matriz-filial doméstica, constituye una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento incompatible con el Tratado⁹⁹. Esta misma línea de jurisprudencia se confirmó recientemente en la sentencia sobre el asunto *Hoescht*¹⁰⁰, en la que el Tribunal estimó que «la dife-

⁹⁵ GARCÍA FRÍAS, A., *La necesaria...*, cit., pág. 1.039.

⁹⁶ GARCÍA FRÍAS, A., *El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea*, cit., pág. 69, manifiesta que, a largo plazo, se impondrá un concepto de grupo (a efectos de consolidación tributaria) que incluya dentro del mismo a cualquier sociedad que al menos tenga su residencia dentro de la UE y sugiere asimismo que esta tendencia se manifiesta ya en el Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas.

⁹⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo e Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001, pág. 33.

⁹⁸ CAAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tomo II, La Ley, Madrid, 2000, pág. 38.

⁹⁹ DANIELS, T., *op. cit.*, pág. 41, para quien en el Asunto *ICI* el TJCE ha dado todos los pasos para considerar la existencia de esta regla en la jurisprudencia del TJCE. En el mismo sentido, SANZ GADEA, E., «Aspectos internacionales de la política fiscal (III)», *Impuestos*, núms. 15-16, pág. 37; LENHER, M., *op. cit.*, pág. 10, llama la atención para que la decisión del TJCE en el caso *Futura*, respaldada en el principio de territorialidad, está en contradicción con la decisión proferida por el mismo Tribunal en el caso *ICI*, en la que el Tribunal no aceptó que la posibilidad de compensación de pérdidas quedase supeditada a la condición de una sujeción a gravamen de los beneficios obtenidos por las mismas entidades.

¹⁰⁰ Asunto C-410/98, *Hoescht v. Inland Revenue*, 2001, ECR I-1727. Aunque el objeto principal de litigio en este caso no era una deducción de pérdidas, el asunto tiene afinidad con la cuestión, ya que el problema central se refería a la posibilidad, para dos empresas vinculadas, de beneficiarse de un régimen fiscal aplicable a grupos de sociedades (*group income election*) en el ordenamiento fiscal del Reino Unido. En virtud de la sección 277 del Income and Corporation Tax Act de 1988, entonces en vigor en el Reino Unido, dos sociedades residentes en este país, cuando una de las dos participase por lo menos en un 51 por 100 en el capital de la otra, podrían formar un grupo a efectos de tributación sobre la renta (*group income election*). A través de este mecanismo, la filial se eximía de la obligación de pagar el *Advance Corporation Tax* (ACT). El *Advance Corporation Tax*, abolido por el *Finance Act* de 1998, tenía la naturaleza de un impuesto por

rencia de trato fiscal concedida a sociedades filiales, por razón de su condición de residentes, no podrá justificar que se deniegue una ventaja fiscal a sociedades residentes filiales de sociedades residentes en otro Estado miembro, cuando esa ventaja está establecida a favor de sociedades filiales residentes en el mismo Estado de la sociedad matriz»¹⁰¹. Subráyese que esta regla, formulada como está en términos genéricos y abstractos, conduciría por sí sola, si fuera aplicada a un supuesto de deducción de pérdidas, a considerar incompatible con el Tratado la denegación de la posibilidad de deducción, por una sociedad filial residente en un Estado miembro, de las pérdidas registradas por la sociedad matriz residente en otro Estado miembro, cuando tal deducción estuviese permitida a una sociedad filial residente en condiciones idénticas, respecto de las pérdidas registradas por una sociedad matriz residente en el mismo Estado.

Esta aparente contradicción se resuelve a través de una delimitación de los campos de aplicación de las dos reglas. El Tribunal ha afirmado la admisibilidad del principio de territorialidad, en el asunto *Futura*, del mismo modo en que, en numerosas ocasiones, declaró admisible una diferenciación por razón de la residencia¹⁰². Pero, siendo válidas en principio, las discriminaciones basadas en la residencia se vuelven incompatibles con el Derecho, cuando conlleven, en la práctica, una discriminación por razón de la nacionalidad. También, cuando la aplicación del principio de territorialidad tenga como efecto provocar una diferencia de trato, que además se traduzca en una restricción al ejercicio de una libertad de circulación, tal diferencia de trato será incompatible con el Tratado.

2.4. Ajuste de precios de transferencia.

El hecho de que, en general, los beneficios societarios tributan originaria y definitivamente en la fuente tiene como consecuencia, para empresas o grupos que operan internacionalmente, la necesidad de repartir las bases imponibles entre las distintas jurisdicciones donde se localizan sus actividades¹⁰³. Este reparto puede efectuarse de diversos modos, pero lo más común en el Derecho internacional tributario es el sistema de contabilidad separada¹⁰⁴, que busca determinar la parte de

cuenta del Impuesto de Sociedades, cuya obligación de pago nacía con el acto de distribución de dividendos. Así, el único agravamiento resultante para una empresa del hecho de quedar sujeta al ACT, se derivaba del anticipo del pago del impuesto sobre sociedades. Simplemente, esta anticipación podía extenderse por períodos largos de tiempo.

¹⁰¹ Punto 76 de la citada sentencia.

¹⁰² Lo hizo, por ejemplo, en el asunto *Avoir Fiscal* (*supra* nota núm 61).

¹⁰³ RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 61.

¹⁰⁴ Un sistema de contabilidad separada consiste en apurar separadamente el beneficio de cada entidad económica dentro de un grupo, utilizando para ello un procedimiento contable normal, como si de una entidad completamente autónoma se tratase. Para aplicar este método, resulta necesario atribuir valores contables a los flujos económicos que tienen lugar entre las empresas del grupo, lo que se designa en fiscalidad como precios de transferencia (MCLURE JR, E. y WEINER, J. M., *Deciding whether the European Union should adopt formula apportionment of company income*, en CNOSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pág. 244). Para una percepción amplia de la problemática de los precios de transferencia se puede ver HAMAEEKERS, H., *Precios de transferencia. Historia, evolución y perspectivas*, en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, Ed. Estudios Financieros, Madrid, Barcelona & Valencia, 2001; NEWLON, T. S., *Transfer pricing and income shifting in integrating economies*, en CNOSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, págs. 214-242. Segundo, para este autor precios de transferencia son los precios establecidos para las transferencias de bienes y servicios y para el préstamo de fondos entre entidades pertenecientes a un mismo grupo.

la renta que realmente se produjo en una jurisdicción. Para hechos económicos relacionados con transacciones externas, esta contabilidad separada no encuentra mayores dificultades. Pero cuando existan transacciones intragrupo, es decir, entre empresas del mismo grupo, cuyos valores no están fijados en ningún tipo de contrato, ni han dado origen a pagos o recibimientos, se plantea entonces el problema de su valoración ¹⁰⁵.

La expresión «precios de transferencia» designa los valores que se atribuyen a dichas transacciones. A parte de la inherente dificultad técnica de atribuir precios de transferencia, un problema específico de la tributación reside en la utilización abusiva que los contribuyentes pueden hacer de dichos precios, con el objeto de atribuir mayores beneficios a las jurisdicciones con niveles más bajos de tributación ¹⁰⁶. A fin de prevenir esta forma de elusión fiscal, las leyes fiscales suelen establecer mecanismos que permitan a las administraciones tributarias corregir los precios de transferencia y, por esta vía, modificar el valor del resultado declarado por el contribuyente ¹⁰⁷.

En este mecanismo de control reside una fuente potencial de distorsiones fiscales, dentro de las cuales podemos hacer referencia a las siguientes ¹⁰⁸. En primer lugar, las empresas que utilicen precios de transferencia están obligadas a probar que han aplicado correctamente el principio de los precios de mercado en la determinación de los precios por los que han registrado sus transacciones, lo que exige la obtención y elaboración de una compleja documentación. En segundo lugar, el hecho de que una empresa multinacional utilice precios de transferencia en una jurisdicción origina, por sí sólo, un aumento de la probabilidad de sufrir una inspección por parte de las autoridades fiscales. En tercer lugar, cuando la administración fiscal no acepte los precios declarados y proceda a la corrección unilateral del valor de los beneficios, esto tiene como resultado una doble imposición sobre la parte de los beneficios correspondiente al valor de la corrección. E incluso cuando, en virtud de un proceso de resolución de conflictos como el que está establecido en el contexto de la UE por el

¹⁰⁵ Para este efecto el principio fundamental es el principio de los precios normales de mercado (*arm's length principle*). Sobre este concepto *vid.* HAMAËKERS, H., *op. cit.*, págs. 263-264; MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdictional equity...*, *cit.*, pág. 55. Sobre el concepto correlativo de *valore normale* en la doctrina italiana, *vide* ADONINO, P., *La nozione di «valore normale»*, en UCKMAR, V., MGANANI, C., y MARONGIU, G. (coord.), *Il Reddito di impresa nel nuovo testo unico*, Cedam, Padua, 1988. En España, se puede ver, entre otros, SALA GALVÁN, G., *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 39. La OCDE ha empezado la publicación, desde 1995, de una serie de «Directivas» en materia de precios de transferencia. Los capítulos I a V de estas «Directivas» se refieren al principio del *arm's length*.

¹⁰⁶ SALA GALVÁN, G., *op. cit.*, pág. 47; MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdictional equity...*, *cit.*, pág. 55; GONZÁLEZ GARCÍA, E., *El fraude a la Ley tributaria en la jurisprudencia*, Aranzadi, Elcano, 2001, analiza algunos supuestos de operaciones, en especial el *lease-back*, más frecuentemente utilizados para hacer desplazar resultados de una entidad hacia otra.

¹⁰⁷ Sobre esta materia el artículo 9.1 del Modelo de Convenio de la OCDE dispone: «Cuando a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante; o b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y sometidos a imposición en consecuencia» (sobre este punto *vid.* GARCÍA PRATS, A. F., *Tributación de las rentas empresariales*, en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, Ed. Estudios Financieros, Madrid, Barcelona & Valencia, 2001.

¹⁰⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation...*, *cit.*, pág. 259.

Convenio de Arbitraje ¹⁰⁹, se llegue a eliminar esta doble imposición, hay un coste fiscal agravado resultante de la necesidad de financiar la doble imposición durante el período de tiempo que dura el proceso de regulación, que como regla suele ser bastante largo. De todos los aspectos señalados resulta un agravamiento de los costes fiscales en un sentido amplio. Una vez que dicho agravamiento de costes se produce en virtud del carácter multinacional de la empresa, del mismo resulta para ésta una desventaja fiscal, con relación a las empresas que operan desde un único país.

2.5. El problema de la imposición anticipada de plusvalías puestas de manifiesto en las operaciones de reestructuración empresarial.

La mayor parte de los ordenamientos tributarios de los Estados miembros contienen reglas para prevenir que las plusvalías puestas de manifiesto en el momento de una operación de reestructuración – fusión, escisión, canje de acciones o aportación de activos – no sean gravadas antes de su realización final ¹¹⁰, lo que podría constituir un agravamiento fiscal desincentivador de este tipo de operaciones, consideradas deseables desde el punto de vista del desarrollo empresarial y de la eficiencia económica ¹¹¹. Con el objetivo de evitar un agravamiento de la situación fiscal de las entidades implicadas como consecuencia de la operación de reestructuración, las leyes tributarias suelen permitir, una vez verificados ciertos requisitos, que la imposición de dichas plusvalías sea pospuesta al momento de la realización de las mismas. Con este procedimiento, el Estado no renuncia a gravar las ganancias, sino que difiere el momento de gravarlas.

Pero, cuando la operación de reestructuración tenga lugar entre entidades residentes en diferentes jurisdicciones tributarias, el problema de la imposición de las plusvalías emergentes ya no afecta simplemente al momento de tributación, es decir, ya no es simplemente temporal, sino que se convierte también en un problema de determinación de la jurisdicción competente para gravar ¹¹². Como regla general, en la práctica fiscal internacional y en ausencia de coordinación, el Estado de residencia de la entidad cedente no renuncia a gravar las plusvalías en el momento de la operación, ya que este Estado no estará en condiciones de gravar dichas ganancias en el momento de su realización final. Cuando así es, se produce desde luego una tributación de las plusvalías anticipada con relación al momento de su realización final, hecho que constituye por sí mismo una desventaja de las operaciones de reestructuración internacionales, en comparación con las operaciones internas.

¹⁰⁹ Convenio 436/90/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (DOCE núm. L 225/10, 20-8-1990).

¹¹⁰ En el ordenamiento español rigen en esta materia los artículos 97 a 110 de la Ley del Impuesto sobre sociedades.

¹¹¹ Desde un punto de vista financiero, lo que ocurre o puede ocurrir en dichas operaciones es que una plusvalía que se encontraba oculta desde el punto de vista de la contabilidad de una empresa (VOGEL, K., *Taxation...*, cit., pág. 12), o que se encontraba registrada como plusvalía no realizada, se traslada al patrimonio de otra entidad, atribuyéndose compensaciones por esta transferencia bien a la empresa transmitente, bien a sus socios (COURTOIS, P., *L'imposition des plus-values*, Litec, París, imp. 1978, págs. 39 y ss.).

¹¹² Una descripción analítica de los diferentes tipos de efecto sobre el patrimonio de las entidades intervinientes en las operaciones de reestructuración empresarial se puede ver en RAVENTÓS CALVO, S., *La reestructuración empresarial como instrumento de planificación fiscal internacional*, en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, Ed. Estudios Financieros, Madrid, Barcelona & Valencia, 2001.

Pero además, en la generalidad de los casos, el Estado de residencia de la entidad receptora tampoco estará de acuerdo en renunciar a gravar dichas ganancias en el momento de su realización, generando doble imposición. En esta situación, estaremos ante una fuente de distorsión fiscal, en la medida en que un número significativo de empresas puedan ser disuadidas de realizar operaciones de reestructuración internacionales, en consideración a las razones fiscales apuntadas.

2.6. Desgravación de ciertas rentas.

Los intereses y cánones están incluidos, al lado de los dividendos, en la categoría de rentas pasivas ¹¹³, frente a las rentas derivadas de los beneficios de las empresas. Cuando el pago de intereses o cánones tenga como beneficiario a una entidad residente en un Estado diferente del de la entidad pagadora, las cantidades pagadas pueden estar o no sujetas a una retención a cuenta en el Estado de la fuente. En los últimos años, se ha operado una tendencia a la abolición de esta clase de retenciones, como consecuencia de la competencia fiscal entre los Estados ¹¹⁴. Pero también cuando hay retención, ésta es en general reducida, en comparación con los tipos del impuesto de sociedades o de impuesto personal sobre la renta, al que dichas rentas estarían sujetas, en la hipótesis de que se debieran a entidades residentes y, por tanto, se incluyeran en las respectivas bases imponibles. Se entiende, en general, que corresponde al Estado de residencia gravar estas rentas ¹¹⁵, pero el Estado de residencia tiene serias dificultades para gravarlas, porque la obligación de declarar este tipo de rentas es fácilmente eludible. En realidad, estas rentas se evaden con frecuencia de cualquier tributación o se sujetan a una imposición mínima ¹¹⁶. Una primera consecuencia de ello es la disminución global de ingresos, si no para cada uno de los Estados miembros, al menos para el conjunto de los países. Pero sobre este problema hemos apuntado con anterioridad que, pudiendo tratarse de un problema serio a tener en cuenta en el marco de una política fiscal europea, no constituye una fuente de distorsión fiscal en el sentido que consideramos relevante como criterio definidor del campo de actuación de la armonización fiscal. Por otra parte, en la medida en que subsistan algunas diferencias significativas en la imposición

¹¹³ LUCAS DURÁN, M., «Las rentas pasivas en la fiscalidad internacional (dividendos, intereses y cánones)», en SERRANO ANTÓN, Fernando (coord.), *Fiscalidad internacional*, Ed. Estudios Financieros, Madrid, Barcelona & Valencia, 2001, pág. 321. Según este autor, la calificación de estas rentas como pasivas «se debe probablemente a que, a diferencia de otro tipo de rentas, no implican tanto una actividad de ordenación de medios de producción en el otro Estado (como sería, por ejemplo, la creación de un establecimiento permanente), sino únicamente la cesión de un dinero (financiación propia, por medio de acciones, o ajena, por medio de préstamos), o bien la cesión de una determinada tecnología (v. gr. Patentes), que producirán un flujo periódico de rentas a favor del cedente».

¹¹⁴ ZUBIRI ORIA, I., *Las reformas fiscales en los países de la Unión Europea: causas y efectos*, Hacienda Pública Española, monografías, 2001, pág. 24.

¹¹⁵ En concurrencia con el país de la fuente, en general (XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 480), pero reservándose a este último un poder tributario limitado. Sobre este aspecto subraya LUCAS DURÁN, M., *op. cit.*, pág. 324, que «las medidas tributarias asociadas a los dividendos, intereses y cánones representan una excepción al establecer, en la mayoría de los casos, una tributación limitada en la fuente, que ha llevado a unificar en gran parte su tratamiento tributario (...)».

¹¹⁶ PÉREZ ROYO, F., «La propuesta de Directiva europea sobre fiscalidad de los intereses», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214 (2002), pág. 127; MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdictional equity...*, *cit.*, pág. 72; CNOSSEN, S. y BOVENBERG, L.: *Company tax...*, *cit.*, pág. 168; *A better alternative*, in BOVENBERG, CNOSSEN, VANISTENDAELE y WESTENBURGEN, Harmonization of company taxation in the European Community: some comments on the *Ruding Committee Report*, Kluwer, Deventer, 1992, pág. 39; CHOWN, J., *Monetary Union and tax harmonization*, *Intertax*, vol. 28, núm. 3 (2000), pág. 107; ALBI IBÁÑEZ, E., «Armonización fiscal europea: balance de situación», *Papeles de Economía*, núm. 87, (2001), pág. 40.

de este tipo de rentas entre los distintos países, esto funcionará como un factor de influencia sobre la localización de las inversiones ¹¹⁷. Pero ello tampoco será una fuente de distorsión, que deba ser considerada de forma autónoma desde un punto de vista sistemático, sino que se estará más bien ante un efecto de las diferencias entre tipos efectivos de gravamen ¹¹⁸.

Sin embargo, algunos especialistas ¹¹⁹ han advertido que el hecho de que los intereses y cánones no resulten gravados o lo sean de forma muy atenuada, tiene como consecuencia que las empresas prefieren financiarse a través de capitales ajenos, a financiarse acudiendo a los capitales propios. Esto aun no sería significativo desde un punto de vista de la afectación geográfica de los recursos si esta preferencia fuese indiferente en el plano espacial. Pero, señalan estos autores una preferencia por la deuda como fuente privilegiada de financiación empresarial que beneficia a las economías con mayor peso del sector financiero, además de originar una ventaja para las empresas más robustas, en particular las empresas multinacionales, que tienen un acceso al crédito en condiciones más favorables, en detrimento de las empresas más pequeñas, especialmente las nuevas empresas, para quienes el crédito resulta un medio de financiación más gravoso ¹²⁰.

2.7. Opacidad del sistema.

Utilizamos esta expresión para referirnos a una serie de dificultades que soportan los agentes económicos que se propongan internacionalizar sus actividades a una escala europea, al manejar veinticinco sistemas fiscales diferentes y además poco transparentes. Siempre que tal dificultad sea suficiente como para disuadir a los agentes económicos de realizar sus operaciones fuera de su Estado de residencia, estaremos en presencia de una fuente de distorsión fiscal. Según un estudio comparativo publicado por la Comisión Europea ¹²¹, con anterioridad al último alargamiento de la Unión, las

¹¹⁷ LUCAS DURÁN, M., *op. cit.*, pág. 324, refiere a este propósito que las rentas pasivas son particularmente propicias a una planificación fiscal a través del *treaty shopping* o «utilización de una determinada red de convenios fiscales firmados por un país concreto con la finalidad de aminorar la tributación de ciertas rentas». Explica el mismo autor que esta planificación se alcanza por medio de «la reconducción de los dividendos, intereses y cánones por uno u otro país, a través de la interposición de sociedades *holding* o por medio de la utilización de empresas asociadas (...)», aprovechando el contribuyente el hecho de que no todos los CDI firmados por un país fijan la misma tributación en la fuente para un determinado tipo de rendimientos.

¹¹⁸ Ya dejamos clara nuestra opinión, al tratar las diferencias en la carga fiscal efectiva como fuente de distorsiones, que este factor, aunque pueda influenciar la localización de capitales y, por tanto, afectar la neutralidad del sistema fiscal, no es relevante a efectos de la aplicación del artículo 94 TCE porque no se ha podido demostrar que este factor fiscal deba ser considerado como un obstáculo a la realización del mercado común.

¹¹⁹ CNOSSEN, S. y BOVENBERG, L., *Company tax... cit.*, pág. 171. Los autores se refieren a este problema como el «trato preferencial de la deuda». Sobre la misma problemática, BOND, R. S., *Levelling up or levelling down? Some reflections on the ACE and CBIT proposals, and the future of the corporate tax base*, in CNOSSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

¹²⁰ CNOSSEN, S. y BOVENBERG, L., *Company tax... cit.*, pág. 172. Para solucionar este problema, los autores proponen la institución del designado *comprehensive business income tax* (CBIT), lo cual consiste en la eliminación total de imposición sobre los dividendos percibidos y en la no deducción de los intereses pagados por las sociedades en la base imponible del impuesto sobre beneficios societarios.

¹²¹ Nos estamos refiriendo al estudio, ya varias veces citado, COMISIÓN EUROPEA, *Company taxation...*, *cit.*, págs. 39 y ss.

diferencias más significativas entre los quince sistemas fiscales que entonces formaban la UE residen en la determinación de la base imponible: se refieren sobre todo a la relación entre la base y el resultado contable, la deducción de provisiones, la deducción de costes relacionados con amortización de inmovilizado, el cálculo de plusvalías, la inclusión de dividendos, la deducción de pérdidas de una misma empresa y las reglas de consolidación. Hay también diferencias importantes dentro de los conceptos básicos, como son las entidades sujetas al impuesto, la definición de establecimiento permanente, la definición de grupo, etc. Y en un tercer grupo, aparecen las deducciones en la cuota, a menudo relacionadas con beneficios fiscales.

Por un lado, esta diversidad plantea problemas de transparencia, que dificultan la tarea de identificar situaciones de trato fiscal discriminatorio ¹²², por otro, la mera diversidad es susceptible de ocasionar costes adicionales para las empresas que ejerzan sus actividades en más de un Estado miembro, resultantes de la necesidad de cumplir reglas de varios sistemas diferentes ¹²³. En cuanto a este último problema, es importante hacer notar que ello afecta sobretudo a las empresas de pequeña y mediana dimensión ¹²⁴, ya que las multinacionales están en mejores condiciones para enfrentarse a los costes relacionados con la gestión de los aspectos de la fiscalidad e incluso pueden sacar partido de las diferencias existentes. Por el contrario, para las pequeñas y medianas empresas, la complejidad del sistema de la fiscalidad comunitaria puede constituir un factor importante de disuasión a la internacionalización de sus actividades.

3. Los obstáculos al funcionamiento del mercado común.

3.1. El efecto distorsionador.

Hemos identificado en el punto anterior las distorsiones creadas por la fiscalidad de beneficios y capitales sobre el mercado común. Pero aún no tenemos delimitado el campo posible de actuación del artículo 94 TCE, fuera de cuyo ámbito no estarán legitimados los actos de armonización de la fiscalidad directa, ya que lo previsto del artículo 94 no es la distorsión, sino el obstáculo al funcionamiento del mercado común. Si queremos definir el ámbito de actuación de la armonización de la fiscalidad sobre beneficios societarios y capitales, resulta necesario analizar los efectos que las distorsiones referidas tienen sobre el funcionamiento del mercado común. Para que se pueda hablar de un obstáculo, deberemos identificar una disposición que tenga por efecto impedir, restringir o dificultar la integración de la actividad productiva al nivel del mercado común, es decir, el ejercicio transfronterizo de las libertades de circulación.

¹²² MCLURE, E. Jr., *op. cit.*, pág. 14; RADLER, A., *op. cit.*, pág. 91.

¹²³ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, *cit.*, pág. 50; GIANNINI, S., *op. cit.*, pág. 149.

¹²⁴ En este sentido se pronunciaba ya el Informe Ruding, en sus conclusiones: «El Comité es igualmente consciente de que las importantes diferencias existentes en las normas actuales (sobre la base), que varían considerablemente de uno a otro país, complican la actividad empresarial intracomunitaria. Esto es especialmente cierto en el caso de las pequeñas y medianas empresas que carecen de recursos para abordar con éxito el problema» (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe del Comité Ruding...*, *cit.*, pág. 240).

De lo que hemos expuesto, y debido a la diferente naturaleza de algunos tipos de distorsiones identificadas, consideramos justificado establecer una distinción entre tres grandes grupos de fuentes productoras de distorsión fiscal en la tributación no armonizada de las sociedades y del capital en el mercado común, por razón de su efecto ¹²⁵. Además de permitirnos identificar los obstáculos al funcionamiento del mercado común, un análisis del efecto distorsionador, al mismo tiempo, va a posibilitarnos comprobar que existen diferentes grados de intensidad en el efecto obstaculizador de una distorsión fiscal, así como diferentes grados de objetividad en el examen de dichos efectos.

3.2. Problemas de ajuste entre los ordenamientos estatales.

En un primer grupo nos encontramos con problemas de ajuste entre los diferentes sistemas fiscales en las áreas de la fiscalidad internacional ¹²⁶. Estas situaciones se caracterizan por producir agravamiento de la carga fiscal para las operaciones internacionales, que tiene como principal efecto restringir el número de estas operaciones. Siempre que al realizar una operación fuera de las fronteras nacionales, resulte una carga fiscal más elevada que si la misma se realizase dentro de un único Estado, se estará desincentivando la internacionalización de las actividades en el mercado común. El agravamiento de la carga fiscal puede darse globalmente sobre la operación o sobre ciertos componentes de las bases imponibles, pero siempre como efecto directo de su carácter internacional. En ausencia de armonización o de alguna forma eficaz de coordinación internacional, este carácter interjurisdiccional de las bases o de ciertos componentes de las mismas dará origen bien a dobles imposiciones internacionales, bien a tratos fiscales restrictivos de las operaciones transfronterizas.

En este grupo de distorsiones, se incluyen la doble imposición internacional, la no eliminación de la doble imposición económica de dividendos en condiciones similares a las que existen para las operaciones domésticas, la tributación anticipada de ganancias puestas de manifiesto en operaciones de reestructuración, y la imposibilidad de compensar las pérdidas sufridas por filiales no residentes en el mismo Estado de la entidad matriz ¹²⁷.

¹²⁵ Una sistematización alternativa a la que proponemos se puede ver en EDEN, S., «Corporate Tax Harmonization in the European Community», *British Tax Review*, núm. 6 (2000).

¹²⁶ Por fiscalidad internacional nos referimos a las operaciones o hechos económicos que tienen puntos de conexión con más de una jurisdicción tributaria.

¹²⁷ En este segundo grupo de distorsiones cabría incluir lo que EDEN, S., *op. cit.*, pág. 625, identifica como tres posibilidades distintas: la doble imposición internacional, el tratamiento restrictivo de las operaciones transfronterizas por parte de la jurisdicción de la fuente, y el tratamiento restrictivo de las operaciones transfronterizas por parte de la jurisdicción de residencia. Según la autora, la razón de distinguir estas diferentes posibilidades reside en que la corrección de cada una de ellas se plantea en planos distintos. Así, la causa de la doble imposición internacional estaría en la forma de interrelación entre dos ordenamientos tributarios y, por eso, cualquier solución exigiría una acción sobre los dos sistemas simultáneamente. Ya la corrección de las distorsiones provocadas por tratos restrictivos de las operaciones transfronterizas, tanto por parte de la jurisdicción de residencia como por la de la fuente, solamente necesitarían una actuación al nivel de una de las jurisdicciones. Creemos que éste es un planteamiento válido, que resulta además comprobado por la práctica reciente. De hecho, verificamos que en los últimos años, y en consecuencia de la acción del TJC, algunos Estados vienen introduciendo unilateralmente modificaciones en sus ordenamientos de forma a compatibilizarlos con los principios del Derecho comunitario en materia de libertades de circulación y no discriminación (*vid.*, a este propósito, las reformas alemanas del año 2000, o las modificaciones introducidas por diferentes Estados en materia de corrección de la doble imposición de dividendos). Pero, como también esta práctica permite constatar, la actuación unilateral no parece ser generalmente una solución eficaz porque, como también hemos intentado demostrar, las disposiciones restrictivas que se encuentran en los ordenamientos estatales son el soporte normativo de un sistema de reparto de las bases internacionales.

En estos supuestos, la previsión del artículo 94 TCE se constata con el máximo grado de objetividad. Así, el carácter internacional de la operación constituye una desventaja en el plano fiscal, lo que obviamente tendrá un efecto, al menos potencial, de dificultar la internacionalización de las inversiones y, por ende, de la integración económica. Como resulta también evidente, estos problemas de ajuste entre los sistemas fiscales son particularmente sensibles para las empresas multinacionales, que están en condiciones de realizar inversiones internacionales en un contexto fiscal como el europeo, extremadamente complejo. Estas empresas no sólo tienen la posibilidad de soportar elevados costes en los servicios de gestión fiscal, sino que extraen ventajas derivadas de la existencia de diferencias entre los tipos y entre las bases. Se ve así cómo al primer aspecto, estrictamente jurídico, se suma el factor práctico, haciendo que este grupo de distorsiones formen un área de particular agudeza en lo que concierne los problemas de la armonización y ello explica que la mayor parte de los actos armonizadores aprobados hasta el momento actual incidan sobre estos aspectos ¹²⁸.

3.3. Problemas relacionados con la complejidad del sistema fiscal resultante de la diversidad normativa entre los sistemas nacionales.

En un segundo grupo, nos encontramos con un fenómeno que, aunque pueda tener un efecto restrictivo de la actividad internacional, resulta más difícil de objetivar, ya que es más complejo calcular el agravamiento de costes resultante. Nos estamos refiriendo a la complejidad del conjunto de los sistemas fiscales nacionales, que afecta sobre todo a las empresas que tienen, hasta el momento actual, sus actividades concentradas en un único Estado y que, además, carecen de una dimensión suficiente como para permitirles soportar los costes de la gestión de diferentes sistemas fiscales.

La gran diversidad y complejidad del conjunto de los sistemas fiscales constituye un factor disuasorio de la internacionalización de pequeñas y medianas empresas y de empresas nuevas que pretendan localizar sus inversiones en otras jurisdicciones, cuyos ordenamientos no conocen ¹²⁹. Estamos, por tanto, ante un claro obstáculo al desarrollo del mercado común.

Pero, al contrario de lo que ocurre en el grupo anterior, en esta clase de distorsiones resulta de gran dificultad cuantificar o evaluar con objetividad el efecto de contracción de los flujos transfronterizos. Por ello, la consideración de esta clase de distorsiones como obstáculos al funcionamiento del mercado común y como fundamento para desencadenar la aplicación del artículo 94 TCE colisiona frontalmente con el principio de necesidad de la acción, ya que, al no ser posible cuantificar el efecto de contracción de los flujos transfronterizos, resulta difícil determinar dónde queda el punto deseable de equilibrio entre la necesaria uniformidad legislativa y la autonomía de los Estados en materia tributaria.

¹²⁸ Sobre la forma como las empresas multinacionales tienen oportunidad de influir en el proceso legislativo de armonización *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, *cit.*, pág. 159. CHOWN, J., *Monetary...*, *cit.*, pág. 104 observa que mientras las instituciones europeas han centrado su atención principalmente en la cuestión de la armonización de la base y de los tipos (lo que corresponde al primer grupo que hemos mencionado) «los prácticos internacionales han estado más preocupados en asegurar el ajuste entre los sistemas fiscales independientes, de tal forma que no se produzca ningún coste fiscal adicional en consecuencia del carácter transfronterizo de las operaciones.

¹²⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation...*, *cit.*, pág. 299.

Esto puede explicar, en parte, que esta clase de obstáculos haya recibido poca atención por parte de las instancias decisorias, en comparación con los problemas de ajuste de los sistemas. Si consideramos la dinámica del proceso de integración económica del mercado común europeo en una perspectiva temporal, también parece obvio que este tipo de obstáculos aparezca en un segundo plano, ya que la integración empezó naturalmente con las empresas de mayor dimensión, que disponen de más capacidad de presión sobre los órganos de decisión política ¹³⁰ y están mejor equipadas para manejar la complejidad de los sistemas fiscales europeos ¹³¹.

3.4. Diferencias en el nivel efectivo de imposición.

En un tercer grupo, están las situaciones que originan diferencias de carga fiscal efectiva. Éstas resultan, fundamentalmente, de las diferencias entre los tipos nominales, de las disparidades entre las normas que determinan la base imponible y de las deducciones en la cuota que constituyan, por ejemplo, beneficios fiscales. Estas diferencias pueden influir en las decisiones de localización de las inversiones, sobre todo para un grupo de empresas de mayor dimensión ¹³² y, en esta medida, pueden provocar desvíos en los flujos de capitales dentro del mercado común ¹³³. Pueden, incluso, provocar fenómenos de competencia fiscal entre los Estados, lo que podrá conducir a una rebaja de los tipos nominales y efectivos. Aquí se incluye también el problema que hemos denominado como «desgravación de ciertas rentas», ya que, también en este caso, se produce el efecto de desviar los flujos de capital hacia las jurisdicciones donde virtualmente las rentas quedan libres de imposición.

Las referidas diferencias de carga fiscal tienen como principal efecto influir en el *fiscal residuum* de cada país, y así determinar que algunos países sean más atractivos como lugar de inversión que otros. El fenómeno tiene como principal efecto afectar a la asignación geográfica de los capitales en el mercado común, pero no tiene un efecto de contracción sobre la actividad internacional realizada por los agentes económicos en el mercado común.

Como factor de influencia sobre la asignación de los recursos, es discutible hasta qué punto las diferencias entre los tipos efectivos de gravamen constituyen un obstáculo al establecimiento o funcionamiento del mercado común ¹³⁴. Una postura en sentido afirmativo implica la aceptación de dos premisas: una, que los sistemas fiscales deben tener un papel pasivo, es decir, neutral, con relación al funcionamiento de un mercado ¹³⁵; otra, que la neutralidad fiscal se identifica con igualdad

¹³⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., pág. 159.

¹³¹ COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation...*, cit., pág. 299. No debe confundirse este aspecto con aquel otro mencionado en el mismo informe citado, de que los efectos de las distorsiones fiscales relacionadas con la imposición sobre sociedades y capitales son, de un modo general, más gravosos para las pequeñas y medianas empresas.

¹³² GIANNINI, S., *op. cit.*, pág. 146.

¹³³ MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B *op. cit.*, pág. 451; IZQUIERDO LLANES, G., *op. cit.*, pág. 50.

¹³⁴ CHOWN, J., *Monetary...*, cit., pág. 104; VANISTENDAEL, F., *Fiscal Support...*, cit., pág. 158; VOGEL, K., *Taxation...*, cit., pág. 29.

¹³⁵ Lo que significaría aceptar el «*differentials approach*» de que habla DOSSER, D., *op. cit.*, pág. 32.

de tipos efectivos ¹³⁶. Ambas premisas son de dudosa validez ¹³⁷. En cuanto a la segunda, en particular, hemos visto que una igualación de tipos de gravamen puede producir un sesgo del sistema fiscal en favor de los sistemas hacendísticos más interventores y con más elevados niveles de fiscalidad, y con menor grado de eficiencia en el empleo de los recursos públicos.

La existencia de diferencias entre los tipos de gravamen está, por el contrario, en conformidad con el concepto de neutralidad en la importación de capital. Ésta es compatible con la existencia de competencia fiscal entre los Estados, por medio de la cual cada Estado buscará atraer el máximo de bases imponibles a través de la optimización de su *fiscal residuum* ¹³⁸. Las diferencias entre los tipos efectivos serán, desde esta perspectiva, un factor fiscal susceptible de influir en los flujos de capitales, pero cuya adecuación al funcionamiento del mercado común deberá apreciarse en su dimensión política. La excepción a este principio está constituida por las situaciones en las que las diferencias de nivel de tributación puedan calificarse como «medidas de competencia fiscal perniciosas». En su mayor parte, recuérdese, tales medidas podrán reconducirse al concepto de ayudas de Estado prohibidas bajo el artículo 87 TCE ¹³⁹.

III. LA ELIMINACIÓN DE LOS OBSTÁCULOS PRODUCIDOS POR LA FISCALIDAD SOBRE LOS BENEFICIOS SOCIETARIOS Y LOS CAPITALES SOBRE EL MERCADO COMÚN. PRINCIPALES CONDICIONAMIENTOS JURÍDICOS

1. El papel de los principios jurídicos fundamentales del Derecho comunitario en la armonización de la fiscalidad.

El edificio jurídico de la UE asienta sus cimientos en unos principios, que trasladan al plano jurídico valores políticos fundamentales del proceso de integración europea. Algunos de ellos son principios clásicos del Derecho internacional, mientras otros son originarios de los Tratados europeos,

¹³⁶ Lo que significa adoptar la validez del concepto de neutralidad en la exportación de capital.

¹³⁷ Hemos presentado lo esencial de los términos de esta cuestión en el punto II.1.2, *supra*. Para una revisión de los principales argumentos en pro y contra de la competencia fiscal *vid.* OATES, W., *Fiscal competition or harmonization?: some reflections*, National Tax Journal, Vol. 54, núm. 3 (2001), o CORONA RAMÓN, J. F., *La Fiscalidad...*, *cit.*

¹³⁸ VOGEL, K., *Taxation...*, *cit.*, pág. 29: «la tributación en el Estado de la fuente produce un incentivo para invertir donde el exceso de los costes inducidos por el Estado sobre los servicios prestados por el Estado que benefician las empresas individuales sea reducido, si no negativo (...)». En el mismo sentido, VANISTENDAEL, F., *Fiscal Support...*, *cit.*, pág. 158.

¹³⁹ El «Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas», aprobado por resolución del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 y publicado en anexo a las conclusiones de este Consejo en el DOCE núm. C 2/1, de 6-1-1998, refería expresamente que algunas medidas específicas causadoras de competencia fiscal dañina podrían estar cubiertas por el régimen de competencia de los artículos 87, 88 y 89 TCE. Este planteamiento dejaba antever la posibilidad de medidas que, no estando cubiertas por la disciplina de dichos preceptos, pudiesen así mismo ser consideradas incompatibles con el «Código de conducta». En su trabajo *Fiscal Support...*, *cit.*, pág. 161, VANISTENDAEL, F., tras un análisis exhaustivo de la relación entre el ámbito de aplicación del «Código de conducta» y el del artículo 87 TCE, concluye que «las medidas deberán ser apreciadas primariamente a través de su confrontación con los criterios ya establecidos en el contexto del artículo 87».

encontrándose, incluso, en cierta medida, en oposición con los primeros. La necesidad de síntesis de estos valores forma el principal condicionante jurídico en el sistema fiscal europeo, incluida la fiscalidad de beneficios y capitales.

1.1. Principios de no discriminación y de no restricción al ejercicio de las libertades de circulación.

Los principios de economía de mercado y de libre competencia impregnan todo el Derecho comunitario ¹⁴⁰. El propio concepto de mercado común tiene como pilar una total libertad de competencia y, para que esta libertad de competencia se realice de forma plena, los Tratados la consagraron a través de diferentes normas jurídicas concretas. Por ejemplo, el principio de libre competencia está reflejado en un conjunto de normas prohibitivas que forman la llamada disciplina comunitaria de la competencia. Una manifestación de ello está en la prohibición de ayudas estatales, que tiene repercusión directa en el campo del impuesto de sociedades. Para el tema que nos ocupa, sin embargo, tiene particular relevancia el conjunto de las normas concernientes a las libertades de circulación. En esta materia, los principios de no discriminación ¹⁴¹ y de no restricción a la libre circulación forman el núcleo del aparato jurídico del Derecho comunitario para la realización de la libre competencia.

En cuanto al primero, está consagrado en el TCE con carácter general en el artículo 12 y, consecutivamente, en una serie de disposiciones específicas, referidas a las libertades de circulación ¹⁴². En todas estas disposiciones, está consagrada una prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. Entendido en este sentido estricto, el principio tendría un alcance limitado en el campo tributario, ya que la generalidad de los sistemas tributarios no utiliza el concepto de nacionalidad como elemento del cual dependa la aplicación de sus normas, sino los conceptos de residencia y de

¹⁴⁰ CASADO OLLERO, G., SÁNCHEZ GALIANA, J. A. y RUFÍAN LIZANA, D. M., *op. cit.*, pág. 57.

¹⁴¹ En este sentido CASADO OLLERO, G., «Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado CEE», *Civitas REDF*, 38, (1983), pág. 225. Según la concepción dominante, el principio de no discriminación tiene en el Derecho comunitario una función instrumental, y por ello se distingue la formulación comunitaria de este principio de aquellas formulaciones que se encuentran en los textos constitucionales como manifestación del principio de igualdad. En el Derecho comunitario, el principio de no discriminación se entiende como un instrumento de puesta en práctica de los principios fundamentales de la economía de mercado, que son esencialmente las libertades de circulación y de competencia. En esta medida, el principio de no discriminación posee en el Derecho comunitario un alcance más limitado que el principio de igualdad tradicionalmente consagrado en los textos constitucionales. Así, el principio de no discriminación comunitario no conlleva el aseguramiento de la igualdad de oportunidades, ni implica para los Estados la obligación de aproximación de las condiciones económicas. Además de ello, el principio de no discriminación comunitario tiene su campo de aplicación limitado a las situaciones a las que se aplica el TCE, quedando fuera de este campo de aplicación las situaciones puramente internas a los Estados miembros. (GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, *cit.*, págs. 31-34). Sobre el principio de no discriminación y su relación con cada una de las libertades de circulación en materia tributaria *vid.* en particular CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*; y FARMER, P. y LYAL, R., *op. cit.*, págs. 309 y siguientes. Sobre la no discriminación fiscal, *vide* la obra fundamental de SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J., *op. cit.*

¹⁴² Artículos 39.2 (libre circulación de trabajadores), 43 (libertad de establecimiento), 49 (libre prestación de servicios) y 58.3 (libre circulación de capitales). Según GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición directa...*, *cit.*, pág. 20, en todas estas disposiciones nos encontramos con manifestaciones específicas del principio de no discriminación, que tienen por finalidad «matizar el mismo, profundizar en su desarrollo, o destacar su aplicación específica en el caso concreto».

localización de los activos. Pero el TJCE ha venido progresivamente extendiendo el alcance del principio en diferentes campos, y también en el tributario. La principal extensión del principio se operó con base en la idea de «discriminación indirecta o encubierta»¹⁴³. Cuando el trato diferenciado afecta a una categoría de sujetos formada principalmente por no nacionales, ello podrá representar una discriminación encubierta o indirecta contra no nacionales.

El Tribunal empleó por primera vez este razonamiento en una cuestión relacionada con la tributación directa en el caso *Biehl*¹⁴⁴. En él, se estimó contraria al principio de no discriminación del Tratado, en materia de libre circulación de trabajadores, una norma que limitaba a los residentes el derecho de devolución del impuesto retenido a cuenta. El tribunal consideró que, en este caso, la discriminación por razón de la residencia conducía al mismo resultado que produciría una discriminación por razón de la nacionalidad ya que, como regla general, los residentes son también no nacionales. Esta línea de jurisprudencia se ha reiterado de forma constante en casos como *Commerzbank*¹⁴⁵, *Schumacker*¹⁴⁶, o *ICI*¹⁴⁷.

La cuestión que hoy se discute es si, en la jurisprudencia del TJCE, el principio de no discriminación se mantiene limitado al concepto original de un principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, aunque interpretado en términos muy amplios, o si se deriva de la jurisprudencia del Tribunal la existencia de un nuevo principio de no discriminación por razón de la residencia. Sobre este punto, coincidimos con un sector de la doctrina¹⁴⁸ que sustenta que, en el campo tributario, lo que empezó siendo una prohibición por razón de la nacionalidad «ha terminado convirtiéndose en una prohibición de discriminación por razón de la residencia, aplicable siempre que residentes y no residentes se encuentren en situaciones comparables». Ahora bien, la consagración jurisprudencial de un principio de no discriminación por razón de la residencia tiene una virtualidad inagotable en el campo de la tributación directa, en el marco europeo, en que la residencia sigue siendo una piedra angular del sistema de reparto internacional de las bases. De tal forma, que algunos autores ven en la construcción jurisprudencial del principio de no discriminación el principal motor de aproximación de las leyes fiscales en la actualidad¹⁴⁹.

¹⁴³ El concepto de estableció en el asunto 152/73, *Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, ECR 1974, I-1779. Sobre este punto *vid.* entre otros, GARCÍA FRÍAS, A., *La necesaria...*, *cit.*, pág. 1.028; GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición directa...*, *cit.*, pág. 36; CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 668; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo e Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001, pág. 6.; y SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J., *op. cit.*, págs. 252 y ss.

¹⁴⁴ Asunto 175/88, *Klaus Biehl v. Administration des Contributions* ECR 1990, I-1779.

¹⁴⁵ Asunto C-330/91, *Commerzbank*, ECR 1993, I-4017.

¹⁴⁶ Asunto C-279/93, *Schumacker*, ECR 1995, I-225. Esta sentencia se comenta ampliamente por GARCÍA FRÍAS, A., *La necesaria...*, *cit.*

¹⁴⁷ Asunto C-264/96, *ICI*, ECR 1998, I-4711.

¹⁴⁸ GARCÍA FRÍAS, A., *La necesaria...*, *cit.*, pág. 1039. La autora respalda su conclusión principalmente en el caso *Asscher*, en que lo que se discutía, y que el tribunal reconoció como relevante, era la discriminación practicada por un Estado contra un no residente que era su nacional. VANISTENDAEL, F., *Tax revolution...*, *cit.*, pág. 155, a su vez, sustenta que «la existencia de unas reglas que aseguren a residentes y no residentes la posibilidad de ejercer sus actividades económicas en igualdad de circunstancias es un requisito previo para una competencia libre y justa».

¹⁴⁹ En este sentido, CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (*op. cit.*, pág. 662) califican este proceso como una «revolución extraordinaria de las bases y conceptos sobre los que se asientan los sistemas tributarios nacionales de gravamen de los no residentes y de las inversiones en el extranjero».

En cuanto al segundo principio mencionado, alguna doctrina viene señalando el desarrollo, en la jurisprudencia del TJCE, de una regla de prohibición de restricción al ejercicio de las libertades de circulación ¹⁵⁰, autónomo, respecto al concepto de discriminación ¹⁵¹. Pero dicha autonomía no puede considerarse asentada en la doctrina ni mucho menos en la jurisprudencia del TJCE ¹⁵². Existe desde luego un área en la que los dos conceptos se superponen ¹⁵³, ya que la discriminación por razón de la nacionalidad constituye casi siempre una restricción, en la medida en que, al producirse efecto de diferenciación entre nacionales y no nacionales, se dificulta el ejercicio de una actividad ¹⁵⁴, para alguna de estas categorías ¹⁵⁵. Habrá, por otra parte, supuestos en los que una discriminación no conlleve una restricción al ejercicio de las libertades de circulación, por ejemplo, en algunas situaciones de discriminación inversa ¹⁵⁶.

Pero, si concluimos que hay discriminaciones que constituyen restricciones y otras que no lo son, esto no es suficiente como para afirmar que existe un principio autónomo de no restricción. Para ello será necesario además, comprobar que existen restricciones prohibidas que no constituyen supuestos de discriminación por razón de la nacionalidad.

¹⁵⁰ El TCE contiene disposiciones que expresamente prohíben las restricciones al ejercicio de las libertades de circulación en los artículos 34 (libertad de establecimiento), 49 (libertad de prestación de servicios) y 56.1 (libertades de circulación de capitales).

¹⁵¹ Para una visión amplia del tema *vid.* GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, *cit.*, págs. 46 y ss.; *Vid.* también: HINNEKENS, L., «The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to member States' direct taxation», *EC Tax Review*, núm. 3 (2002), págs. 115 y ss.; y LEHNER, M., *op. cit.*

¹⁵² CAAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 111; GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, *cit.*, pág. 51 y 52.

¹⁵³ Es éste también el entendimiento propuesto por GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, *cit.*, págs. 53, con base en la formulación realizada por el TJCE en el Asunto.

¹⁵⁴ Esto mismo el TJCE lo ha constatado innumeradas veces. Para citar un ejemplo reciente, en el asunto *Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt* (Case C-324/00, 2002, aún no publicado en la recopilación) se considera, en el párrafo 32, que: «Tal diferencia de trato entre sociedades filiales residentes según el domicilio de la sociedad matriz constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento que está, en principio, prohibida por el artículo 43 EC».

¹⁵⁵ Como se ha visto antes y según la jurisprudencia del TJCE, tanto se considera contraria al principio de no discriminación una disposición que confiera un trato desventajoso para los nacionales con relación a los nacionales como la inversa.

¹⁵⁶ GARCÍA-MONCÓ, A. M., *Libre circulación de capitales en la Unión Europea: problemas tributarios*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 57. Ilustrativo de esta hipótesis es el supuesto discutido en la sentencia del Tribunal Constitucional Español 96/2002, de 25 de abril 2002 (BOE de 22 de mayo). En esta sentencia se aprecia la constitucionalidad de una norma estatal que prevé el pago de compensaciones por indebida denegación de beneficios fiscales sólo a los «residentes en la Unión Europea que no lo sean en territorio español». El origen de la disposición controvertida se encuentra en una norma foral que establece un conjunto de beneficios fiscales reservados a los sujetos que operan en las regiones del País Vasco y Navarra. Del ámbito de aplicación de esta norma quedaban excluidos los sujetos residentes en otros países de la Unión Europea. Tras la Comisión Europea haber notificado al Estado español de que dicha norma era incompatible con el principio de no discriminación establecido por el TCE, el Estado español aprobó una Ley en la cual se establecía un derecho a una compensación por la denegación de dichos beneficios a los residentes de la Unión Europea que no fuesen residentes en España. El Tribunal Constitucional consideró la norma inconstitucional por, entre otros motivos, originar una diferencia de trato discriminatoria para los residentes en España (no residentes en los territorios de las regiones autónomas referidas) con relación a los residentes en otros Estados europeos. Se trataba, pues, de un supuesto de discriminación inversa.

La autonomía del concepto de restricción prohibida debe, en primer lugar, fundamentarse en el texto del Tratado ¹⁵⁷ y, en particular, en los referidos artículos 43, 49 y 56.1. Todos estos preceptos prohíben «restricciones», mientras que el artículo 39 sobre circulación de trabajadores, emplea la expresión «discriminación por razón de la nacionalidad». El Tratado emplea por tanto diferentes expresiones que, de acuerdo con una regla de Derecho común, debe interpretarse que cuentan con contenidos diferentes ¹⁵⁸. Además, en algunos casos, las dos expresiones surgen contrapuestas, como en los artículos 54 y 58.3 ¹⁵⁹.

La jurisprudencia del TJCE ha evolucionado en este mismo sentido. La afirmación, por parte del Tribunal, de un principio de prohibición de medidas restrictivas tiene su origen en el asunto *Dassonville* ¹⁶⁰, en el que la Corte europea definió el concepto de «medidas prohibidas de efecto equivalente», como «medidas que, de modo efectivo o potencial, directo o indirecto, pueden obstaculizar el comercio intracomunitario» ¹⁶¹. Esta línea jurisprudencial fue confirmada en la sentencia emanada en el célebre asunto *Cassis de Dijon* ¹⁶². Estas decisiones se referían a la prohibición —entonces establecida en el artículo 30 TCE ¹⁶³— de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, específica del campo de la circulación de mercancías. Con posterioridad, el Tribunal extendió la dicha interpretación al tema de la circulación de personas ¹⁶⁴. En fechas más recientes, el Tribunal ha venido a aplicar esta misma jurisprudencia en materia de tributación de la renta ¹⁶⁵. Una de las primeras sentencias en las que se aplicó el concepto que estamos analizando en materia de tributación de la renta fue la sentencia que solucionó el Asunto *Daily Mail* ¹⁶⁶ aunque, en este caso, considerando que las disposiciones controvertidas no representaban «una restricción a las transacciones descritas».

¹⁵⁷ En este sentido HINNEKENS, L., *The search...*, cit., pág. 115.

¹⁵⁸ En este sentido GARCÍA-MONCÓ, A. M., *op. cit.*

¹⁵⁹ El artículo 54 TCE, relativo a la libertad de prestación de servicios, dispone: «En tanto no se supriman las restricciones a la libre prestación de servicios, cada uno de los Estados miembros aplicará tales restricciones, sin distinción de nacionalidad o residencia, a todos los prestadores de servicios a que se refiere el primer párrafo del artículo 49». El artículo 58.3, sobre libertad de circulación de capitales, dispone: «Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 56».

¹⁶⁰ Asunto C-8/74, *Dassonville*, ECR 1974, 837.

¹⁶¹ Vid. HINNEKENS, L., *AMID: The wrong bridge or a bridge too far? An analysis of a recent decision of the European Court of Justice*, European Taxation, Vol. 41, núm. 6 (2001), pág. 208.

¹⁶² Asunto 120/78, *Rewe – Cassis de Dijon*, ECR 1979, 649. Sobre este aspecto, vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., pág. 210 y ss.; THIEL, S. van, *The prohibition...*, cit., pág. 310.

¹⁶³ Corresponde al actual artículo 28: «Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente».

¹⁶⁴ THIEL, S. van, *The prohibition...*, cit., pág. 310. Como ejemplo de sentencias en las que se ha utilizado esta interpretación se pueden mencionar: Asunto C-340/89, *Vlassopolou*, ECR 1991, I-2357; Asunto C-104/91, *Borrel*, ECR 1992, I-3003; Asunto C-19/92, *Kraus*, ECR 1993, I-1663.

¹⁶⁵ EDEN, S., *op. cit.*, pág. 639.

¹⁶⁶ Asunto 81/87, *Daily Mail*, ECR 1988, 5505. Vid. LEHNER, M., *op. cit.*, pág. 9.

En casos ulteriores, el Tribunal ha declarado incompatibles con el Tratado normas nacionales, por constituir restricciones al ejercicio de libertades de circulación, aunque no siempre con la deseable claridad conceptual. Algunos autores ¹⁶⁷ señalan al asunto *ICI* ¹⁶⁸, como aquél en el que se introdujo la teoría de las restricciones en el tema de la fiscalidad directa. Sin embargo, en la sentencia sobre este asunto, el Tribunal empleó una motivación ambigua, dejando abierta la relación entre la prohibición de restricción y la prohibición de discriminación ¹⁶⁹. En su pronunciamiento, en ningún momento se incluye el término «restricción», y aunque se haya evitado también el término discriminación, la argumentación gira en torno a la idea de «trato diferenciado por razón del domicilio» ¹⁷⁰. Pero, como señalan algunos comentaristas ¹⁷¹, la diferencia de trato fiscal que se discute no tiene como base el domicilio del contribuyente, ni tampoco de las sociedades cuyas pérdidas se pretende deducir, sino el domicilio de otras filiales, que, a su vez, no sufren discriminación alguna. La diferencia de trato se establece, pues, entre residentes y tiene como base la localización de sus inversiones. Si comparamos la argumentación empleada por el Tribunal en esta sentencia con la utilizada en otras ocasiones, en las que se afirmó claramente la independencia entre prohibición de restricciones y principio de no discriminación ¹⁷², resulta obligado concluir que en el asunto *ICI* el Tribunal obvió pronunciarse sobre dicha autonomía.

En nuestra opinión, el Tribunal empleó en teoría la prohibición de restricciones no justificadas en el asunto *Futura* ¹⁷³, anterior al que hemos analizado previamente ¹⁷⁴. La argumentación empleada por el Tribunal es bastante similar a la antecedente, y, también en este caso, encontramos un razonamiento ambiguo en cuanto a la distinción entre la prohibición de discriminación y de restricción. Pero la sustancia de los hechos apreciados deja bastante claro que se trata de un supuesto de restricción no discriminatoria ¹⁷⁵. En el mismo, una sucursal luxemburguesa de una sociedad francesa pretendía efectuar una traslación de pérdidas. La legislación luxemburguesa permitía la compensación de pérdidas procedentes de años anteriores tanto a residentes como a no residentes, pero

¹⁶⁷ LEHNER, M., *op. cit.*, pág. 10. Sobre el asunto ver también DANIELS, T., *op. cit.*, pág. 40; HINNEKENS, L., *The search...*, *cit.*, pág. 115.

¹⁶⁸ Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc v. Her Majesty's Inspector of Taxes*, 1998, ECR I-4711.

¹⁶⁹ En este sentido CAAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 110.

¹⁷⁰ En el párrafo 23 de la sentencia se afirma que: «Dicha normativa utiliza, por tanto, el criterio del domicilio social de las filiales controladas para aplicar un trato fiscal diferenciado a las sociedades de consorcio establecidas en el Reino Unido. En efecto, en virtud de tal normativa, la concesión de la ventaja fiscal que constituye la desgravación de consorcio se reserva a las sociedades que controlen única o principalmente filiales que tengan su domicilio social en el territorio nacional».

¹⁷¹ DANIELS, T., *op. cit.*, pág. 40.

¹⁷² En el asunto *Säger v. Dennemeyer* (C-76/90, ECR 1991 I-4221), referente a un supuesto de prestación de servicios en un Estado diferente del de residencia, el Tribunal argumentó que el ámbito del artículo 59 se extiende a «cualquier restricción, aunque se aplique sin distinción tanto a los prestadores de servicios que son nacionales y a aquellos que son nacionales de otros Estados miembros, cuando dicha restricción tiene como efecto prohibir o impedir de alguna manera el ejercicio de la actividad por un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, en que dicho prestador presta legalmente servicios similares».

¹⁷³ Asunto C-250/95, *Futura Participations SA and Singer v. Administration des Contributions*, 1997 ECR I-2471.

¹⁷⁴ En el mismo sentido, CAAMAÑO ANIDO, M. A., CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *op. cit.*, pág. 31; y HINNEKENS, L., *The search...*, *cit.*, pág. 116.

¹⁷⁵ LEHNER, M., *op. cit.*, pág. 10.

exigía para ello, sin distinción entre residentes y no residentes, que el contribuyente hubiese efectuado, en los años incluidos en la traslación, contabilidad conforme a las normas luxemburguesas. Para la sociedad no residente, esto implicaba llevar una contabilidad según las normas luxemburguesas. El problema surgió porque la legislación luxemburguesa no obligaba a los no residentes a mantener contabilidad según las normas luxemburguesas para la determinación de la base imponible fuera del supuesto de traslación de pérdidas ¹⁷⁶. Evidentemente, el ejercicio de esta facultad se convertía en una desventaja para la sociedad no residente, en comparación con las sociedades residentes, cuando aquélla, por no poseer la contabilidad conforme a las normas locales, estaba impedida de trasladar sus pérdidas. En su razonamiento, el Tribunal argumentó que el requisito de llevar una contabilidad en el Estado de situación «puede constituir una restricción, a efectos del artículo 52 del Tratado, a la libertad de establecimiento de una sociedad (...)» y, en consecuencia, «la exigencia de dicho requisito, que recae específicamente sobre las sociedades que tienen su domicilio social en otro Estado miembro, está, en principio, prohibida por el artículo 52 del Tratado».

Es también relevante en este análisis el asunto *Amid* ¹⁷⁷, en el cual una sociedad belga, que posee un establecimiento en Luxemburgo, pretende efectuar una traslación de sus propias pérdidas. La normativa belga le impide este procedimiento, al establecer que las pérdidas obtenidas por una sociedad que tiene sucursales, deben compensarse en primer lugar con los beneficios obtenidos por las sucursales, pero, ya que la sucursal tributaba en Luxemburgo y no podía compensar ahí las pérdidas de su casa matriz, en virtud de la aplicación, en Luxemburgo, de un principio de territorialidad, la sociedad belga se veía completamente imposibilitada de deducir sus pérdidas. La norma ocasionaba una desventaja para una sociedad residente que quisiese establecer sucursales en otros Estados miembros que aplicasen el principio de territorialidad. La sociedad demandante alegó, acertadamente, que las disposiciones controvertidas «colocan las sociedades con establecimientos en el exterior en posición de desventaja con relación a aquéllas con establecimientos sólo en Bélgica». Es decir, el efecto discriminatorio se produce únicamente entre sociedades nacionales, en razón de la localización de sus establecimientos permanentes ¹⁷⁸.

De estos pronunciamientos se extrae que el TJCE viene considerando en sustancia una regla de prohibición de restricciones al ejercicio de libertades, pero obvia afirmar claramente la autonomía de dicha regla con relación al principio de no discriminación ¹⁷⁹. Pero el propio Tribunal ya lo había hecho en un caso no relacionado con materia tributaria, la sentencia emanada en el asunto *Kraus* ¹⁸⁰, en la que se afirma que «los artículos 48 y 52 se oponen a cualquier medida nacional que,

¹⁷⁶ De hecho, la legislación otorgaba a los establecimientos permanentes de sociedades no residentes la facultad de no llevar una contabilidad separada, permitiéndoles calcular sus beneficios según un método de cifra de negocios.

¹⁷⁷ Asunto C-141/99 *Algemene Maatschappij voor Investering en Dienstverlening NV (AMID) v. Belgische Staat*, 2000, ECR I-471.

¹⁷⁸ En particular sobre el asunto *Amid* y sobre sus implicaciones en el desarrollo de la doctrina de la prohibición de restricciones, vid. HINNEKENS, L., *AMID...*, cit., en que el autor cuestiona en especial los límites a la aplicación de una prohibición general de restricciones.

¹⁷⁹ GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, cit., pág. 56. Según el análisis realizado por este autor, el TJCE ha utilizado el expediente de vincular los dos fundamentos, de no restricción y de no discriminación, en los asuntos *Avoir Fiscal*, *Werner*, *Commerzbank* y *Biehl*.

¹⁸⁰ Asunto C-19/92, *Dieter Kraus v. Land Baden-Wuerttemberg*, ECR 1993, I-1663. Sobre este punto véase, GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, cit., pág. 50; y también MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., pág. 219.

incluso si se aplica sin discriminación sobre la base de la nacionalidad, es capaz de obstruir o tornar menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TCE a los nacionales comunitarios, incluyendo aquellos del Estado miembro que han tomado la medida».

Nuestra conclusión en este punto es que el principio de prohibición general de restricciones al ejercicio de libertades de circulación se encuentra ya suficientemente establecido en el ordenamiento comunitario, aunque la Corte europea se muestre reticente a reconocerlo expresamente en el dominio tributario ¹⁸¹.

1.2. Competencias de atribución, subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad en la acción y mínima armonización ¹⁸².

Según el principio de competencia de atribución, la Comunidad tiene únicamente las competencias que le son atribuidas por los Tratados y no puede adoptar actos jurídicos fuera del marco de los Tratados ¹⁸³. De este principio fundamental en materia de competencia de las instituciones de la UE, se derivan todos los otros que se mencionan en el Título. De hecho, en las competencias de la CE se incluyen no solamente aquellas que están previstas de forma expresa, sino también aquellas que son necesarias a la consecución de los fines de los Tratados. Así, la delimitación de la competencia en cada caso supone un juicio que tiene en cuenta la necesidad de una medida, para la realización de los fines de los Tratados (principio de necesidad); en esta necesidad está ya implicado el principio de subsidiariedad, lo cual significa que, habiendo necesidad de realizar una acción, ésta debe llevarse a cabo en el nivel superior de la organización política, si dicha acción no puede realizarse en el nivel inferior ¹⁸⁴; y también, cuando la acción se lleve a cabo al nivel de la comunidad, la actuación comunitaria debe limitarse a lo necesario para conseguir los objetivos que se quieren alcanzar (principios de proporcionalidad en la acción ¹⁸⁵ y de mínima armonización). El último aspecto resulta de una aplicación del principio de necesidad a la intensidad de la acción ¹⁸⁶.

¹⁸¹ En un reciente trabajo, HINNEKENS, L. (*The search...*, cit., págs. 115 y siguientes) intenta establecer algunas líneas delimitadoras del concepto de restricción prohibida. Según el autor, «una restricción fiscal o obstáculo prohibido debe provocar una sobrecarga suficientemente grande como para constituir una barrera real al ejercicio de las libertades de circulación». Y «esta determinación necesita una apreciación que es bastante más dificultosa y mucho menos directa que aquella referente a la discriminación.(...) Al realizar esta evaluación, es importante mirar la causa de los costes y carga fiscal adicionales. Un cualquier insignificante aumento de la carga fiscal asociada con una medida fiscal nacional no puede ser considerada una restricción prohibida, si dicha medida es una parte esencial del sistema fiscal internacional del grupo de los Estados miembros, o si es necesaria como medida anti fraude o anti abuso».

¹⁸² Optamos por tratar en conjunto a todos estos principios pues todos tienen como función delimitar el campo de actuación de la Comunidad Europea frente a los Estados. En este sentido GARCÍA PRATS, F. A., *Incidencia... (I)...*, cit., pág. 304.

¹⁸³ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, pág. 44.

¹⁸⁴ FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pág. 18. Según este autor, el principio, tal como se encuentra formulado en el artículo 3 b) TCE, se compone en dos elementos: un elemento negativo –la insuficiencia por parte de los Estados miembros– y un elemento positivo –la capacidad de la Comunidad para perseguir más eficazmente los objetivos del Tratado–.

¹⁸⁵ CASADO OLLERO, *op. cit.*, pág. 223; BARENTS, R., *op. cit.*, 1996, pág. 34; Un entendimiento diverso del significado del principio de proporcionalidad se puede ver en MATA SIERRA, M. T., *La armonización fiscal en la CEE*, Lex Nova, Valladolid, 1993, pág. 172.

¹⁸⁶ GARCÍA PRATS, F. A., *Incidencia... (I)...*, cit., pág. 304; GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M., *op. cit.*, pág. 18. Sobre el punto, PÉREZ DE AYALA, J., y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M., *op. cit.*, pág. 389, consideran un principio de la proporcionalidad en sentido lato, que estaría formado por tres elementos «íntimamente unidos»: La idoneidad, que supo-

En un planteamiento distinto del que venimos de exponer. Algún sector de la doctrina invoca al principio de subsidiariedad como el principio más importante para delimitar la competencia comunitaria en materia de armonización fiscal, sobre todo tras la consagración formal del referido principio en el Tratado de la Unión Europea ¹⁸⁷, lo que desemboca en un empleo incorrecto del término subsidiariedad.

Según la concepción clásica, el principio de subsidiariedad implica que, habiendo necesidad de realizar una acción, ésta debe llevarse a cabo en el nivel superior de la organización política sólo si dicha acción no puede realizarse, sin pérdida de eficacia, en el nivel inferior. El principio está por tanto relacionado con el *ejercicio* de las competencias que corresponden a la UE ¹⁸⁸, en virtud del principio de atribución, y no con el reparto de competencias en sí mismo. Al referirse únicamente al ejercicio de las competencias, su aplicación supone una delimitación previa del ámbito material de la acción a emprender, de conformidad con el principio de competencia de atribución ¹⁸⁹.

Cuando una acción de armonización se considere necesaria, el principio de subsidiariedad resulta asegurado, debido a la naturaleza propia de la acción armonizadora, que nunca puede llevarse a cabo por los Estados. Es decir, la armonización puede ser o no ser necesaria, en aplicación de los criterios explicitados en el artículo 94 TCE. Si no es necesaria, no podrá llevarse a cabo, en virtud del principio de competencia de atribución y, más específicamente, del artículo 3. 1 h) TCE. Si la acción es necesaria, no podrá realizarse individualmente por cada Estado, por su naturaleza específica, ya que ningún Estado individualmente puede llevar a cabo una acción de armonización. La armonización es, por definición, por tanto, una acción propia del nivel comunitario.

Si aceptamos este planteamiento, hay que constatar que la utilización que se hace del término «subsidiariedad», por parte de la mayor parte de los documentos oficiales de las instituciones comunitarias e incluso por parte de alguna doctrina, especialmente económica, no es la más rigurosa ¹⁹⁰. De hecho, vemos empleado el concepto de «subsidiariedad» frecuentemente, tanto, en el sentido de «necesidad de la acción» en vista de la realización de los fines del Tratado, como en el sentido de «necesidad de los medios empleados», o proporcionalidad de la acción ¹⁹¹.

ne que los medios elegidos no sean inútiles para alcanzar el fin al que sirve la norma o el ejercicio de la potestad; Necesidad, que implica la obligación de intervenir de la forma más moderada posible sobre el patrimonio jurídico del ciudadano; Y la proporcionalidad *stricto sensu*, que supone ponderar los beneficios derivados de la medida, y el sacrificio que implica para los ciudadanos.

¹⁸⁷ Artículo 5 TCE: «En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, (...) sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros...».

¹⁸⁸ En este sentido, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, pág. 48. FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pág. 43; GARCÍA PRATS, F. A., *Incidencia... (I)..., cit.*, pág. 304; BARENTS, R., *op. cit.*, pág. 34.

¹⁸⁹ Un ejemplo de aplicación del principio de subsidiariedad puede verse en la normativa sobre el presupuesto de la Unión Europea. Según el TCE, la Unión tiene recursos financieros propios, entre los cuales se encuentran algunos tributos. Sin embargo, estos ingresos no son recaudados por la administración comunitaria, si no por los servicios nacionales. Además, la aplicación de estos recursos tampoco queda a cargo de las instituciones europeas, sino de los Estados. También en el sistema jurisdiccional, el TJCE no tiene jurisdicción sobre los litigios que oponen ciudadanos y autoridades nacionales, aunque en algunos de ellos se trate de aplicar normas comunitarias (BARENTS, R., *op. cit.*, pág. 31).

¹⁹⁰ La misma crítica se encuentra en BARENTS, R., *op. cit.*, pág. 34.

¹⁹¹ Un ejemplo muy evidente de aplicación del término «subsidiariedad» en este sentido se puede ver en COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe... cit.*, pág. 223. Tras afirmar que amplias diferencias en los sistemas fiscales distorsionan el funcionamiento del mercado interno, que las mismas no pueden reducirse a través de la acción independiente de los Estados y que, por ello, se necesita una «actuación a escala comunitaria», se declara que «otras consideraciones,

Íntimamente relacionado con esta problemática, está el principio de mínima armonización, que fue establecido en el Derecho comunitario por el TJCE en la sentencia sobre el asunto *Cassis de Dijon* en 1979 ¹⁹². Aunque pueda considerarse este principio como una aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad al campo de la armonización legislativa, éste aporta alguna especificidad en esta materia: significa el reconocimiento expreso de que los Estados no están dispuestos a sacrificar su soberanía en el campo legislativo, más de lo estrictamente necesario, incluso cuando ello aparezca justificado por razones de un mejor funcionamiento del mercado común. Dicho de otro modo, hay un grado de ineficiencia que los Estados están dispuestos a soportar a nivel comunitario, si ello resulta necesario para conservar su soberanía ¹⁹³.

Para ilustrar la separación entre los elementos de «necesidad en la acción» y «subsidiariedad o mejor realización al nivel comunitario», se podrá acudir a un ejemplo de tributación directa. Una vez identificado un obstáculo de naturaleza fiscal, de ello no deriva automáticamente la necesidad de una acción comunitaria, pues los Estados pueden tener la capacidad de solucionar el problema. Esto es lo que ha pasado con el «Convenio sobre arbitraje» ¹⁹⁴, destinado a eliminar la doble imposición en caso de corrección de precios de transferencia, en el que, tras una propuesta de directiva presentada por la Comisión – acción comunitaria – el Consejo consideró que dicha acción se podría llevar a cabo de modo más eficaz por los Estados a través de un instrumento convencional ¹⁹⁵.

En conclusión, afirmamos que es el principio de competencias de atribución, y no el de subsidiariedad, el único que puede servir para delimitar el campo de la armonización de la tributación directa ¹⁹⁶. Una vez delimitado este campo, habrá que considerar si los mismos objetivos que se buscan alcanzar a través de la armonización pueden lograrse a través de otro medio, distinto de la armonización, a emplear a nivel de los Estados. Llegados a este punto estaremos aplicando el principio de la subsidiariedad. Una vez que se decida que el medio más adecuado es la armonización, que necesariamente se llevará a cabo al nivel de la UE, deberá garantizarse que el grado de armoniza-

como (...) el principio de subsidiariedad, apoyan la tesis de establecer una mínima armonización comunitaria que permita evitar la discriminación y las principales distorsiones»; o en COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *La fiscalidad...*, cit., pág. 11, en lo cual se afirma, basándose en el principio de subsidiariedad: «La Comisión tiene la intención de buscar soluciones adecuadas a diversos problemas. Cuando sea necesario, se propondrá cierto grado de armonización; no obstante, se privilegiarán otros instrumentos si resultan más apropiados», en una evidente confusión entre subsidiariedad y necesidad. Un ejemplo de aplicación del término «subsidiariedad» en el sentido de «necesidad de la acción» por la doctrina se ve en CNOSSEN, S. y BOVENBERG, A. L., *A better...*, cit., pág. 41. Sobre esta cuestión puede verse aún el análisis realizado por BARENTS, R., *op. cit.*, en lo que el autor concluye afirmando que «el principio de subsidiariedad es nada más que un *slogan* político» que en términos legales, podría «ser cualificado como polución del Derecho comunitario».

¹⁹² Sobre este punto *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., pág. 123.

¹⁹³ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., pág. 124.

¹⁹⁴ *Vid. infra*, punto IV. 1.

¹⁹⁵ FALCÓN Y TELLÁ, R., *Introducción al Derecho financiero y tributario de las Comunidades Europeas*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 139.

¹⁹⁶ Secundamos en este sentido a VOGEL, K., *Taxation...*, pág. 18-20. Este autor observa que elegir entre armonizar el Derecho sustantivo de la tributación sobre la renta o limitar la armonización al Derecho internacional de la tributación sobre la renta es una cuestión a decidir por medio del principio de proporcionalidad. Y que evaluar si en algún aspecto de los sistemas fiscales tiene aplicación el artículo 94, es decir, si puede tener lugar un acto armonizador, constituye una cuestión a decidir mediante aplicación del principio de competencias de atribución.

ción a efectuar no excede de lo necesario, según los principios de proporcionalidad en la acción. Este último criterio, aplicado al campo de la armonización legislativa, equivale al principio de mínima armonización.

1.3. Equidad internacional.

Este principio no se encuentra formalmente consagrado en los documentos oficiales, pero es un principio básico de toda política de armonización fiscal ¹⁹⁷. Su respecto en el seno de la UE se asegura indirectamente a través de la regla de la unanimidad en las decisiones del Consejo en materia fiscal. El sistema de relaciones entre los Derechos fiscales internacionales de los Estados miembros, tal como existe en el momento actual, es de tipo clásico, ya que se asienta en el principio de equidad en el reparto de la competencia impositiva. La regla de la unanimidad asegura que no se producirá ningún cambio en este sistema, cuando algún Estado no considere que su interés resulte debidamente protegido. Vemos, de hecho, que el principio de equidad internacional subyace en todas las propuestas concernientes a la armonización, bien de la imposición de sociedades, bien de la imposición de capitales. Como se verá más adelante, el problema del reparto de las bases imponibles, en situaciones en las que los rendimientos son generados a través de operaciones resultantes de la interacción de varias economías nacionales, está en el centro de toda problemática de la armonización de la imposición directa.

2. Las fuentes de distorsión analizadas según el modo de incompatibilidad con el Derecho comunitario.

El análisis descriptivo que hicimos con anterioridad de las fuentes de distorsión fiscal, permitió constatar que, entre las disposiciones del Derecho nacional que originan la distorsión y el Derecho comunitario, se establecen diferentes clases de relaciones. Desde luego, se advierten diferentes grados de intensidad en la incompatibilidad de dichas distorsiones con las normas comunitarias. Partiendo de este planteamiento, se pueden distinguir las distorsiones fiscales que vulneran normas de Derecho comunitario con efecto directo, de aquellas que afectan a normas de Derecho comunitario sin efecto directo ¹⁹⁸.

¹⁹⁷ En este sentido, LAGARES CALVO, M. J., «La armonización del impuesto sobre sociedades en la Comunidad Económica Europea», *Hacienda Pública Española*, núm. 6/7 (1970), pág. 158; y también RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 60, para quien, bajo la noción de equidad internacional, «el problema que se plantea es determinar cómo han de participar los países, de forma equitativa, en la base imponible originada por las transacciones internacionales que tienen lugar entre los mismos».

¹⁹⁸ El efecto directo es una característica que poseen algunas, la mayoría en el momento actual, de las normas de Derecho comunitario, que significa que dichas normas «son susceptibles de otorgar derechos o imponer obligaciones a los particulares» y, como consecuencia, «los particulares tienen derecho a invocar dichas disposiciones del Derecho comunitario ante sus jurisdicciones nacionales, estando los jueces obligados a aplicar dichas normas, con independencia de la legislación del país donde ejercen sus funciones» (MOLINA DEL POZO, C. F., *op. cit.*, pág. 509). Sobre el concepto de efecto directo *vid.* también MOTA DE CAMPOS, J., *Manual de Direito comunitário*, 3ª edic., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, págs. 349 y ss.; y BOULOIS, J., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 6ª edic., Monchrestien, París, 1997, pág. 146.

2.1. La incompatibilidad con normas de efecto directo. El área de la integración negativa.

Siempre que la disposición estatal se muestre contraria a una norma del Derecho comunitario con efecto directo, dicha disposición será inválida. En consecuencia, el TJCE puede declarar la invalidez, y la disposición no puede seguir aplicándose por los tribunales nacionales. En esta clase de distorsiones se incluyen, en primer lugar, todas aquellas disposiciones estatales que configuran discriminaciones por razón de la nacionalidad o de la residencia ¹⁹⁹. Se incluyen también las disposiciones que conllevan restricciones prohibidas al libre ejercicio de las libertades de circulación. Finalmente, están en esta categoría las disposiciones que puedan configurarse como ayudas de Estado prohibidas por el Tratado ²⁰⁰.

2.1.1. Discriminaciones por razón de la nacionalidad y de la residencia.

En cuanto al primer grupo, ya decimos que la jurisprudencia del TJCE ha entendido que la prohibición de discriminación contenida en el Tratado recoge en su ámbito, tanto los supuestos de discriminación directa como aquéllos de discriminación indirecta o encubierta ²⁰¹. Ha sido mayoritariamente en este marco, en el que el Tribunal ha utilizado el principio de no discriminación para considerar incompatibles con el Tratado disposiciones del Derecho tributario de los Estados miembros, que establecían diferencias de trato por razón de la residencia ²⁰². En el contexto de la tributación de sociedades ²⁰³, el Tribunal se ha reafirmado en esta línea de jurisprudencia en el asunto *Hoescht*, al considerar que la sede social de las sociedades «sirve como punto de conexión con el sistema legal de un Estado en particular, del mismo modo que la nacionalidad en cuanto a personas

¹⁹⁹ Sobre el efecto directo del principio de no discriminación como fundamento de la acción del TJCE en el área de la tributación de la renta, *vid.* GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, *cit.*, pág. 210; y CASADO OLLERO, G., *L'ordinamento comunitario e l'ordinamento tributario interno*, en AMATUCI, A., (dir.), *Trattato di Diritto tributario*, I Vol. Cedam, Padua, 2001, pág. 509.

²⁰⁰ Como advierte VANISTENDAEL, F., *Fiscal...*, *cit.*, pág. 153, aunque los artículos 87 y 89 del TCE afectan primordialmente a las subvenciones de diferentes tipos, la aplicabilidad de estas disposiciones a la tributación no es nueva. Hasta el momento presente se han aplicado ya en innumerables ocasiones en el campo de la tributación indirecta. Se dan como ejemplos los asuntos C-16/69, *Comisión v. Italian Republic*, 1969, ECR 377; C-47/69, *French Republic v. Comisión*, 1970, ECR 487; C-77/72, *Carmine Capolongo v. Azienda Agrícola Maya*, 1973, ECR 611; C-77/76, *Fratelli Cucchi v. Avez S. p. a.*, 1977, ECR 987; C-73/79, *Comisión v. Italian Republic*, 1980, ECR 1533; C-18/84, *Comisión v. French Republic*, 1985, ECR 1339. Sobre este punto, *vid.* también EDEN, S., *op. cit.*, pág. 635.

²⁰¹ Sobre este punto *vid.* en especial GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición directa...*, *cit.*, págs. 64 y ss. Según este autor, el supuesto de discriminación encubierta se descompone en tres elementos, a saber: la aplicación de criterios de diferenciación distintos de la nacionalidad, la virtualidad de dichos criterios de diferenciación para provocar el mismo resultado, y la condición de que dicha identidad de resultados sea una identidad fáctica, atendiendo a los efectos de la norma o a la actuación presuntamente discriminatoria; *vid.* también THIEL, S. VAN, *The prohibition...*, *cit.*, pág. 305.

²⁰² De un modo general, puede decirse que el trato diferenciado entre residentes y no residentes se verá afectado por la prohibición de discriminación establecida en el Tratado en particular en dos casos: cuando residentes y no residentes se encuentran en situación fiscal similar pero reciben trato fiscal diferenciado; y cuando residentes y no residentes se encuentran en la misma situación fiscal y son gravados de forma idéntica pero son discriminados con relación a alguna concesión de beneficios o ventajas o beneficios (THIEL, S. VAN, *The prohibition...*, *cit.*, pág. 307).

²⁰³ Esta jurisprudencia se desarrolló originalmente en materia de la tributación sobre la renta de las personas físicas. Sobre este punto *vid.*, entre otros, GARCÍA FRÍAS, A., *La necesaria...*, *cit.*

físicas». Así, aceptar que un Estado miembro puede aplicar a una sociedad, que pretenda establecerse, «un trato diferenciado únicamente basado en el hecho de que dicha sociedad posee su sede legal en otro Estado miembro, privaría al artículo 52 de todo su significado ²⁰⁴».

Discriminaciones de trato fiscal existen tanto en el campo de la tributación de la renta de personas físicas como en el campo de la tributación de las sociedades ²⁰⁵. En el primero, las situaciones más comunes se refieren a la deducción de gastos personales y familiares y a la aplicación de beneficios fiscales ²⁰⁶. En el campo de las sociedades, los problemas más frecuentes conciernen el trato fiscal de los establecimientos permanentes ²⁰⁷ y la deducción de pérdidas entre empresas de un mismo grupo. Como se vio con anterioridad, dichas discriminaciones constituyen, por regla general, una fuente potencial de distorsión fiscal, ya que influyen en las condiciones de competencia entre las empresas, o afectan a las ventajas comparativas de ciertas localizaciones con relación a otras, en lo que concierne a las inversiones. Pero, además de que constituyen distorsiones fiscales, dichas discriminaciones vulneran normas de Derecho comunitario con efecto directo ²⁰⁸.

2.1.2. Las restricciones prohibidas.

En cuanto a las disposiciones de las que resulten restricciones prohibidas al libre ejercicio de las libertades de circulación, ya hemos defendido que existe en el ordenamiento comunitario un principio de no restricción al ejercicio de las libertades de circulación, independiente del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. El Tribunal lo ha aplicado en diferentes ocasiones, con importantes efectos sobre los ordenamientos de los Estados miembros. Respecto de la distinción entre los dos principios, se resalta que en la generalidad de los supuestos, las restricciones estimadas prohibidas conllevan también diferencias de trato. Sin embargo, las diferencias de trato que caben en esta categoría no son diferencias por razón de la nacionalidad o de la residencia, sino de otros factores, como la localización de los activos.

²⁰⁴ El artículo 52 TCE corresponde al actual artículo 43, que establece la regla general de libertad de establecimiento. Esta misma argumentación ya había sido utilizada en el asunto *Comisión v. France - Avoir Fiscal* (C-270/83 , ECR 1986, pág. 273).

²⁰⁵ WATTEL, P. J., *Home neutrality...*, cit., pág. 159, resume de forma muy clara el ámbito de incidencia del principio de no discriminación tal y como éste resulta de la jurisprudencia del TJCE, sobre la tributación de la renta. En sus palabras, «de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE basada en las disposiciones del Tratado CE se extrae como norma establecida que el Estado fuente debe proporcionar trato nacional a los trabajadores y a los profesionales independientes no residentes y a las sociedades de otros Estados miembros con respecto a beneficios fiscales objetivos (conectados con la fuente), a menos que exista una muy buena justificación para no hacerlo. También en la misma jurisprudencia se funda la norma de que el Estado de la fuente debe proporcionar trato nacional con respecto a deducciones y minoraciones por circunstancias personales y familiares, a los trabajadores y profesionales independientes residentes de otros Estados miembros que perciban la (práctica) totalidad de su rendimiento en el Estado de la fuente y no estén sujetos a imposición en su Estado de residencia en condiciones que les permitan disfrutar de las deducciones en el Estado de residencia».

²⁰⁶ VANISTENDAEL, F., *Fiscal...*, cit., pág. 4 y ss.

²⁰⁷ VANISTENDAEL, F., *Fiscal...*, cit., pág. 6; THIEL, S. van, *The prohibition...*, cit., pág. 307.

²⁰⁸ La eficacia directa o efecto directo se reconoce por la jurisprudencia a la mayoría de las disposiciones del Tratado, salvo las de carácter meramente programático. Una de las primeras sentencias a establecer este concepto ha sido la sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963. Sobre el punto vid. FALCÓN Y TELLÁ, R., *El Derecho...*, cit., pág. 641.

Parece evidente que la doctrina de las restricciones prohibidas tiene un potencial de aplicación inagotable en el campo de la fiscalidad directa, y, en particular, de los beneficios societarios y los capitales, aunque puede que no sea fácil determinar siempre dónde se ubica la frontera entre los dos principios. El principio de no restricción, al igual que el principio de no discriminación, está concretado en el TCE a través de prohibiciones, relacionadas con algunas de las libertades de circulación en particular, como son la libertad de establecimiento, la libertad de prestación de servicios y la libertad de circulación de capitales, que forman precisamente el campo de mayor incidencia de los obstáculos relacionados con la fiscalidad directa. Así por ejemplo, podrán vulnerar el principio de no restricción los regímenes especiales aplicables a la tributación de los establecimientos permanentes, las normas que limitan el perímetro de consolidación en función de la localización de las filiales, y las normas que limitan los mecanismos de eliminación de la doble imposición económica en función de la procedencia de los dividendos o de su destino, por mencionar simplemente algunas posibilidades.

Planteando la cuestión en términos genéricos, todo el sector de la tributación que se asienta sobre un principio de territorialidad, forma un campo de potencial vulneración del principio de no restricción. Pertenecen a este campo, especialmente, las distorsiones relacionadas con el problema de la deducción de pérdidas transfronterizas. Pero también, de una forma más general, toda la tributación de los grupos de sociedades, donde se incluye la problemática de la tributación de los establecimientos, desde la propia determinación de su base imponible, y también algunos mecanismos de eliminación de doble imposición económica, basados en la situación de las inversiones.

2.2. La incompatibilidad con normas sin efecto directo.

En una segunda categoría, encontramos disposiciones que son fuente de distorsiones fiscales para el funcionamiento del mercado común, pero no son incompatibles con normas de efecto directo del TCE. Demostrado su efecto obstaculizador sobre el mercado común, y debido a que la compatibilidad de los ordenamientos nacionales con el mercado común constituye un imperativo del Tratado, dichas disposiciones deben considerarse contrarias al Derecho comunitario, pero su validez no resulta automáticamente afectada por este hecho.

2.2.1. La disparidad legislativa.

Un supuesto de incompatibilidad con normas sin efecto directo es la diversidad normativa entre los ordenamientos, cuando la misma se considere fuente de distorsión fiscal y ello puede producirse por dos vías distintas. En primer lugar, las disparidades en la carga fiscal efectiva, por su influencia en la rentabilidad de los capitales, pueden influir en la localización de las inversiones ²⁰⁹. En segundo lugar, la diversidad en la estructura de los impuestos, en la definición de la subjetividad

²⁰⁹ MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B., *op. cit.*, págs. 1.128-1.129; HINNEKENS, L., *The search...*, *cit.*, pág. 118.

pasiva, en la composición de la base imponible, o en las normas que conceden incentivos, pueden originar un grado de complejidad tal que llegue a disuadir a los agentes económicos de invertir sus capitales en sistemas fiscales que desconozcan ²¹⁰.

La noción de «disparidad» se introdujo en la teoría de la armonización fiscal europea por el Informe *Neumark* ²¹¹ y, desde entonces, ha sido ampliamente utilizada en los estudios sobre el tema. Una vez dilucidadas las nociones de discriminación y restricción y su importancia como fuente de distorsión fiscal, parece suficientemente claro que la noción de disparidad legislativa tiene en esta materia solamente un papel residual. Al contrario de lo que ocurre con las normas discriminatorias o restrictivas, la simple disparidad legislativa no constituye siempre una fuente potencial de distorsión fiscal ²¹². Por otro lado, mientras la discriminación no justificada o la restricción prohibida se sitúan en un ordenamiento nacional concreto, el cual deberá adoptar unas medidas unilaterales para eliminar las distorsiones, por el contrario, las disparidades que ocasionen distorsiones y que deban ser eliminadas sólo pueden serlo mediante una acción sobre el conjunto de los ordenamientos ²¹³. Ésta es una importante consecuencia, a la hora de delimitar el campo posible de actuación de la llamada integración negativa llevada a cabo por la acción del TJCE, en la aplicación del «Derecho constitucional comunitario».

2.2.2. La doble imposición internacional.

Finalmente, hay una clase particular de distorsiones que no tienen origen en normas discriminatorias o restrictivas, y ni tampoco en la diversidad de normas, sino que, por el contrario, resultan más bien, la mayor parte de las veces, de la concurrencia de normas similares. Hablamos de los supuestos de doble imposición internacional *stricto sensu* ²¹⁴, que se producen bien por la aplicación

²¹⁰ En este sentido HINNEKENS, L., *The search...*, cit., pág. 118; La complejidad del sistema global formado por el conjunto de los sistemas fiscales nacionales se traduce efectivamente en costes financieros para las empresas que pretenden desarrollar sus actividades fuera de las fronteras del Estado de residencia. Existen indicaciones de que los llamados «compliance costs» –costes soportados por los contribuyentes con la actividad de gestión fiscal–, pueden representar actualmente de 2 a 4 por 100 de los ingresos fiscales totales de los países. El Informe Ruding había estimado estos mismos costes en 3 por 100 de la renta de las sociedades. Existe también alguna demostración de que estos costes son más importantes para las rentas provenientes de fuente externa que para las de fuente interna, y de que son particularmente pesados para las pequeñas y medianas empresas (LANNON, K. y LEVIN, M., *An EU company without a EU tax? A corporate tax action plan for advancing the Lisbon process*, (CEPS research report), CEPS; Bruselas, 2002, pág. 24).

²¹¹ COMITÉ FISCAL Y FINANCIERO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA, *op. cit.* El Informe mencionaba tres clases de disparidades: disparidades en la carga fiscal global, disparidades en la composición del gasto público y disparidades en la composición de los sistemas fiscales. En relación con esta última clase de disparidades, el Informe consideraba aún la existencia de «diferencias en la estructura de ciertos impuestos en particular» que pueden resultar de diferencias en la definición de elementos subjetivos o objetivos del hecho imponible, en la base, o en la combinación del impuesto con otros impuestos del sistema.

²¹² En el asunto *Titanium Dioxide* (Asunto C-300/89, 1991, ECR I-2867), el TJCE ha considerado que «para que resulten efectivas las libertades de circulación (...), son necesarias medidas de armonización para actuar sobre las disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros, cuando estas disparidades tienen la virtualidad de crear o mantener condiciones distorsionadas de competencia.» (sobre este punto *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, cit., pág. 6).

²¹³ En este sentido, EDEN, S., *op. cit.*, pág. 625; y HINNEKENS, L., *The search...*, cit., pág. 118.

²¹⁴ Discordamos en este punto de DOURADO, A. P., *A tributação...*, cit., pág. 51, para quien la doble imposición resultante de la adopción por todos los Estados miembros de los criterios de tributación en la fuente y en la residencia se revela discriminatoria.

de múltiples puntos de conexión por parte de la legislación de los distintos Estados implicados, bien por el sometimiento a tributación por dos o más Estados, utilizando el mismo punto de conexión, como sucede con las situaciones de doble residencia.

La situación se comprende claramente a través de un breve ejemplo. Supongamos, con relación a dos Estados A y B, que en ambos ordenamientos se establece la exigencia del impuesto de sociedades simultáneamente sobre la renta universal de las sociedades residentes y sobre la renta obtenida en el territorio por las sociedades no residentes. Si una sociedad del Estado A tiene una inversión en el Estado B, la respectiva renta quedará sujeta a doble imposición (y lo mismo ocurrirá si una sociedad de B posee una inversión en A). La doble imposición constituye un obstáculo para el funcionamiento del mercado común y, en esta medida, la doble imposición está en contradicción con el Tratado. Pero la doble imposición no puede considerarse efecto de una disposición en especial, sino de la confluencia de las disposiciones de los ordenamientos implicados, de tal forma que no puede decirse que ninguna de las disposiciones sea por sí sola incompatible con el Tratado ²¹⁵. Si existe una fuente de doble imposición, los Estados quedan obligados, en virtud del artículo 293 TCE, a emprender negociaciones encaminadas a eliminar dicha doble imposición. Aunque ésta no es una disposición con efecto directo y, por tanto, aquellas disposiciones quedan fuera del marco de actuación de la integración negativa.

3. Modos de incompatibilidad y efectos distorsionadores.

No es posible establecer una correspondencia entre los niveles de disconformidad con el Tratado y los grupos de fuentes de distorsión fiscal, en función de la naturaleza de las distorsiones, que hemos enunciado en el punto anterior. Como máximo, se podrán encontrar algunas situaciones en las que se produce esa correspondencia. Así, la diferencia en el nivel de tributación se produce, en la mayor parte de las ocasiones, como consecuencia de las diferencias entre los tipos nominales y entre las reglas de determinación de la base y, en menor grado, de deducciones a cuota. En todos estos supuestos, estaremos ante simples situaciones de diversidad legislativa, producto de la autonomía de los Estados en materia de tributación directa. Algunas veces, sin embargo, la diferencia de nivel impositivo puede estar relacionada con un régimen fiscal susceptible de ser considerado como una ayuda de Estado prohibida ²¹⁶. En este caso, debido a que las normas contenidas en el artículo 87 del TCE tienen efecto directo, también aquellas disposiciones que les son contrarias estarán en el ámbito de la integración negativa.

²¹⁵ EDEN, S., *op. cit.*, pág. 625. Para la autora este tipo de distorsiones presentan como trazo caracterizador el hecho de que no pueden eliminarse por una modificación unilateral por parte de un Estado miembro.

²¹⁶ De acuerdo con MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del artículo 87.1 TCE», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, págs. 84-86, el TJCE ha dejado claro desde la sentencia preferida en el asunto *Steenkolenmijnen* (Asunto 30/59, *Steenkolenmijnen v. Alta Autoridad de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero*, 1961, I-19), pero también en otras más recientes como *Piaggio* (Asunto C-295/97, *Piaggio*, 1999, I-3735), que medidas de carácter tributario del tipo de los incentivos fiscales, al suponer una reducción de costes para una empresa, pueden ser calificadas como ayudas de Estado. Pero la delimitación del ámbito de coincidencia de los dos conceptos no se ha podido establecer hasta este momento de forma clara porque el concepto de ayuda de Estado «dista mucho de estar definido con precisión». Según el mismo autor, una

Ya en el campo del ajuste entre los ordenamientos, como ya hemos visto, en la mayor parte de las situaciones se plantean problemas bien de discriminación por razón de la nacionalidad, bien de restricción injustificada al ejercicio de las libertades de circulación. Sin embargo, hay también casos de doble imposición, en los que no tenemos ni discriminación, ni una restricción prohibida al ejercicio de las libertades, ni tampoco una situación de diversidad normativa, sino que la doble imposición se produce por efecto de la concurrencia de dos normas, eventualmente idénticas, en dos ordenamientos distintos. Las distorsiones que hemos denominado como de complejidad del sistema fiscal comunitario, por su parte, resultan siempre de la diversidad normativa entre los sistemas nacionales.

Un enfoque de las distorsiones fiscales con base en el modo de incompatibilidad con el Derecho comunitario permite comprender la importancia del fenómeno de la llamada «integración negativa» y la forma en que dicho fenómeno se interrelaciona con la problemática de la armonización. El término «integración negativa» designa el efecto de la acción del TJCE sobre los ordenamientos estatales²¹⁷. Siempre que el Tribunal considere una disposición de un ordenamiento estatal como incompatible con el Tratado, declarará su invalidez y la norma no podrá seguir siendo aplicada por los tribunales nacionales. La acción del Tribunal tiene, por tanto, un efecto corrector sobre los ordenamientos, en la medida en que determina la eliminación de las normas incompatibles con los Tratados. Las disposiciones que, además de ocasionar obstáculos al mercado común, vulneren normas del Derecho comunitario con efecto directo, forman el campo de actuación de la «integración negativa» en el área de la tributación directa. Muchas veces, la acción correctora del Tribunal, al determinar la eliminación de disposiciones declaradas incompatibles con el Derecho comunitario, deja un vacío legislativo, que sólo puede rellenarse a través de una acción legislativa de los Estados, que sustituya la norma suprimida por otra que sea conforme al Derecho comunitario. La acción del Tribunal de Justicia funciona así como impulso de una aproximación legislativa espontánea o incluso de una armonización legislativa en sentido propio llevada a cabo por las instituciones comunitarias que de otra forma no se produciría.

medida de carácter tributario deberá ser considerada como ayuda de Estado, cuando se verifique la ocurrencia de las tres características que la doctrina (y la jurisprudencia del TJCE) reconoce como siendo las que definen el concepto de ayuda de Estado prohibida: la existencia de una ventaja que actúe de modo selectivo, es decir, cuyos efectos se limiten a una empresa o conjunto de empresas; que la misma ventaja esté concedida mediante fondos estatales; y que dicha ventaja tenga un efecto distorsionador de la competencia (ídem, págs. 88 y ss.); sobre el mismo punto *vid.* también GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M., *op. cit.*, pág. 33). En el mismo sentido, se puede ver VANISTENDAEL, F., *Fiscal...*, *cit.*, quien se preocupa en definir, además de la relación ya referida entre incentivos tributarios y ayudas estatales prohibidas, también la relación entre medidas fiscales que constituyen ayudas estatales prohibidas y medidas fiscales que violan el principio de no discriminación o constituyen restricciones prohibidas al ejercicio de libertades fundamentales. En otras palabras, el autor se plantea la cuestión de delimitar, con relación a la tributación de la renta, el campo de actuación de las disposiciones relativas a las libertades fundamentales y el del artículo 87 TCE. Para esta distinción, el autor considera que el trazo fundamental reside en el carácter estructural o transitorio de la medida fiscal que se aprecia. Mientras los supuestos de incompatibilidad con el Tratado por violación del principio de no discriminación juzgados por el TJCE se refieren a elementos estructurales de los sistemas de tributación directa, el campo de actuación del artículo 87 TCE estaría fundamentalmente formado por medidas fiscales de carácter transitorio o excepcional como son normalmente los beneficios fiscales.

²¹⁷ Sobre el concepto de integración negativa, GARCÍA FRÍAS, A., *La necesaria...*, *cit.*, pág. 1020; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., *Towards...*, *cit.*, pág. 205; y GARCÍA PRATS, A. F., *The evolution...*, *cit.*, págs. 138.

Si hemos empezado por decir que el fundamento primero de la armonización, según el artículo 94 TCE, está en la existencia de obstáculos de naturaleza fiscal al funcionamiento del mercado común, ahora se suscita la cuestión de cómo conciliar ese fundamento con el planteamiento anterior. Las dos perspectivas no están en contradicción, sino que se cruzan. Los principios de no discriminación y de no restricción al ejercicio de las libertades de circulación, así como las normas más específicas que concretan dichos principios, la prohibición de ayudas estatales o la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia, son los instrumentos jurídicos empleados por los Tratados comunitarios para garantizar precisamente la realización del mercado común. De hecho, siempre que una disposición de los ordenamientos estatales produzca una discriminación por razón de la residencia o de la nacionalidad, o una restricción al ejercicio de libertades de circulación, ello supondrá la existencia de un obstáculo al funcionamiento del mercado común. Por el contrario existen muchos obstáculos, como dejamos demostrado, que no están asociados con una violación de una norma de efecto directo.

4. Distorsiones fiscales y equidad en la división de las rentas internacionales.

Los problemas que hemos descrito como distorsiones al funcionamiento del mercado común, procedentes de la tributación de la renta de sociedades y de capitales, no son nuevos ni específicos de la UE. Los problemas que hemos identificado como de ajuste entre los ordenamientos estatales son problemas relacionados con la cuestión fundamental de la división interestatal de las bases imponibles internacionales o transfronterizas ²¹⁸. Hasta el momento actual, el sistema de reparto de las bases que rige entre los países miembros de la UE está configurado como un sistema clásico, basado en los principios tradicionales del Derecho tributario internacional. Dicho sistema se caracteriza por que la generalidad de las jurisdicciones tributarias toma como punto de conexión con sus ordenamientos simultáneamente la residencia del contribuyente y la fuente del rendimiento. Respecto a la extensión de su poder tributario ²¹⁹, los ordenamientos gravan a los residentes, como regla general, por el principio de universalidad (*world-wide-income*), mientras que para los no residentes rige el principio de territorialidad ²²⁰. Este principio fundamental de definición del poder tributario se asienta, pues, en una distinción entre la condición de residente y de no residente. De él resultan otros

²¹⁸ Encontramos en la doctrina algunas referencias puntuales que enfatizan la estrecha relación existente entre la problemática de la armonización de los sistemas de tributación directa en la UE y el modelo de reparto de las bases internacionales. Así, VOGEL, K., *Taxation...*, cit., empieza por aclarar que uno de los problemas tratados en su trabajo, es el de «qué sistema de tributación internacional de la renta estará más conforme con los principios básicos y las políticas de la Comunidad Europea». A continuación, este autor sugiere que la armonización de la doble imposición intra comunitaria constituye una alternativa a la armonización del Derecho fiscal sustantivo (ídem, pág. 16). También THIEL, S. Van, *Removal...*, cit., pág. 4, centra su aproximación en el impacto de los principios fundamentales del Derecho comunitario sobre la tributación de las rentas transfronterizas intracomunitarias.

²¹⁹ La doctrina moderna distingue entre la cuestión de definir las conexiones relevantes para fundamentar el poder tributario de un Estado, a la cual responden, en los actuales sistemas tributarios, los principios de residencia y de la fuente, y la cuestión de la definición de la extensión de ese poder, es decir, hasta dónde se extiende el ámbito de incidencia de las leyes tributarias internas, a la que responden los principios de universalidad y de territorialidad (XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 203).

²²⁰ A este respecto observa GARCÍA PRATS, F. A., (*Imposición...*, cit., pág. 219) que esta doble condición de sujeción a la imposición en un Estado, nacida con la introducción de la imposición sobre la renta a principios del siglo XX, «parte de una concepción estatal de la sujeción, y es consecuente con una formulación del poder tributario que únicamente tiene en consideración los condicionantes y límites del poder tributario del Estado derivados de sus exigencias constitucionales y de los condicionantes internacionales del ejercicio de los poderes estatales». A esto deberemos nosotros añadir que

dos aspectos esenciales del sistema de tributación de las rentas internacionales. El primero consiste en la oposición entre obligación personal, que rige para los residentes, y obligación real ²²¹, válida para los no residentes. Esta oposición implica desde luego una diferencia de trato entre residentes y no residentes, la cual ha sido considerada en distintas ocasiones por el TJCE como incompatible con el principio de no discriminación ²²². Por otra parte, el mismo principio, al aplicarse por diferentes Estados sobre la misma renta, generará inevitablemente situaciones de doble imposición ²²³.

Para caracterizar sucintamente el sistema de la tributación de las rentas internacionales entre los países de la UE, además de los aspectos referidos, falta mencionar que este sistema comporta algunas reglas de reparto de dichas bases, para mitigar la doble imposición. Se reconoce en general primacía a la tributación en la fuente para las rentas derivadas de inversión directa, mientras la tributación en la residencia se aplica preferentemente con relación a las rentas de capital pasivo ²²⁴. En cualquiera de los supuestos mencionados se requieren medidas de limitación de la competencia de los Estados ²²⁵. Pero, en general, estas medidas operan únicamente en el ámbito de convenios bilaterales. Vemos así que el sistema de reparto de bases internacionales vigente entre los Estados miembros de la UE se organiza de modo que residentes y no residentes no ejerzan sus actividades económicas en condiciones de igualdad, y que las operaciones interestatales no reciban trato fiscal similar a las operaciones internas.

Hemos visto, que en el contexto de la doble imposición internacional, adquiere particular relieve el problema de la tributación de los beneficios de los establecimientos permanentes situados en un Estado distinto al de residencia de la entidad principal ²²⁶. En estos supuestos, para que no se produzca doble imposición, la competencia del Estado de residencia debe ceder paso a la competencia del Estado de la fuente ²²⁷.

en esta concepción está totalmente ausente cualquier preocupación con la neutralidad económica de la imposición sobre la renta o con asegurar la libre circulación de factores de producción en un mercado internacional. BIRD, R. M. y WILKIE, J. S., *Source- vs. residence-based taxation in the European Union: the wrong question?*, en CNOSSEN, S. (ed), *Taxing capital income in the European Union: issues and options for reform*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pág. 81, en una visión pragmática y realista, explican el mismo sistema de doble vínculo por el hecho de que «los gobiernos se preocupan más con la riqueza nacional y con la justicia fiscal entre sus residentes que con el destino de los no residentes que obtienen rentas generadas dentro de sus fronteras».

²²¹ GARCÍA FRÍAS, A., *La necesaria...*, cit., pág. 1.040.

²²² GARCÍA PRATS, F. A., *Imposición...*, cit., pág. 220.

²²³ Para eliminar o atenuar los problemas de doble imposición, se introducen reglas que limitan la competencia de los Estados con relación a las rentas obtenidas por residentes fuera del territorio estatal, o con relación a algunas rentas obtenidas por no residentes en el territorio estatal. Sobre este punto, vid. XAVIER, A., *op. cit.*, págs. 419 y ss.; y GARCÍA MORENO, M. P., *op. cit.*

²²⁴ LUCAS DURÁN, M., *op. cit.*, pág. 321; BIRD, R. M. y WILKIE, J. S., *op. cit.*, pág. 81. Sobre la preferencia del principio de tributación en la fuente, RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 61. Según observa este último autor la preferencia de la tributación en origen se funda en el criterio de equidad internacional, pero la validez del principio para realizar la equidad internacional debe cuestionarse «argumentando que una distribución justa exige una participación en la recaudación por parte del país de residencia del propietario del capital, dada la contribución de este país a la creación y producción de la inversión».

²²⁵ XAVIER, A., *op. cit.*, págs. 501 y ss.

²²⁶ La regla general del artículo 7 del Modelo de Convenio de la OCDE es la de que cabe al Estado de residencia la competencia exclusiva para gravar los beneficios empresariales, pero la regla sufre un excepción para los establecimientos permanentes. Significa esto que «el Estado de la fuente está excepcionalmente autorizado a gravar los resultados de las actividades que se ejercen en su territorio con cierta intensidad» (XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 423).

²²⁷ De acuerdo con el supra citado artículo 7 del Modelo de Convenio de la OCDE (VOGEL, K., *Double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capita: with particular reference to German treaty practice*, Kluwer Law International, La Haya, 1997, pág. 399.

En la doble imposición económica, el problema se centra en la tributación, en el Estado de residencia, de los dividendos percibidos de fuente externa, tanto por personas físicas como por sociedades y, en el último supuesto tanto en el ámbito de un grupo de empresas como de participaciones aisladas ²²⁸. Hemos visto que para este tipo de rentas se reconoce la primacía de la competencia tributaria del Estado de residencia ²²⁹. Debido a la sujeción de los beneficios primarios al impuesto sobre sociedades en la fuente, cualquier tributación en el Estado de residencia resultará en doble imposición. Su supresión requiere, pues, que este Estado aplique a los dividendos un mecanismo de atenuación o eliminación de la doble imposición ²³⁰. Hemos visto también, sin embargo, que, en general, los Estados limitan la aplicación de sus mecanismos de integración a las situaciones en las que los beneficiarios de los dividendos son residentes y en las que la sociedad distribuidora es residente ²³¹, es decir, de modo discriminatorio por razón de la residencia.

La razón de esta práctica es de carácter financiero y está relacionada con el hecho de que la concepción de dichos sistemas se asienta sobre una lógica de correlación entre los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas cuando éstos son recaudados por el mismo país ²³². Sin embargo, al aplicarse estos mecanismos a los dividendos de fuente externa, el Estado de residencia transfiere hacia el Estado de la fuente, bases que le competen gravar según el principio de residencia ²³³. Si entre los dos Estados existen flujos de inversión equivalentes, el hecho no tendrá consecuencias negativas, pero si uno de los Estados es exportador neto y el otro importador neto de capitales, el mismo hecho provocará un desequilibrio en los ingresos fiscales en favor del Estado de la fuente, con relación a la situación que resultaría del sistema clásico de reparto de las bases ²³⁴. En contrapartida, si el Estado de residencia no extiende el mecanismo de atenuación a los dividendos de fuente externa, se produce una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales.

²²⁸ CHOWN, J., *Internacional...*, cit., pág. 91; para el problema de la doble imposición económica de dividendos distribuidos entre empresas asociadas, vid. GARCÍA FRÍAS, A., *El régimen especial de los grupos de sociedades en el Impuesto sobre Sociedades*, cit., pág. 24.

²²⁹ El artículo 10 del Modelo de Convenio de la OCDE estipula que los dividendos puedan estar sometidos a tributación compartida por ambos Estados, pero la tributación en el Estado de la fuente debe ser limitada a un porcentaje reducido, no debiendo exceder del 15 por 100.

²³⁰ Vid. nota núm. 265, *supra*, y la bibliografía ahí citada.

²³¹ En ambos supuestos estaremos en presencia de una fuente de distorsión fiscal: si se concede un crédito fiscal, por ejemplo, a un inversor residente y no a un no residente, el flujo de capital proveniente del exterior podrá resultar perjudicado; si se concede el mismo crédito fiscal a un inversor residente por los dividendos percibidos de una sociedad doméstica y no a otro inversor residente por los dividendos percibidos de una sociedad no residente, será el flujo de capital hacia el exterior el que podrá resultar perjudicado. En particular sobre la relación entre el sistema de imputación y el principio de neutralidad fiscal, CHOWN, J., *Internacional...*, cit.; y WATTEL, P. J., *Home neutrality*, cit. págs. 159-160.

²³² En un contexto interno, este tipo de mecanismos tiene implícita la idea de que los beneficios deben gravarse solamente una vez, y de que la tributación por la sociedad tiene la naturaleza de un anticipo respecto al impuesto que debe ser soportado por el accionista (SANZ GADEA, E., «Aspectos internacionales de la política fiscal (I)», *Impuestos*, núm. 13 (2001), cit., pág. 28).

²³³ XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 465; El Modelo de Convenio OCDE (art. 10) reconoce al Estado de la fuente una competencia acumulativa (PIRES, M., *op. cit.*, pág. 628) para gravar los dividendos pero sugiere un límite máximo para esa imposición.

²³⁴ En su modelo de neutralidad en la exportación de capital, MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdictional coordination...*, cit., pág. 210, alude a este problema y sugiere que el mismo se debería solucionar a través de la institución de un tipo común bajo para las rentas interjurisdiccionales.

El problema se plantea tanto si coexisten diversos sistemas, como si hay un sistema común, lo que prueba que no se trata de una cuestión de técnica tributaria, sino de una cuestión de coordinación de las soberanías tributarias ²³⁵, que sólo podrá solucionarse mediante una fórmula que permita al Estado que concede el crédito de impuesto recibir una compensación financiera del Estado de la fuente.

En cuanto a la cuestión de las ganancias puestas de manifiesto en operaciones de reestructuración transfronterizas, el dilema consiste en atribuir el poder de gravar dichas ganancias al Estado donde las mismas se han generado o al Estado donde se realicen ²³⁶.

Respecto de la deducción de pérdidas transfronterizas, la cuestión se centra en cómo aplicar las reglas de consolidación de beneficios de forma no discriminatoria en razón de la localización de las inversiones, aunque bajo esta aparente simplicidad se esconden en realidad una serie de problemas de difícil solución. Una aplicación indiscriminada de las reglas de consolidación actualmente existentes no parece viable en el momento presente. Recuérdese que el sistema actual se asienta en la tributación autónoma del establecimiento permanente en el Estado de la fuente, y en la renuncia del Estado de residencia, a través de convenio, a la competencia tributaria sobre sus beneficios ²³⁷. Se basa, por otro lado, en la total desconexión tributaria entre la entidad principal y la filial no residente, ambas gravadas por su Estado de residencia respectivo ²³⁸. La aplicación a un grupo multinacional de las reglas de consolidación interna tendría como consecuencia, que las pérdidas se desplazarían hacia el Estado que admitiera la consolidación, pero este Estado no tendría la posibilidad de transferir las pérdidas sufridas por sus residentes hacia las restantes jurisdicciones ²³⁹. Por otra parte, la transferencia de los beneficios hacia el primer Estado, por efecto de una aplicación unilateral de sus reglas de consolidación internas, se traduciría en doble imposición.

El primer problema reside, pues, en que, para poder aplicarse la consolidación internacional, no puede subsistir la tributación autónoma de los establecimientos permanentes en la jurisdicción de la fuente ni de las empresas filiales en su Estado de residencia. La fórmula que naturalmente más se adecua a un sistema de consolidación internacional es la tributación del grupo en el Estado de residencia de la matriz ²⁴⁰, pero ello supone una radical inversión de las reglas de reparto hasta hoy aceptadas. Como alternativa, se podrá optar por un sistema en el que la base consolidada se calcule por las reglas de un solo de los ordenamientos implicados, y en un segundo momento esta base se

²³⁵ DOURADO, A. P., *A tributação...*, cit., pág. 51.

²³⁶ El artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE establece como principio general que las plusvalías tributarán exclusivamente en el país de residencia del alienante, pero prevé excepciones a este principio general. Una de estas excepciones se refiere a «las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante, incluyendo las ganancias derivadas de la enajenación de dicho establecimiento permanente». Del precepto se extrae, por consiguiente, que para las ganancias manifestadas en virtud de procesos de reestructuración de sociedades, como la fusión, el Convenio establece la regla de tributación en la fuente.

²³⁷ XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 423; DOURADO, A. P., *A tributação...*, cit., pág. 67.

²³⁸ DOURADO, A. P., *A tributação...*, cit., pág. 98.

²³⁹ LEHNER, M., *op. cit.*, pág. 14.

²⁴⁰ GARCÍA FRÍAS, A., *El régimen especial de los grupos de sociedades en el Impuesto sobre Sociedades*, cit., pág. 75.

divida entre todas las jurisdicciones competentes para gravar dicha renta ²⁴¹. Pero ello implicará inevitablemente la definición de una fórmula de reparto de la base consolidada entre las distintas jurisdicciones, lo que significa una simple traslación del problema de la base generada internacionalmente, a un momento posterior del proceso de aplicación del gravamen.

El problema de los ajustes de precios de transferencia está íntimamente conectado con el anterior. Los ajustes de precios de transferencia resultan de la aplicación de mecanismos normativos, a través de los cuales los Estados buscan asegurar que las bases que les corresponden, por aplicación del principio de la territorialidad, no sean desviadas hacia otras jurisdicciones mediante la manipulación de aquellos precios. La propia realidad del fenómeno demuestra la existencia de una dificultad para establecer un nexo económico real entre las bases imponibles y los Estados en los que un grupo ejerce su actividad ²⁴². La eliminación total del problema supondría, pues, un sistema de consolidación internacional.

Vemos, por tanto, que la compatibilización de los sistemas de tributación directa en la UE implica una toma de decisión política en lo que respecta al reparto de las bases entre los países. Si esta decisión se reveló complicada en la fecha del Informe *Neumark*, cuando la Comunidad Económica Europea estaba formada por seis países con sistemas económicos de estructura similar, esta decisión parece ser más difícil a medida que la UE se extiende a un conjunto cada vez más heterogéneo y numeroso de países.

IV. HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN DEL SISTEMA DE REPARTO DE LAS RENTAS INTERNACIONALES

1. Los actos armonizadores aprobados en materia de imposición de beneficios societarios y de capitales.

La Directiva 435/90/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes ²⁴³ se aplica a los dividendos distribuidos entre sociedades de un mismo grupo ²⁴⁴. Su objeto fundamental es la doble imposición económica de dividendos, pero limitada a los dividendos distribuidos entre sociedades de un grupo.

²⁴¹ Esto es lo que se propone a través de los sistemas del *home state taxation*, de la «base común consolidada» o de la «base armonizada única obligatoria». *Vid.* nota núm. 292.

²⁴² Sobre este problema *vid.*, entre otros, BIRD, R. M. y WILKIE, J. S., *op cit.*; MUSGRAVE, P. B., *Interjurisdictional coordination...*, *cit.*, pág. 202.

²⁴³ DOCE núm. 225 de 20-8-1990. La «Directiva matrices y filiales» fue adoptada en julio de 1990 y tuvo su origen en una propuesta presentada en 1969. El fundamento invocado fue el artículo 100 del TCE y la necesidad de la directiva se ha justificado con el principio de la neutralidad fiscal y también por el objetivo de eliminar el tratamiento menos favorable aplicado a las operaciones de reestructuración internacionales (comunitarias) en comparación con las operaciones internas.

²⁴⁴ Sobre el régimen establecido en esta directiva *vid.*, entre otros, FARMER, P. y LYAL, R., *op. cit.*, págs. 277 y ss.; ESTEVE PARDO, M. L., *El impuesto sobre sociedades en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 72 y ss.; MURAY, R. H. A., *op. cit.*, págs. 77 y ss.; MANGANELLI, A., *The degree of harmonization attained through the implementation of*

El aspecto principal del régimen establecido consiste, en que el Estado de residencia de la sociedad matriz debe abstenerse de gravar los dividendos percibidos por la sociedad matriz o, como alternativa, gravar dicha sociedad concediéndole un crédito de impuesto correspondiente a la totalidad del valor del impuesto soportado en la fuente. El Estado de la fuente, a su vez, puede gravar los beneficios primarios, pero debe abstenerse de imponer una retención a cuenta sobre los dividendos pagados a una sociedad matriz no residente ²⁴⁵. A través del régimen descrito, se elimina la doble imposición económica sobre esta clase de dividendos, a costa de una renuncia del Estado de residencia a gravar los beneficios primarios obtenidos fuera de su territorio, y de una renuncia del Estado de la fuente a gravar los dividendos (rentas pasivas o secundarias), siempre que una entidad no residente sea la beneficiaria.

Al margen de observarse que, a través los referidos aspectos, en su limitado ámbito de aplicación, la mencionada directiva logra eliminar una fuente de distorsiones relacionadas con la transferencia de beneficios entre sociedades de un mismo grupo, cabe también apreciar la normativa respecto de los principios de reparto de bases internacionales en los que se basa dicho régimen.

El primero de los aspectos mencionados de la regulación, constituye una limitación del principio de tributación de la renta universal de los residentes y, por ende, de la competencia del Estado de residencia. Cuando el Estado de residencia opte por tributar los beneficios obtenidos por su residente en otro Estado el mecanismo de crédito de impuesto garantizará que la renta tributará en el Estado de residencia sólo cuando la tributación sea, ahí, más elevada, y únicamente por la diferencia. Con este mecanismo, los Estados de tributación más elevada lograrán anular la ventaja fiscal que resultaría para sus residentes, al invertir en un Estado con un nivel de tributación inferior.

Por el segundo de los aspectos mencionados, la normativa limita la competencia tributaria del Estado de la fuente a los beneficios primarios, ya que este Estado está imposibilitado a gravar los dividendos pagados a las sociedades no residentes del grupo, operando, así, una restricción al principio de territorialidad.

the Parent-subsidiary Directive in the EC member States, in EC. Proceedings of a seminar held in Florence, Italy, in 1993 during the 47th Congress of the International Fiscal Association, Vol. 18a, Kluwer, Deventer/Boston, 1994; HELMINEN, M., «Dividend equivalent benefits and the concept of profit distribution of the EC Parent-subsidiary Directive», *EC tax Review*, vol. 9, núm. 3 (2000).

²⁴⁵ Han sido señaladas algunas insuficiencias a la directiva que venimos mencionando. La primera es que se aplica sólo entre «empresas asociadas», concepto que se refiere al supuesto de una entidad (de forma societaria u otra) que tiene una participación directa mínima en el capital de otra. Esta participación está fijada por la directiva en 25 por 100 como límite máximo, pudiendo los Estados reducir este porcentaje. Aunque muchos Estados han fijado porcentajes más bajos, un gran número de participaciones minoritarias de capital quedan fuera del ámbito de aplicación de la directiva. Una segunda insuficiencia señalada se refiere a las «situaciones triangulares», en las que un establecimiento permanente posee una participación en una sociedad. El problema se plantea porque los establecimientos permanentes no están, en principio, cubiertos por el ámbito de aplicación de la directiva, por lo que no se aplicaría el respectivo mecanismo de atenuación de la doble imposición. Se denominan también situaciones triangulares aquellas en que una sociedad A posee una participación en una segunda sociedad B y en las que ésta, a su vez, posee una participación en una tercera sociedad C. En estos casos, el problema consiste en saber si la sociedad A puede computar en su crédito fiscal el impuesto pagado por C o si sólo el impuesto soportado por B. Se han producido hasta hoy dos sentencias importantes sobre la aplicación de la Directiva 435/90/CE: la sentencia sobre el caso *Denkavit* (Asunto C-291/94, *Denkavit*, ECR (1996) I-424), en que el Tribunal concluye que la aplicación del régimen de la directiva no exige como condición el transcurso previo del período mínimo de duración de la participación de capital; y la sentencia sobre el caso *Epson Europe Bv* (Asunto C-375/98, *Fazenda Pública v. Epson Europe Bv*, ECR (2000) I-424, en que el Tribunal establece el entendimiento de que la prohibición de aplicar retenciones a cuenta sobre los dividendos es extensible a cualquier tipo de gravamen.

Debe advertirse que, en la directiva mencionada, no se regula directamente el problema de la tributación de los beneficios primarios, sino solamente de los dividendos. Pero el régimen descrito supone una aceptación de que el Estado de la fuente, en la práctica, ostenta la primacía en lo que concierne a la tributación de los beneficios primarios. Habida cuenta de que, en el debate anterior a la aprobación de la directiva, se discutió si el coste de la eliminación de la doble imposición debería recaer sobre la jurisdicción de la residencia o debería repartirse dicho coste con el Estado de la fuente, se constata que la cuestión se decide en favor del Estado de la fuente, al establecer que el Estado de residencia es el que debe soportar la totalidad del coste de la eliminación de la doble imposición económica sobre los dividendos.

Si comparamos el régimen de la directiva con la norma que rige sobre el mismo asunto en el Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE), que se puede tomar como referencia de un sistema clásico de tributación internacional, se observa que los dos regímenes son parcialmente coincidentes. En ambos se confiere la primacía a la tributación de los beneficios primarios en la jurisdicción de la fuente. En este aspecto, por tanto, debemos concluir que la normativa europea adoptó el principio clásico, con la diferencia de que la normativa internacional no prevé la eliminación de la doble imposición económica de los dividendos, previendo por el contrario su tributación autónoma en el Estado de residencia.

La Directiva 434/90/CEE ²⁴⁶ relativa al régimen fiscal común aplicable a fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones versa el problema de la tributación de ganancias de capital en operaciones de reestructuración transfronterizas. El régimen establecido en la directiva es similar al que existe en muchos ordenamientos nacionales ²⁴⁷: los Estados prescinden de gravar las ganancias de capital puestas de manifiesto mediante la operación de reestructuración ²⁴⁸ en el momento de su realización, difiriendo la tributación hacia el momento de su realización final por la entidad adquirente del activo ²⁴⁹. La normativa no se ocupa directamente de la cuestión del reparto de la competencia tributaria. Su objetivo central es el de eliminar la tributación en el momento de la reestructuración, ya que esta tributación induce una desventaja para las operaciones de reestructuración transfronterizas. Al reparto de la competencia tributaria, la normativa lo deja a las reglas del Derecho internacional aplicables, sin perjuicio de que se desprenda del conjunto de sus reglas, el reconocimiento de una competencia para someter a tributación al Estado de la situación de los

²⁴⁶ DOCE núm. L 225 de 20.8.1990. La «Directiva fusiones», adoptada el 23 de julio de 1990, que preveía su transposición para los ordenamientos estatales hasta enero de 1992, tuvo como antecedente a una propuesta presentada por la Comisión en 1969. La directiva se ha adoptado con base en el artículo 100 del TCE que, como ya hemos visto, contiene un fundamento genérico para la armonización fiscal aplicable a todos los aspectos de los sistemas fiscales que tengan una «incidencia directa en el establecimiento o en el funcionamiento del mercado común». En el preámbulo, se justifica la necesidad de la medida por el principio de la neutralidad fiscal en la competencia, y su propósito es el de eliminar las desventajas que afectan a las operaciones de reestructuración empresarial transfronterizas en comparación con las operaciones internas.

²⁴⁷ La directiva «Fusiones» es aplicable a cuatro clases de operaciones: fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones. Para que la directiva sea aplicable, es necesario que la operación tenga carácter «comunitario», es decir, que estén implicadas sociedades de más de un Estado miembro. Sobre el régimen que se establece por la directiva *vide*, entre otros: FARMER, P. y LYAL, R., *op. cit.*, págs. 277 y ss.; MURAY, R. H. A., *op. cit.*

²⁴⁸ Artículo 5 de la directiva.

²⁴⁹ De hecho, la operación de reestructuración pone de relieve la existencia de una plusvalía, porque esta plusvalía ya existía, en estado latente, en la sociedad transmitente (VOGEL, K., *Taxation...*, *cit.*, pág. 12). A través de una norma como la referida, el Estado renuncia a gravar la plusvalía en el momento de la operación, pero la grava en el momento en que la misma pueda ser considerada realizada definitivamente, ya sea por la sociedad adquirente —cuando ésta enajene los activos— o por los accionistas —cuando éstos enajenen sus acciones— o en los dos momentos.

activos. Según el MCOCDE ²⁵⁰, y en virtud del principio del establecimiento permanente ²⁵¹, la ganancia tributará en el Estado de situación del activo, es decir, el Estado de la fuente ²⁵². También aquí, por consiguiente, la normativa europea descansa en lo esencial en los mismos principios válidos para la fiscalidad internacional clásica ²⁵³, pero se aparta de aquélla al prohibir la tributación de las ganancias en el momento de la operación de reestructuración.

Sobre el Convenio 436/90/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en el caso de corrección de los beneficios de las empresas asociadas ²⁵⁴, aprobado en la misma fecha de los actos anteriores, se resalta que no se trata de un verdadero acto de armonización, ya que su función no es de aproximar aspectos sustantivos de las legislaciones. No es, ni siquiera, un acto comunitario ²⁵⁵, es un tratado internacional, que regula, a la vez, un procedimiento de negociación bilateral voluntaria entre las administraciones tributarias de los Estados implicados respecto a la doble imposición y un procedimiento de arbitraje que tendrá lugar cuando el anterior no produzca resultados ²⁵⁶. Instituye, pues, un mecanismo de coordinación de la fiscalidad internacional entre los Estados miembros de la UE.

²⁵⁰ Artículo 13.

²⁵¹ XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 423; DOURADO, A. P., *A tributação...*, *cit.*, pág. 67.

²⁵² XAVIER, A., *op. cit.*, págs. 444-445.

²⁵³ Aunque se reconozca ser esta directiva un importante avance en la resolución de los problemas concernientes a las reestructuraciones societarias transfronterizas, subsisten en este ámbito algunos aspectos no totalmente resueltos (COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation...*, *cit.*, pág. 235). Una primera deficiencia generalmente achacada a la directiva está relacionada con el hecho de que su ámbito subjetivo de aplicación no cubre todas las formas jurídicas de entidades que pueden entrar en operaciones de reestructuración, ni siquiera todas aquellas entidades que son sujetos pasivos de impuesto sobre sociedades según las leyes de cada país. Quedan fuera de su ámbito, concretamente, las sociedades personalistas. Por otra parte, también algunos tipos de operaciones plantean dudas en cuanto a su inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa europea, como la transformación de establecimientos permanentes en filiales, cuando situados en un Estado miembro diferente del de la entidad principal; o la fusión o división de una sociedad *holding* de la que no resulte la creación de un establecimiento permanente en el Estado miembro de la empresa implicada; o la transferencia de dinero entre empresas de un mismo grupo. Los requisitos establecidos en las leyes nacionales como condición de aplicación del régimen de la directiva constituyen otro problema, ya que no sólo estos requisitos presentan gran diversidad entre sí, sino que algunos regímenes son bastante más restrictivos que otros; finalmente, algunas situaciones de doble imposición de plusvalías, así como la deducción de pérdidas entre las empresas implicadas, no están totalmente salvaguardadas por la directiva. Subrayamos que lo que acabamos de enumerar son insuficiencias apuntadas respecto al régimen de la directiva y que pueden perjudicar el balance financiero de una operación de reestructuración. No todos los aspectos descritos serán, necesariamente, fuente de distorsión fiscal. Así, por ejemplo, la imposibilidad de deducción de pérdidas de la empresa transferida por parte de la empresa adquirente (en una fusión) o la necesidad de mantener la titularidad de los activos durante un período mínimo tras la operación de reestructuración, no deben ser consideradas por sí mismas como fuentes de distorsión fiscal. Lo serán solamente cuando el tratamiento fiscal que resulta de dichas normas para una operación de reestructuración internacional sea más gravoso de lo que sería aplicable a una operación interna.

²⁵⁴ DOCE núm. L 225 de 20-8-1990.

²⁵⁵ El primer intento de encontrar una solución de coordinación para el problema de las correcciones unilaterales de los precios de transferencia a nivel europeo data de 1976. En esta fecha se presentó una primera propuesta de directiva orientada a establecer una comisión de arbitraje encargada de resolver las situaciones conflictivas que surjan en esta materia (Propuesta de directiva de 29-11-1976 concerniente a la eliminación de la doble imposición en el caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas, JOCE núm. C 301 de 21-12-1997). La razón alegada para el cambio en la forma jurídica para un convenio multilateral, aprobado con base en el artículo 220 del TCE (actual 293) ha sido que en este precepto del Tratado se preveía el establecimiento de negociaciones entre los Estados miembros «a fin de asegurar la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad». El argumento es dudoso, ya que muchas de las distorsiones fiscales que hemos visto existir en el campo de la imposición societaria y de capitales originan una doble imposición. La verdadera razón que se apunta para el cambio es más bien el deseo de los Estados de escapar al control jurisdiccional del TJCE en esta materia (en este sentido ESTEVE PARDO, M. L., *El impuesto...*, *cit.*, pág. 80).

²⁵⁶ Sobre el régimen del Convenio y su aplicación *vid.* GARCÍA PRATS, A. F., *Tributación...*, *cit.*, págs. 252-253.

Según el informe publicado por la Comisión en 2001 al que nos venimos refiriendo ²⁵⁷, el Convenio presenta varias deficiencias de carácter técnico ²⁵⁸ que impiden que en la actualidad este instrumento de coordinación fiscal cumpla cabalmente su finalidad ²⁵⁹. Pero además de esta clase de deficiencias, el Convenio no suprime la principal fuente de problemas relacionados con la naturaleza misma del mecanismo de los precios de transferencia. La incertidumbre resultante del carácter naturalmente impreciso de la determinación de precios de transferencia, sobre todo en la ausencia de «comparables» ²⁶⁰ es suficiente para crear un riesgo de doble imposición, asociado tanto a los mecanismos de corrección establecidos por los ordenamientos nacionales ²⁶¹, como al procedimiento de resolución de conflictos establecido en el «Convenio de Arbitraje» ²⁶².

En 1997 se aprobó por la Comisión Europea el «Paquete fiscal para hacer frente a la competencia fiscal perjudicial» ²⁶³. Se trata de un programa de armonización de la fiscalidad directa y, como su denominación indica, se enfatizan los problemas de competencia fiscal. La estrategia se asienta en el concepto de «competencia fiscal perjudicial», que significa que el objetivo de la acción comunitaria no es eliminar toda y cualquier competencia fiscal, sino el de garantizar que la competencia fiscal entre los Estados sea «sana» ²⁶⁴.

²⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Company Taxation...*, cit., págs. 255 y ss.

²⁵⁸ En el caso de corrección unilateral de beneficios, el Estado que efectúa la corrección exige, por regla general, el pago inmediato del impuesto correspondiente, sin que el «Convenio de arbitraje» prevea mecanismos de suspensión de la obligación de pago. En consecuencia, hasta que se produzca una solución del conflicto, el contribuyente se ve obligado a soportar la carga financiera de la doble imposición. Este problema se agrava cuando el mismo Estado que efectúa la corrección exige al contribuyente el pago de intereses relativos al período transcurrido desde la declaración de renta y pago voluntario hasta el momento de la corrección. Otro problema se relaciona con el hecho de que, cuando una de las empresas implicadas está sujeta, por la legislación de uno de los Estados competentes, a una «penalidad grave», los Estados no están obligados a iniciar el procedimiento de resolución de conflictos previsto por el convenio. Además, las situaciones que en los diversos ordenamientos pueden dar origen a una penalidad grave no están uniformizadas, lo que constituye un factor de incertidumbre para las empresas en cuanto a la posibilidad de poner en marcha un procedimiento de resolución voluntaria de los conflictos. Los problemas de interpretación del convenio son relevantes. No sólo las reglas del convenio resultan en ciertos aspectos poco claras, sino que también muchos de los conceptos empleados, como «empresa», «establecimiento permanente» o «empresa asociada» no están definidos por el convenio, debiendo ser interpretados de conformidad con los convenios bilaterales aplicables. Del mismo modo, el convenio adolece de falta de claridad con respecto a la tramitación del procedimiento de arbitraje (hasta hoy muy escasamente utilizado) y de los medios a utilizar en caso de incumplimiento del convenio por los Estados. Finalmente, se han planteado sucesivamente problemas con la dilación en el tiempo de la ratificación del convenio por parte de los Estados.

²⁵⁹ Razón probable por que el Convenio no se ha aplicado prácticamente hasta hoy (GARCÍA PRATS, A. F., *Tributación...*, cit., pág. 252).

²⁶⁰ NEWLON, T.S., *op. cit.*, pág. 215.

²⁶¹ Sobre los fundamentos jurídicos y la naturaleza del procedimiento de ajuste unilateral de precios de transferencia se puede ver ESTEVE, M. L., *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

²⁶² Sobre este punto observa GARCÍA PRATS, A. F., *Tributación...*, cit., pág. 253, que de forma reciente algunos Estados han decidido reforzar los mecanismos sancionadores ante el incumplimiento de la valoración de los precios de transferencia *at arm's length* y que «la previsión legal de sancionabilidad del incumplimiento de la valoración de las operaciones vinculadas a precios de transferencia permite congelar los efectos del convenio (...) y, en consecuencia, también la obligatoriedad de efectuar el ajuste correspondiente, con lo que se mitigan los efectos garantistas de dicha norma».

²⁶³ Sobre la formación y evolución de la estrategia Monti *vid.*, entre otros, MARTÍNEZ SERRANO, A., «La armonización del impuesto sobre sociedades: nuevas propuestas de la Comisión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214 (2002); GARCÍA NOVOA, C., «Pasado, presente y futuro de la fiscalidad de los mercados financieros», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214 (2002); GARCÍA DE LA CALLE, A., y SERRANO ANTÓN, F., «La supuesta necesidad de las medidas diseñadas contra la competencia fiscal lesiva y las iniciativas para su control», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214 (2002), págs. 38 y ss.

²⁶⁴ GARCÍA DE LA CALLE, A., y SERRANO ANTÓN, F., *op. cit.*, pág. 40.

A continuación del programa referido, se aprueba en el mismo año el Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas. No se trata de un instrumento con fuerza jurídica ²⁶⁵ sino de un mero compromiso político asumido por los Estados miembros ²⁶⁶, que pretende la eliminación de las disposiciones legales concernientes a la fiscalidad de las empresas «que afecten o puedan afectar de manera significativa a la localización de las actividades empresariales dentro de la Comunidad». Para el cumplimiento de dicho objetivo, los Estados miembros se obligan a abstenerse de introducir nuevas medidas fiscales perjudiciales, a revisar las disposiciones fiscales y prácticas vigentes, a fin de identificar aquellas que puedan clasificarse como lesivas y a dismantelar todas las medidas que efectivamente puedan estar en colisión con el Código. La aplicación del compromiso queda a cargo de un grupo de trabajo que permanentemente observa los ordenamientos nacionales a la luz de las reglas del Código y publica anualmente un informe sobre los mismos.

La segunda pieza del llamado paquete fiscal de 1997 es la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003 ²⁶⁷, en la que se establece un régimen armonizado para la tributación de las rentas del ahorro pagadas bajo la forma de intereses a personas físicas. El tema está relacionado con la problemática de la competencia fiscal perjudicial, por cuanto se trata de una clase de bases extremadamente móviles y sensibles a diferencias de carga tributaria ²⁶⁸, y que además ha sido, en los dos decenios pasados, objeto de una «desgravación» acentuada, motivada por la competencia fiscal entre los Estados miembros ²⁶⁹.

La Directiva tiene como objetivo principal instituir un sistema de intercambio de informaciones entre los Estados ²⁷⁰ que permita al Estado de residencia gravar este tipo de rentas. Éste se complementa con la obligación, para el Estado de la fuente, de una abstención de aplicación de retenciones a cuenta sobre los mismos rendimientos ²⁷¹. Se trata, pues, de un instrumento de armonización

²⁶⁵ Sin perjuicio del carácter no vinculante del «Código de conducta», varios autores llaman la atención para una posible coincidencia entre el ámbito del código y el de la disciplina de las ayudas de Estado que se contiene en el TCE. Para VANISTENDAEL, F., *Fiscal...*, cit., pág. 161, «(...) las medidas fiscales (previstas en el Código) han de ser evaluadas primariamente con base en los criterios que ya han sido establecidos en el marco del artículo 87. Los criterios enumerados en el Código de Conducta plantean la cuestión de si la pérdida de ingresos fiscales sufrida por un Estado diferente de aquel que ha introducido la medida fiscal favorable puede ser considerada como una subvención». La misma cuestión se discute por MARTÍN JIMÉNEZ, A., *El concepto...*, cit.

²⁶⁶ El Código de Conducta sobre la fiscalidad empresarial se incluye, pues, en la categoría de actos denominados como «soft law». Sobre el concepto y el significado del «soft law» en la armonización de la fiscalidad directa, vid. GRAU RUIZ, M. A. y HERRERA MOLINA, P. M., *op. cit.*, pág. 22. Sobre el Código de Conducta de la fiscalidad de las empresas, vid., entre otros, BOKOBO MOICHE, S., «Código de Conducta Fiscal en el ámbito de las empresas: la armonización de la imposición directa en la Unión Europea», *Crónica Tributaria*, 93 (2000); GARCÍA DE LA CALLE, A. y SERRANO ANTÓN, F., *op. cit.*, págs. 38 y ss.

²⁶⁷ DOUE núm. L 157, de 26-6-2003.

²⁶⁸ MARTÍNEZ PUJALTE, V. y BARREIRO FERNANDEZ, M. I., «Armonización fiscal», *Revista Valenciana de Hacienda Pública*, 33 (1998), pág. 128.

²⁶⁹ ZUBIRI ORIA, I., *La fiscalidad de los rendimientos del ahorro con movilidad del capital*, en La armonización fiscal en la Unión Europea, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), pág. 24; RODRÍGUEZ MORENO, R., *La armonización fiscal en el contexto de la Unión Económica y Monetaria*, en La armonización fiscal en la Unión Europea, Hacienda Pública Española – Monografías (1997), pág. 64.

²⁷⁰ Básicamente, el Estado de la fuente debe informar al Estado de residencia de los rendimientos pagados en concepto de rentas de ahorro en su territorio, a no residentes (art. 8 de la directiva).

²⁷¹ Artículo 11 de la directiva.

donde se conjugan dos enfoques fundamentalmente distintos. Por una parte, se instituye un mero procedimiento de cooperación entre las administraciones tributarias de cada Estado miembro, mientras, por otro, se establece una importante regla de reparto de las bases internacionales constituidas por rendimientos del ahorro, al estipular que compete en exclusiva al Estado de residencia el sometimiento a gravamen de estas rentas ²⁷². Se advierte que la segunda vertiente no podría instituirse sin la primera. El sistema de cooperación administrativa para el intercambio de informaciones es la fórmula que permite aplicar en la práctica un principio de residencia en la tributación de este tipo de rentas, que de otra forma no llegaría al conocimiento de la administración tributaria del Estado de residencia.

La tercera pieza del «paquete fiscal» de 1997 es el régimen fiscal relativo a los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas, aparecido en la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003 ²⁷³. En sus líneas fundamentales, la directiva realiza la abolición de todo gravamen por parte del Estado de la fuente sobre intereses y cánones, satisfechos por una sociedad o establecimiento permanente a otra sociedad o establecimiento permanente, localizados en otro Estado miembro ²⁷⁴. Se está, por tanto, una vez más, ante un acto legislativo comunitario que regula el reparto internacional de un componente de bases interjurisdiccionales, formadas por beneficios societarios. También en este caso, la regla de reparto consiste en atribuir la tributación, en exclusiva, a la jurisdicción de residencia.

En las dos directivas mencionadas, en cuanto a la regla de reparto de la competencia tributaria adoptada, que atribuye la jurisdicción tributaria en exclusiva al Estado de residencia, también se verifica una total adhesión a las reglas de tributación internacional clásicas. Según el MCOCDE ²⁷⁵, los intereses deben tributar preferentemente en el Estado de residencia de su beneficiario. Pero se reconoce al Estado de la fuente la posibilidad de gravar también dichas rentas, con un límite cuantitativo de 10 por 100 del respectivo valor, admitiendo por regla, la subsistencia de un cierto grado de doble imposición.

2. El modelo de tributación internacional de beneficios y capitales de la UE según los actos armonizadores aprobados.

El análisis de los actos armonizadores aprobados permite extraer algunas líneas de desarrollo de un futuro sistema europeo de tributación de los beneficios societarios y de los capitales. Resulta, desde luego, evidente que los Estados europeos, en el momento actual, rechazan un sistema de neutralidad en la exportación de capitales, basado en una preferencia por el principio de la residencia en la tributación de los beneficios societarios.

²⁷² Este principio se afirma expresamente en el artículo 1, punto 1: «El objetivo final de la presente Directiva consiste en permitir que los rendimientos del ahorro en forma de intereses pagados en un Estado miembro a los beneficiarios efectivos, que son personas físicas residentes fiscales en otro Estado miembro, pueden estar sujetos a imposición efectiva de conformidad con la legislación de este último Estado miembro.

²⁷³ DOUE núm. L 157, 26-6-2003.

²⁷⁴ artículo 1, punto 1 de la Directiva, según el cual: »Los pagos de intereses y cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos (ya sean recaudados mediante retención a cuenta o mediante estimación de la base imponible) en dicho Estado de origen, siempre que el beneficiario efectivo de los intereses o cánones sea una sociedad de otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad de un estado miembro.

²⁷⁵ Artículo 11.

Por el contrario, las medidas adoptadas hasta el momento actual, apuntan más bien en el sentido de una elección preferente por el principio de la fuente ²⁷⁶ en la tributación de los beneficios primarios. Ello se infiere en particular del régimen acogido en la Directiva 435/90/CEE, relativa al régimen fiscal común sobre matrices y filiales, al consagrar la obligación para los Estados de que eximan del impuesto a los dividendos recibidos por empresas residentes de filiales extranjeras o que, como alternativa, graven dichas rentas mediante la concesión de un crédito de impuesto equivalente al impuesto soportado en el Estado de la fuente ²⁷⁷. De hecho, en cualquiera de las dos modalidades, la capacidad recaudatoria del Estado de residencia resulta seriamente afectada, ya que el coste financiero de la eliminación de la doble imposición queda totalmente a su cargo ²⁷⁸.

En cuanto a las rentas pasivas, como se vio con relación a las Directivas 2003/48/CE y 2003/49/CE, su tributación se reserva preferentemente al Estado de residencia. Pero ello no supone un detrimento de la preferencia sobre el principio de la fuente, sino que también en este aspecto se observa una adhesión del sistema europeo a los principios clásicos de la tributación internacional ²⁷⁹.

La tributación de las rentas pasivas en el Estado de residencia significa que el régimen fiscal actual no se ha encauzado, tampoco, por la vía del sistema de neutralidad en la importación de capitales, ya que las rentas pasivas generadas en una misma jurisdicción quedarán sujetas a diferentes tipos de gravamen. Lo mismo se infiere del régimen de la Directiva «Matrices y filiales» al dejar abierta la posibilidad de que el Estado de residencia grave los dividendos de fuente externa, aplicando un mecanismo de crédito de impuesto.

Por otra parte, resaltamos que los actos armonizadores aprobados hasta la fecha actual, tienen su ámbito de aplicación limitado a los aspectos de la fiscalidad internacional sobre sociedades y capitales, no afectando a los ordenamientos nacionales en lo concerniente a la fiscalidad de las bases puramente internas. Son, por tanto, ejemplos de aquella categoría de actos armonizadores destinados a regular «situaciones de fiscalidad internacional» en el ámbito europeo, prescindiendo de uniformar, al menos de forma directa, los ordenamientos nacionales en lo que concierne a la regulación material de aspectos de la fiscalidad interna ²⁸⁰. También en este aspecto, el sistema actual traduce un rechazo del modelo neutralista de Neumark.

²⁷⁶ En el sentido de que la regla de la responsabilidad del país de residencia por eliminar la doble imposición internacional significa una preferencia por el principio de la fuente, RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 43. También para XAVIER, A (*op. cit.*, pág. 503) el sistema de exención por una jurisdicción significa la exclusión de su competencia, o el reconocimiento de la competencia exclusiva de la otra jurisdicción en concurso.

²⁷⁷ La regla según la cual la eliminación de la doble imposición internacional cabe al Estado de residencia, es un principio tradicional del Derecho tributario internacional (XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 501; y RUBIO GUERRERO, J., *op. cit.*, pág. 43).

²⁷⁸ PEÑA ÁLVAREZ, F., *La fiscalidad internacional desde la perspectiva de la teoría de la Hacienda Pública*, en CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2001, pág. 27.

²⁷⁹ Vid. Por ejemplo, LUCAS DURÁN, M., *op. cit.*, págs. 337 y ss.

²⁸⁰ Ello no significa que una armonización según esta modalidad no tenga repercusiones en los aspectos internos de los sistemas fiscales, es decir, en la tributación de las rentas puramente internas. Aténtese, a este respecto, en el abandono de los métodos de imputación para eliminar la doble imposición económica, y la adopción en su sustitución de métodos clásicos o de exención.

Se señala además que los actos armonizadores aprobados, como la Directiva «Matrices y filiales» y la Directiva «Fusiones», no regulan totalmente el reparto de competencias tributarias entre los Estados, sino que se conectan con el sistema de convenios vigentes para ese fin. Así, la competencia para la tributación de los beneficios primarios o de las ganancias de capital no registra cambio alguno hasta la actualidad, siguiendo rigiéndose por las normas de Derecho internacional aplicables.

Ya por otra parte, el sistema fiscal europeo actual se aparta de las reglas clásicas de la tributación internacional en lo que se refiere a eliminar las diferencias de trato sobre las operaciones de carácter internacional que ocasionan restricciones al ejercicio de las libertades de circulación, sean estas diferencias de trato basadas en la nacionalidad, en la residencia o en la localización de las inversiones. Un primer ejemplo de ello es la Directiva «matrices y filiales», en la que se opera una eliminación total de la doble imposición económica, de tipo internacional, sobre los dividendos distribuidos entre sociedades vinculadas. El mismo objetivo se encuentra en las Directivas 2003/48/CE del Consejo y 2003/49/CE del Consejo, sobre intereses y cánones. Otro ejemplo es la Directiva «Fusiones», en la que se eliminan las diferencias de trato fiscal que producen una desventaja para las operaciones de reestructuración internacionales. Antes de la entrada en vigor de la directiva, las diferencias de trato en los ordenamientos estatales podrían estar conectadas bien con la residencia de la entidad adquiriente, bien con la situación de los activos transmitidos, dando origen a que, en estos supuestos, no se aplicasen las reglas del Estado respecto a la neutralidad fiscal de las operaciones. En los dos casos se trató, por tanto, en el actual sistema comunitario de fiscalidad directa, de conciliar los principios fundamentales de reparto de la competencia tributaria del Derecho internacional, con los principios de no discriminación y de no restricción.

Antes de poder concluir que esta fórmula de compromiso será la línea que marcará la evolución futura del sistema europeo de fiscalidad sobre los beneficios y los capitales, falta mencionar dos importantes problemas que quedan por solucionar. Uno de ellos es el de la doble imposición sobre los dividendos, en general, por su influencia en la carga fiscal final sobre las inversiones y por la virtualidad que tiene sobre la localización de los capitales más móviles²⁸¹, problema este que ha estado desde siempre en el núcleo de las preocupaciones comunitarias sobre la imposición de beneficios²⁸². Durante décadas, las instituciones comunitarias han insistido en un sistema de integración común²⁸³ y, aunque no se haya logrado este objetivo por vía de armonización legislativa, durante las décadas de los 70 y los 80, varios países han cambiado sus legislaciones para adoptar el sistema

²⁸¹ CHOWN, J., *Monetary...*, cit., págs. 106.

²⁸² APARICIO PÉREZ, A., ALVÁREZ GARCÍA, S. y ARIZAGA JUNQUERA, M. C., *op. cit.*, pág. 71; CALLE SAIZ, R., *La armonización fiscal...*, cit., pág. 80; CAYON GALIARDO, A., FALCÓN y TELLERÍA, R., y DE LA HUCHA CELADOR, F., *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el sistema tributario español: incidencia y convergencia*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, págs. 583 y ss. Sobre La problemática de la armonización de los sistemas de atenuación de la doble imposición sobre dividendos *vid.* también LUPO, A., «Reliefs from economic double taxation on EU dividends: impact of the baars and Verkooijen cases», *European Taxation*, Julio 2000

²⁸³ El Comité Neumark ya se ocupó de esta cuestión, concluyendo con la recomendación de que se adoptara al nivel de la Comunidad, como sistema común, el sistema de doble tipo. Pocos años después, un grupo de trabajo específicamente encargado de estudiar el problema de la imposición de los dividendos, presidido por el holandés *van den Temple*, concluía que la solución más adecuada a un buen funcionamiento del mercado común sería un modelo de tipo clásico, por su sencillez en el plano de su aplicación a las operaciones internacionales. En 1975 la Comisión, de forma un poco sor-

de imputación²⁸⁴. Pero desde entonces empezó a verificarse un movimiento inverso, de tal forma que se puede decir que, en la actualidad, la UE está abandonando el sistema de imputación²⁸⁵. De este modo, se logra solucionar el problema de una aplicación discriminatoria y, por tanto, incompatible con los Tratados, de los mecanismos de doble imposición económica. Pero la solución consiste en no eliminar la doble imposición económica en ningún supuesto, incluso en las rentas puramente internas. Se tiene, por consiguiente, en la actualidad, un sistema igualitario de tributación de dividendos, pero no se tiene un sistema de eliminación de la doble imposición económica de dividendos.

El segundo problema que sigue sin solución se refiere a la deducción de pérdidas transfronterizas. Hemos visto con anterioridad que, a la luz de la jurisprudencia del TJCE, pueden ser incompatibles con el Derecho comunitario las disposiciones de los ordenamientos tributarios que limitan el perímetro de consolidación fiscal a las entidades situadas en el territorio de un mismo Estado, al abrigo del principio de territorialidad. Pero una extensión de los mecanismos de consolidación es difícilmente compatible con el principio de territorialidad. Dada la íntima conexión existente entre el principio de territorialidad y el principio de la fuente, ello equivaldría a decir que la deducción de pérdidas transfronterizas difícilmente se ajusta a un sistema de tributación de las bases interjurisdiccionales asiente en la tributación en la fuente, de los beneficios primarios situados fuera de su territorio²⁸⁶.

El problema de conciliar la deducción de pérdidas con la tributación en la fuente es bastante similar a lo que vimos que se producía con relación al tema de la doble imposición de dividendos. Si el Estado de residencia permite que la sociedad residente deduzca de sus beneficios las pérdidas sufridas por una filial residente en otro Estado, los beneficios obtenidos por dicha filial en un período posterior habrán de gravarse igualmente por el Estado de residencia de la entidad principal. De lo contrario, una parte de las bases imponibles se estaría transfiriendo desde el Estado de residencia hacia el país de la fuente²⁸⁷.

pendente habida cuenta de los antecedentes mencionados, presentó una propuesta de directiva que intentaba armonizar varios aspectos del impuesto sobre sociedades, entre los cuales se proponía la adopción como sistema común europeo del sistema de imputación, siguiendo al sistema francés de entonces.

²⁸⁴ CAYÓN GALIARDO, A., FALCÓN y TELLA, R., DE LA HUCHA CELADOR, F., *op. cit.*, pág. 596. Si en 1972 solamente Francia y Bélgica tenían sistemas de imputación con crédito de impuesto, en 1987, de los 12 países comunitarios, nueve aplicaban el sistema de imputación [CERDÁ APARICIO, J. y GARCÍA BENAÚ, M. A., «Armonización comunitaria del Impuesto sobre Sociedades», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 118 (1993), pág. 47]. Para el año 1993, los autores señalan ocho países aplicando el sistema de imputación, de los cuales está excluido Portugal. En realidad, Portugal ha adoptado un sistema de imputación en 1988. Los restantes países sin sistema de imputación en 1993 eran Grecia, con un sistema de exención total de los beneficios distribuidos en impuesto de sociedades, Holanda y Luxemburgo, ambos con sistema clásico.

²⁸⁵ Hasta el momento actual, Austria, Alemania, Portugal, Irlanda, Bélgica, Dinamarca y Reino Unido han abandonado el sistema (el Reino Unido ha abandonado el sistema de imputación *de facto* desde 1999, aunque nominalmente lo mantenga bastante reducido (CLEAVE, B., LEEGAARD, T. y LAWRENCE, N., «United Kingdom», en *The Taxation of Companies in Europe*, IBFD, Ámsterdam, 2002).

²⁸⁶ XAVIER, A., *op. cit.*, pág. 422. Este autor designa la referida regla como «principio del establecimiento permanente», que surge como una excepción al principio de residencia, consagrando una competencia cumulativa del Estado de la fuente, pero únicamente si en su territorio se encuentra instalado un establecimiento permanente y sólo en la medida en que los beneficios resulten imputables a ese establecimiento.

²⁸⁷ VANISTENDAEL, F., *Tax revolution...*, *cit.*, pág. 6, alude al problema de que los Estados miembros de la UE, al intentar poner en práctica un sistema de consolidación o de compensación de pérdidas entre empresas asociadas en términos igualitarios para residentes y no residentes, se enfrentan a la posibilidad de pérdida sustancial de rendimiento.

Un segundo orden de problemas en la institución de la deducción de pérdidas transfronterizas está relacionado con la determinación de las pérdidas. Habida cuenta de las diferencias existentes entre las diversas legislaciones tributarias respecto de las reglas de determinación de la base, es posible que los valores de las pérdidas difieran significativamente de un ordenamiento al otro, o incluso que a una pérdida computada en un ordenamiento le corresponda un resultado positivo en otro ordenamiento. Esta diversidad no tendría consecuencias importantes si estuviéramos en presencia de un sistema puro de tributación en la residencia. Pero en un sistema como el actual, que combina los principios de residencia y de la fuente, la deducción de pérdidas transfronterizas sólo podría efectuarse mediante un sistema coordinado de reparto de las bases, y esto exigiría, como condición de coherencia, algún grado mínimo de armonización de las reglas de determinación de la base imponible ²⁸⁸.

En la propuesta de directiva presentada por la Comisión en 1991 ²⁸⁹, relativa a un sistema de deducción de pérdidas en grupos multinacionales, se preveían dos métodos alternativos para el tratamiento de las pérdidas sufridas por establecimientos permanentes ²⁹⁰. Según el primer método, apropiado para los Estados que aplicasen un sistema de imputación para la atenuación de la doble imposición de dividendos, la totalidad de los beneficios y pérdidas obtenidos por un establecimiento permanente serían agregados al beneficio gravable de la entidad principal, concediendo el Estado de residencia un crédito por el impuesto soportado en la fuente. Cuando, tras un período o varios períodos sucesivos de pérdidas, el establecimiento empezase a registrar beneficios, se preveía la «reversión del crédito», mediante la cual se permitía que el Estado de residencia (de la entidad principal) reincorporase las pérdidas deducidas. A través del segundo método, adecuado para los Estados miembros que aplicasen un sistema de exención de las rentas de fuente exterior, las pérdidas sufridas por el establecimiento serían deducidas del beneficio gravable de la entidad principal, reduciendo el impuesto en el Estado de residencia, pero los beneficios registrados por el mismo en períodos posteriores tributarían exclusivamente en el Estado de residencia, hasta el valor de las pérdidas deducidas anteriormente (deducción seguida de reincorporación). En cuanto a las pérdidas sufridas por filiales, este último método sería el único disponible. Vemos, pues, que el sistema propuesto en 1991 lograba solucionar el problema de la deducción de pérdidas interjurisdiccionales a costa de una concesión al principio de tributación en la residencia de las rentas transfronterizas.

Para que un sistema de consolidación internacional sea compatible con un sistema basado en la primacía de la tributación en la fuente, es necesario que la base consolidada se cuantifique utilizando unas reglas comunes. Éstas pueden ser las del ordenamiento jurídico del Estado de residencia de la entidad principal; las de cualquier otro ordenamiento estatal de uno de los Estados impli-

²⁸⁸ Ésta fue la razón que llevó al Parlamento Europeo a no pronunciarse sobre la propuesta de directiva presentada por la Comisión en 1975.

²⁸⁹ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un sistema de imputación de pérdidas de establecimientos permanentes y filiales situadas en otros Estados miembros, COM/90/595 Final, DOCE núm. C 53, 28-2-1991.

²⁹⁰ Esta información se ha tomado de ESTEVE PARDO, M. L., *El impuesto...*, cit., págs. 81 y ss. Un comentario se puede también ver en MURAY, R. H. A., *European direct tax harmonization – progress in 1990*, *European Taxation*, Vol. 31- 3 (1991), pág. 84.

cados en el grupo de sociedades; o finalmente un sistema de reglas comunes especialmente aprobadas al efecto ²⁹¹. Hemos visto que cualquiera de estos sistemas implicará la eliminación de una tributación autónoma de los establecimientos permanentes y de las filiales.

El sistema de reparto de las bases puede, sin embargo, no sufrir una alteración relevante, si la fórmula de reparto elegida se basa en los criterios actuales, es decir, si la determinación de los beneficios se sigue efectuando con base en el sistema de la contabilidad separada y si la afectación de las bases a cada jurisdicción se sigue efectuando según el mismo principio.

Finalmente, respecto al grado de aproximación legislativa que puede resultar de tal sistema, habrá que distinguir entre diferentes situaciones. Un sistema como el *home state taxation*, en el que la determinación de la base se hace según las reglas del país de residencia de la entidad principal, implicará un grado de armonización mínimo, en la línea que hemos venido exponiendo, de armonización limitada a los aspectos de la fiscalidad internacional. Otros métodos, que impliquen la elaboración y aprobación de un grupo de reglas común para la determinación de la base (como sucede en el caso de los sistemas del «impuesto europeo de sociedades», de la «base común consolidada», o de «la base armonizada única obligatoria»), y aunque tales reglas sólo se vayan a aplicar a los grupos multinacionales, tendrán como efecto que los Estados dejarán de poder aplicar sus propios sis-

²⁹¹ En su estudio *Company Taxation in the Internal Market*, que venimos citando, la Comisión Europea propone cuatro sistemas alternativos para una base consolidada: a) Un impuesto sobre sociedades europeo (este sistema se conoce como EUCIT, *European Corporate Income Tax*). Sería un impuesto de sociedades común, a ser definido a nivel de la UE. Este impuesto no se destinaría a sustituir los impuestos de sociedades nacionales, sino que debería coexistir con ellos. Sí tendría un ámbito de aplicación específico –sería por ejemplo aplicable solamente a las empresas que tuviesen actividades internacionales– o funcionaría como un impuesto adicional al impuesto de sociedades de cada Estado. El principal mentor de este sistema es PLASSCHAERT, S., «An EU tax on consolidated profits of multinational enterprises», *European Taxation*, núm. 1 (1997); b) El *home state taxation*: este segundo sistema, la Ley del Impuesto de sociedades del Estado de residencia (*home state*), sería aplicable a las sociedades residentes, bien como a todas sus filiales y a todos sus establecimientos permanentes, con independencia de su localización, pero solamente a efectos de determinación de la base. La base así determinada sería en seguida repartida entre la sociedad matriz, sus filiales y sus establecimientos permanentes localizados fuera de la jurisdicción de la residencia y cada fracción sería gravada por la respectiva jurisdicción de la fuente. Una variante consiste en apurar la cuota también según la Ley del Estado de residencia (es decir, aplicando el mismo tipo de gravamen a toda la base) y distribuir en seguida la cuota liquidada por los diferentes Estados de la fuente. El problema magno de esta fórmula reside en definir los criterios de división, ya sea de la base, ya sea del impuesto entre los diferentes Estados implicados. Los principales defensores de esta propuesta han sido LODIN y GAMMIE. De los autores, sobre este tema, *vid.* por ejemplo, LODIN, S.-O., y GAMMIE, M., *Home State Taxation*, IBDF, Ámsterdam, 2001; Para una crítica del sistema, *vid.* SANZ GADEA, E., *Aspectos... (II)...*, *cit.*, págs. 21 y ss.; y *Aspectos... (III)...*, *cit.*, pág. 36. c) Base común consolidada: esta fórmula significaría que los grupos de empresas serían tratados como una única entidad, englobando ésta la sociedad matriz, todos los establecimientos permanentes y todas las filiales ubicadas en la UE. Pero a diferencia del sistema de *home state taxation*, en este caso no se aplicaría un sistema nacional sino un régimen común, es decir, unas reglas creadas a nivel europeo para determinación de una base consolidada. Las empresas podrían optar por tributar según el sistema común o no. Determinada la base consolidada, sería preciso dividir la base entre los Estados y, una vez dividida la base entre los Estados, cada uno aplicaría un tipo establecido de forma autónoma. En España, SANZ GADEA ha sido un defensor de este sistema (*Aspectos... (II)...*, *cit.*); d) Una base armonizada única obligatoria: esta fórmula consistiría en una Ley comunitaria que establecería las reglas para la determinación de la base y se aplicaría a todas las empresas, multinacionales o nacionales. Implicaría consolidación de la base y necesitaría también una fórmula adicional de división de la base entre las jurisdicciones. Para una revisión de estas fórmulas, BOND, S., CHENNEL, L., DEVEREUX, M.P., GAMMIE, M. y TROUP, E., «Armonización de los Impuestos sobre Sociedades en Europa: Guías para un debate» (traducción de CASERO BARRÓN, R.), *Noticias de la Unión Europea*, núm. 208 (2002).

temas, respecto a un conjunto importante de supuestos. Algunos de ellos no formarán parte de la llamada fiscalidad internacional, sino que se incluirán en el campo de la fiscalidad interna. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la determinación de los beneficios de una empresa parte de un grupo, pero cuya actividad se ejerce de modo totalmente autónomo y con un ámbito territorial limitado a las fronteras de un único Estado. A nuestro juicio, en este caso se estará abandonando el campo de la mera armonización de la fiscalidad internacional, para entrarse en el campo de la armonización de la fiscalidad interna.

V. EPÍLOGO

Si la armonización de la fiscalidad directa tiene en el Tratado, como único fundamento jurídico, la necesidad de eliminar los obstáculos colocados por la fiscalidad directa al funcionamiento del mercado común, ello significa que el campo de actuación de la armonización de la fiscalidad directa no es ilimitado, sino que se ciñe a los aspectos particulares de la imposición que perjudiquen el funcionamiento del mercado común. Para caracterizar la relación que se establece entre fiscalidad directa y mercado común, a los fines referidos de delimitar el campo de actuación del artículo 94 TCE, el principio de neutralidad fiscal no se muestra adecuado. El concepto de neutralidad en la exportación de capitales, por muy explicativo que sea en el campo hacendístico, no posee objetividad suficiente como para servir de criterio jurídico para toda una acción comunitaria, cuando la legitimidad de esta acción depende, en virtud del principio de atribución de competencias, de que se pruebe su necesidad y su adecuación para el perfeccionamiento del mercado común. El concepto operacional para esta delimitación hay que buscarlo en la noción de obstáculo, que es la prevista en el artículo 94 del TCE.

Constatamos, sin embargo, la existencia de diferentes clases de obstáculos, la principal distinción refiriéndose al hecho de un obstáculo estar o no estar asociado con una situación de vulneración de una norma comunitaria con efecto directo. Así es porque el Derecho comunitario realiza, en muchas de sus normas referentes a las libertades de circulación, una juridificación del concepto de obstáculo al funcionamiento del mercado común, a través de los principios de no discriminación y de no restricción. En esas disposiciones se contienen verdaderas normas de conducta, de efecto directo, susceptibles de ser aplicadas por los tribunales a petición de los particulares. Al poseer efecto directo, ellas permiten una acción correctora sobre los ordenamientos estatales que no tiene parangón en ningún otro contexto de organización internacional.

Un dilema fundamental de la fiscalidad internacional europea es cómo conciliar el mantenimiento de un sistema de reparto internacional de bases imponibles, basado en los principios de residencia y de territorialidad, con los principios de no discriminación y de no restricción, teniendo en cuenta la extensión con que dichos principios vienen siendo definidos por el TJCE. Una realización plena de los principios de no discriminación y de no restricción, al colisionar con los principios de territorialidad y de residencia, supone la necesidad de abandonar el actual sistema de fiscalidad internacional en la UE, y de su sustitución por otro sistema, asentado en unas bases totalmente nuevas.

Esto no se ha logrado todavía a través de las medidas armonizadoras vigentes hasta el momento actual. Los actos de armonización aprobados están todos ellos dirigidos a eliminar diversas formas de doble imposición de fuente internacional. Son instrumentos muy próximos a un convenio internacional clásico, no afectando a la fiscalidad puramente interna de los Estados. Pero la compatibilidad del sistema fiscal europeo con las libertades de circulación exige ir más lejos. Ya que dicha compatibilidad constituye un imperativo jurídico, siempre que no se realice a través de una armonización legislativa llevada a cabo por las instituciones comunes, se realizará a través de una integración negativa. Un buen ejemplo de ello se puede observar en los mecanismos de eliminación de la doble imposición económica sobre los beneficios que en algunos Estados miembros, se han visto seriamente afectados por la acción del TJCE, debido a que operaban de modo discriminatorio. En consecuencia, en la mayoría de los ordenamientos se han introducido modificaciones unilaterales que comportaron la supresión de cualquier mecanismo de eliminación de la doble imposición. Otro campo de incompatibilidad está formado por la problemática de la deducción de pérdidas transfronterizas, en el que, sin embargo, todavía no se ha desencadenado un proceso similar de armonización. Mientras no se defina una línea para conciliar, en este tema, los principios de no discriminación y de no restricción con el principio de equidad en el reparto de las bases imponibles, no se habrá definido el rumbo de la tributación de las sociedades y de los capitales en la UE.

BIBLIOGRAFÍA

Además de la bibliografía referenciada en las notas a pie de página, la autora ha consultado:

APARICIO PÉREZ, A., ÁLVAREZ GARCÍA, S. y ARIZAGA JUNQUERA, M. C. [2000], *La fiscalidad en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo.

CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2001], «La armonización jurisprudencial de la imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad», en CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, págs. 657-751.

CASADO OLLERO, G. [1983], *Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado CEE*, Civitas REDF, 38, págs. 197-233.

CHOWN, J. [1992], «Comentario al Informe Ruding», *Hacienda Pública Española, Monografías*, 2, págs. 259-267.

CNOSSEN, S. y BOVENBERG, A. L. [1992], *A better alternative*, in BOVENBERG, CNOSSEN, VANISTENDAEL y WESTENBURGEN, *Harmonization of company taxation in the European Community: some comments on the Ruding Committee Report*, Kluwer, Deventer, págs. 33-46.

- CORONA RAMÓN, J. F. y VALERA, F. [1989], *La armonización fiscal en la Comunidad Europea*, Editorial Ariel, Barcelona.
- FARMER, P. y LYAL, R. [1994], *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford.
- GARCÍA FRÍAS, A. [1996], «La necesaria armonización de la tributación de las personas físicas no residentes a la luz de la jurisprudencia del TJCE», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 242 (separata), págs. 1019-1047.
- HELMINEN, M. [2000], «Dividend equivalent benefits and the concept of profit distribution of the EC Parent-subsidiary Directive», *EC tax Review*, Vol. 9, núm. 3, págs. 161-171.
- KRAUSS, M. [1971], *The «tax harmonization problem» in free trade areas and common markets*, The Manchester School, 2, págs. 71-82.
- PLASSCHAERT, S. [2002], *The EU Consolidated Income Tax revisited*, paper núm. 670 (1), CESifo, Munique.
- VANISTENDAEL, F. [1992], «Comments on the Ruding Committee Report», *EC Tax Review*, 1, págs. 3-13.
- [1993], «Some Basic Problems on the Road to Tax Harmonization», *European Taxation*, pág. 22-24.
 - [2000], «Fiscal Support measures and harmful tax competition», *EC Tax Review*, 3, págs. 152-161.
 - [2000], «Tax revolution in Europe: the impact of non-discrimination», *European Taxation*, vol. 40, núm. 1/2, págs. 3-7.

TRIBUTACIÓN	RELACIONES ENTRE EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO Y LA LEY 49/2002, DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO ¹	Núm. 2/2005
-------------	---	----------------

ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY

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

Extracto:

EL presente estudio tiene como objeto hacer referencia a las relaciones que existen entre la Ley 49/2002, del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos, y el régimen del IVA para las entidades no lucrativas. En concreto, se estudiarán las condiciones de acceso al régimen que ambas normas regulan y las contradicciones injustificadas que se ponen de manifiesto en ambos tributos, la similitud que hay entre las exenciones del IVA y las del Impuesto sobre Sociedades de la Ley 49/2002 y si es posible emplear en ambas normas los mismos argumentos de interpretación, así como la que existe entre la prorrata especial y la determinación de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades. Y, en especial, se hará referencia a los convenios de colaboración, única referencia en toda la Ley 49/2002 que afecta al IVA.

¹ La aplicación del IVA en las entidades no lucrativas lo estudiamos con detenimiento en una monografía que se publicó en el año 2002 [*El IVA en las entidades no lucrativas (Cuestiones teóricas y casos prácticos)*, Centro de Estudios Financieros-Confederación Española de Fundaciones, Madrid]. Algunos de los temas que se tratarán se han estudiado con profundidad en dicha obra y a la misma remitimos para un análisis en detalle. El presente artículo se limita a hacer mención a las relaciones entre la LIVA y la nueva Ley 49/2002.

Sumario:

1. Condiciones de acceso al régimen de la Ley 49/2002 y la condición de establecimientos de carácter social en el IVA.
 - a. Exención rogada *versus* exención automática. La posibilidad de renunciar a la exención.
 - b. El carácter no lucrativo de las entidades que pueden someterse a la Ley 49/2002 y a la Ley del IVA.
 - c. La coincidencia del objeto de las explotaciones económicas con el objeto de las entidades no lucrativas.
 - d. El hecho de que los patronos o representantes no deben ser los destinatarios principales de las prestaciones.
 - e. La gratuidad de los representantes legales y de los patronos.
2. Los convenios de colaboración y el IVA.
3. Exenciones en la Ley 49/2002 y las exenciones de la LIVA.
4. El concepto de actividades accesorias o auxiliares del artículo 7.11 de la Ley 49/2002 y su vinculación con el IVA.
5. Determinación de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades; su similitud con la regla de prorata.

Bibliografía.

1. CONDICIONES DE ACCESO AL RÉGIMEN DE LA LEY 49/2002 Y LA CONDICIÓN DE ESTABLECIMIENTOS DE CARÁCTER SOCIAL EN EL IVA

La Ley 49/2002 ha establecido una serie de requisitos para poder acogerse al régimen privilegiado de tributación y del mecenazgo (art. 3). De la misma forma, la LIVA exige una serie de condiciones a las entidades no lucrativas para poder acogerse a las exenciones por servicios sociales, culturales y deportivos de la LIVA. En concreto, el artículo 20.Tres de la LIVA dispone que:

«A efectos de lo dispuesto en este artículo, se considerarán entidades o establecimientos de carácter social aquellos en los que concurran los siguientes requisitos:

- 1) Carecer de finalidad lucrativa y dedicar, en su caso, los beneficios eventualmente obtenidos al desarrollo de actividades exentas de idéntica naturaleza.*
- 2) Los cargos de presidente, patrono o representante legal deberán ser gratuitos y carecer de interés en los resultados económicos de la explotación por sí mismos o a través de persona interpuesta.*
- 3) Los socios, comuneros o partícipes de las Entidades o establecimientos y sus cónyuges o parientes consanguíneos, hasta el segundo grado inclusive, no podrán ser destinatarios principales de las operaciones exentas ni gozar de condiciones especiales en la prestación de los servicios.*

Este requisito no se aplicará cuando se trate de las prestaciones de servicios a que se refiere el apartado uno, números 8 y 13 de este artículo».

Como veremos, una entidad de carácter social a los efectos del IVA es posible que no pueda acogerse a la Ley 49/2002. Sin embargo, una entidad que tributa al amparo de la Ley 49/2002 normalmente sí podrá acogerse a exención del IVA ². En el presente apartado vamos a analizar los puntos de encuentro y desencuentro de ambos sistemas ³.

² Como hemos señalado, lo normal es que una entidad de la Ley 49/2002 cumpla los requisitos para poder ser considerada un establecimiento de carácter social. Pero, sin embargo, también es posible que cumpliéndose los requisitos para estar en la Ley 49/2002 se incumplan los del artículo 20.Tres. Vide, para más detalle, BLÁZQUEZ LIDOY (2002, págs. 109 y ss). En contra se pronuncia RUIZ GARIJO (2004, pág. 48) para quien una entidad de la Ley 49/2002 podrá ser considerada como entidad de carácter social.

³ Sin embargo, el reconocimiento de entidad de carácter social en el IVA no es un concepto aislado del resto del ordenamiento. Así, en la STJCE de 10 de septiembre de 2002 (KLÜGER, C-141/00) (*Normacef Fiscal*, NFJ013035), donde se hace referencia a la aplicación directa del artículo 13.A.1(g), exenciones de prestaciones sociales, se señala que para ver si una entidad es de carácter social en el IVA las autoridades de cada país podrán tomar en consideración la existencia de disposiciones específicas, tanto nacionales como regionales, legales o de carácter administrativo, fiscales o de seguridad social, que reconozcan a dichas entidades exenciones comparables por las mismas actividades que realiza la demandante, habida cuenta del carácter de interés general de dichas actividades.

a. Exención rogada versus exención automática. La posibilidad de renunciar a la exención.

El régimen de la Ley 49/2002 es de carácter optativo. Las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública pueden acogerse al régimen en cualquier ejercicio, aplicándose el mismo para todo el período impositivo en el que se acojan (art. 1 del RD 1270/2003) y pueden renunciar siempre que lo comuniquen en el período anterior ⁴.

Por su parte, en el IVA, la cuestión dista de ser clara. La construcción normal que se hace es la siguiente; la solicitud de reconocimiento de entidad de carácter social es voluntario, surte efectos desde el momento en que se solicita y, además, no cabe la renuncia (art. 6 del RIVA). A nuestro parecer, sin embargo, no es correcta.

(i) En primer lugar, la exención entendemos que no es voluntaria, sino obligatoria. En efecto, la Sexta Directiva no ha concedido un derecho de opción a la entidades no lucrativas para acogerse o no a la exención. Desde el momento en que se cumplan las condiciones establecidas por cada país, dentro de las opciones que concede la propia Sexta Directiva, las entidades deben acogerse a la exención [vide BLÁZQUEZ LIDOY, 2002, págs. 154 a 156, y recientemente la STJCE de 3 de abril de 2003 (Asunto MATTHIAS HOFFMAN, C-144/00) (*Normacef Fiscal*, NFJ014000)].

Es más, la propia DGT parece admitir este carácter obligatorio en su resolución de 25 de abril de 2003 (consulta núm. 0574-03) (*Normacef Fiscal*, NFC017692). La DGT afirma que la norma española ha condicionado la aplicación de algunas exenciones a la previa autorización por la Administración tributaria; «Sin embargo, dado el carácter obligatorio de estas exenciones, debe entenderse que dicha autorización sólo tiene sentido de comprobación por la Administración de que se cumplen los requisitos establecidos por la Ley para disfrutar del beneficio fiscal». A nuestro parecer, sin embargo, no casa bien el carácter obligatorio con un procedimiento que se inicia a petición de parte. Si la exención es obligatoria, su aplicación no puede quedar al arbitrio de la parte, pues el procedimiento cambiaría la propia naturaleza de la exención.

⁴ No obstante, con relación a la aplicación de la Ley 49/2002 durante el año 2003 se ha producido una situación que merece un comentario aparte. En efecto, el Real Decreto 1270/2003, publicado el 23 de octubre en el BOE, que es el que regula la opción por la aplicación del régimen de la Ley 49/2002, tuvo como efecto que el tiempo real para optar por el régimen fuera sólo de 2 meses. Esto supuso que algunas entidades no lucrativas se quedaran fuera durante 2003. Frente a esta situación la Agencia Tributaria emitió una «Nota informativa sobre aplicación régimen fiscal entidades sin fines de lucro» fechada en mayo de 2004. Dejando al margen que la nota informativa tiene un título donde faltan los artículos, que no está firmada, que no tiene una fecha exacta, en la misma se dice que «considerando los problemas que plantea la introducción de una nueva normativa para estas entidades y la documentación ya aportada en el pasado, la Agencia Tributaria ha previsto que: aquellas entidades cuyo período impositivo hubiera finalizado el 31 de diciembre de 2003, que se encontraran en tal fecha ya acreditadas como entidades sin fines lucrativos a los efectos de la Ley 30/1994, se entenderá que han ejercitado la opción por el régimen fiscal de la Ley 49/2002 para dicho ejercicio, sin perjuicio de la necesaria presentación de la declaración censal a que se refiere el Reglamento citado. En dicha declaración se ratificará este criterio o bien se manifestará la renuncia al citado régimen, debiendo comunicarse en el más breve plazo». Con independencia de que la nota informativa beneficie a las entidades no lucrativas es criticable, desde luego, que la propia Administración, que tan recelosa es cuando se incumplen los requisitos formales en otros supuestos, permita esta aplicación del régimen fuera de plazo. Pero, sobre todo, el cumplimiento del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la CE) queda, con este tipo de notas, totalmente en entredicho (vide también art. 7 de la LGT 58/2003).

No obstante lo dicho, lo cierto es que el TSJ de Cataluña ha reconocido que la aplicación de la exención en el IVA se condiciona a la existencia de una solicitud formal del reconocimiento de establecimiento de carácter social conforme al artículo 6 del RIVA [Sentencias de 19 de febrero de 2004 (JUR 2004\105211) y de 11 de junio de 2003 (JT 2004\67)]⁵. De esta manera, aquellas entidades que han aplicado la exención de forma unilateral, sin haber pedido previamente permiso a la Administración tributaria, han actuado de forma incorrecta y deben ahora regularizar la situación con las correspondientes sanciones. A nuestro parecer, se trata de una postura equivocada y contraria a la Sexta Directiva. Es más, se argumenta que al ser necesario el cumplimiento de ciertos requisitos «*hace razonable y lógico que haya de instarse en cada caso de la Administración el correspondiente reconocimiento*». Esa lógica parece quebrar con la Ley 49/2002, Ley más estricta que la LIVA, donde no es necesario una comprobación previa por parte de la Administración. Pero no sólo quiebra en el IS, sino que en la aplicación del IVA hay otros supuestos que dependen del cumplimiento de ciertos requisitos y donde, desde luego, no se somete a autorización previa. Pensemos, por ejemplo, en la renuncia a la exención por segundas transmisiones de edificaciones; en estos casos se exige que el adquirente tenga la plena deducibilidad del IVA soportado. Pero la Ley no exige que la Administración haga una comprobación previa sino que basta una declaración suscrita por el adquirente (art. 8 del RIVA)⁶.

(ii) En segundo lugar, se encuentra el momento de aplicación de la exención. Mientras que en el Impuesto sobre Sociedades, el Reglamento dispone en su artículo 1 que la comunicación para acogerse al régimen será mediante una declaración censal y que se aplicará «*al período impositivo que finalice con posterioridad a la fecha de presentación de la declaración censal en que se contenga la opción y a los sucesivos, en tanto que la entidad no renuncie al régimen*». A pesar de que la redacción nos parece ciertamente extraña, lo que se está señalando es que el régimen se aplicará en el propio ejercicio en que se presente la declaración censal. Se produce, por tanto una retroactividad impropia. Bastará con presentar la declaración el día anterior a la finalización del período impositivo para estar acogido durante todo el período a la Ley 49/2002.

Por su parte, en el IVA, la exención se aplica desde que se presenta la petición de reconocimiento de entidad de carácter social. El IVA es un impuesto de devengo instantáneo y de declaración periódica. Por tanto, la aplicación de la exención desde su solicitud, y no antes, parece lógica desde los cánones del devengo. Ahora bien, el problema no está en la exención por los IVA que la entidad no repercute, sino por los IVA soportados con anterioridad a la petición de la exención (*vide*, al respecto BLÁZQUEZ LIDOY, 2002, págs. 167 a 171).

(iii) En el IS cabe renunciar a la exención porque de forma expresa se ha reconocido por la norma. Sin embargo, en el IVA, nada se dice al respecto. Es más, a nuestro juicio, si entendemos que la exención no es voluntaria, sino obligatoria, la renuncia carece de sentido. La renuncia sólo cabe en los regímenes optativos. Sin embargo, si, como se ha configurado en la norma española, se trata

⁵ *Vide*, en el mismo sentido, las SSAN de 9 de julio de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ016379) y de 30 de diciembre de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ016612).

⁶ *Vide*, por ejemplo, las Conclusiones del Abogado General del TJCE GEELHOED, donde en el asunto C-269/03 se analiza si es o no contrario a la Sexta Directiva que para poder optar por la tributación de los alquileres y arrendamientos se considere necesario una aprobación administrativa previa.

de un derecho de opción la renuncia debe ser consustancial al mismo. La Administración, por el contrario, mantiene de forma constante que no cabe la renuncia [*vide* BLÁZQUEZ LIDOY, 2002, págs. 171 y ss, y también resolución de la DGT de 25 de abril de 2003 (consulta núm. 0574-03) (*Normacef Fiscal*, NFC017692)].

(iv) La última diferencia es que mientras que la exención del IVA es un régimen autorizado por la Administración en la Ley 49/2002, por el contrario, basta con la mera comunicación. Es decir, en el IVA el departamento de Gestión procede a una comprobación formal mientras que en el Impuesto sobre Sociedades la Administración no realiza ninguna actividad. A nuestro juicio, un sistema basado en la autorización carece de justificación desde el momento en que los órganos de Gestión carecen de las potestades necesarias para realizar un verdadero control de los requisitos del artículo 20.Tres. Es más, creemos que el verdadero control debería hacerse *a posteriori*, que es cuando se dispondrán de los datos necesarios y será realmente efectiva. Ese control, conforme se dispone en la LGT 58/2003, será efectuado por la Inspección de los Tributos [art. 141 e)] y no por los órganos de Gestión ⁷. Por otro lado, la autorización previa puede, a nuestro juicio, plantear problemas en aquellos casos donde en un procedimiento inspector se entienda que, en contra de lo señalado en el procedimiento de Gestión, no se cumple con los requisitos. En efecto, dicha actuación podrá pervertir el principio de confianza legítima en la medida en que ahora se quiere desconocer una relación jurídica que anteriormente se había autorizado ⁸.

Por otro lado, si partimos de la base de que es posible que la Inspección de los Tributos entienda que se cumple con los requisitos ya sea de la Ley 37/1992, ya sea de la Ley 49/2002, lo que cabe analizar son los efectos que deben tener en el ámbito no inspeccionado. Es decir, una exclusión de la Ley 49/2002 debe afectar a la consideración de establecimiento de carácter social y viceversa. Naturalmente, nos referimos a aquellas condiciones que sean comunes para ambos regímenes. A nuestro parecer la respuesta es positiva. Ahora bien, debería ser la propia Administración la que de oficio iniciara un expediente específico para el tributo no comprobado que concluyera en un acto administrativo en el que se le apartará del régimen que ahora se analiza.

b. El carácter no lucrativo de las entidades que pueden someterse a la Ley 49/2002 y a la Ley del IVA.

El artículo 2 de la Ley 49/2002 limita la aplicación de esta Ley a aquellas entidades con forma de fundación o bien que sean asociaciones declaradas de utilidad pública. Por su parte, el artículo 20.Tres de la LIVA exige que se debe «Carecer de finalidad lucrativa». Es decir, su ámbito de actuación es mucho mayor, por lo que muchas entidades que se pueden acoger a las exenciones del IVA no podrán, sin embargo, acogerse al régimen de la Ley 49/2002.

⁷ Por otro lado, el artículo 115.3 de la LGT 58/2003 dispone que en aquellos casos donde un beneficio fiscal esté condicionado a la concurrencia de ciertos requisitos no comprobados en el procedimiento en que se dictaron tendrán carácter provisional.

⁸ *Vide*, sobre la aplicación del régimen, potestades de los Órganos de Gestión y posterior Inspección, BLÁZQUEZ LIDOY (2002, págs. 160 y ss.).

Ahora bien, el carecer de finalidad no lucrativa es un concepto no exento de problemas. Es más, en el ámbito del IVA la referencia a esa carencia de finalidad lucrativa ha sido objeto de análisis tanto por el Tribunal de Luxemburgo como por nuestro Tribunal Supremo.

Así, en primer lugar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido que las exenciones de carácter social o cultural pueden ser aplicadas por personas físicas. En efecto, en tanto en la Sentencia de 7 de septiembre de 1999 [Asunto GREGG, C-216/97 (*Normacef Fiscal*, NFIJ 008112)] como en la de 3 de abril de 2003 [Asunto MATTHIAS HOFFMAN, C-144/00 (*Normacef Fiscal*, NFIJ014000)] se señala que cuando la Directiva hace uso del término *organismo* no excluye a las personas físicas y el principio de neutralidad fiscal prohíbe que exista una diferencia de trato en función de cuál sea la forma jurídica.

Ahora bien, el problema está en determinar si una persona individual puede cumplir con los requisitos del artículo 13.A.2 de la Sexta Directiva; en concreto si es posible que no se pretenda sistemáticamente obtener beneficios y el carácter esencialmente filantrópico de la organización. En el asunto MATTHIAS HOFFMAN el Tribunal parece pronunciarse de forma positiva, como se desprende de los fundamentos 26 y 28. En concreto, en el fundamento 26 señala que los artistas pueden desempeñar su actividad con carácter profesional y hacerlo con obtención de beneficios, con carácter filantrópico y, en su caso, limitándose a cubrir costes. Parece, por tanto, que se reconoce que si en la actividad del sujeto persona física no se obtienen beneficios se puede calificar como filantrópica. El tribunal recoge, por tanto, un concepto de lucro objetivo. El problema, a nuestro parecer, es si una persona individual o, incluso, una entidad que opere bajo forma mercantil, puede entenderse que no tiene ánimo de lucro. Y creemos que una respuesta positiva es de difícil aplicación práctica. En primer lugar, porque exigiría que la actividad de interés general estuviese siempre en pérdidas, ya que cuando obtuvieran beneficios éstos se plasmarían en un beneficio directo para el empresario (aumento de su patrimonio que no está obligado legalmente a destinarlo a los fines generales), lo que podría eliminar el ánimo de lucro. A esto hay que añadir el beneficio que pueda obtener el individuo de forma indirecta. Y, por último, no hay que olvidar que el ánimo de lucro no se predica de la actividad, sino del organismo, de tal manera que si la persona física realizase dos actividades distintas, una para poder subsistir y la otra de interés general, parece que no cabría sostener que se carece de ánimo de lucro.

Dicho de otra manera, las personas físicas, e incluso, las entidades con forma mercantil, sólo pueden ser calificadas como entidades sin ánimo de lucro desde un punto de vista objetivo; se trabaja no con ánimo de obtener un *superávit*. El lucro subjetivo, por el contrario, permite la existencia de beneficios siempre que los destinatarios no sean los socios, lo que se produce, por ejemplo, en las fundaciones. Ahora bien, el dar por válido el lucro objetivo tiene su inconveniente en la prueba y en el control, que se nos antoja difícil. Ciertamente, y aunque sea en el ámbito de las sociedades mercantiles, es posible pensar, por ejemplo, en una entidad íntegramente participada por un Ayuntamiento que presta servicios culturales y que se financia con aportaciones del mismo para cubrir sus pérdidas.

Por otro lado, con independencia de que hipotéticamente una persona física pudiera acogerse a las exenciones de la Sexta Directiva creemos que la norma española lo impide. En efecto, el artículo 20.Tres está pensando, exclusivamente, en entidades con personalidad jurídica distinta de los indi-

viduos y cuyo objeto debe carecer de fines lucrativos, y así se desprende del apartado 2, que determina que el presidente, patrono o representante legal deban ser gratuitos. Y entiendo que es posible, tomando como referencia motivos de control y simplicidad, excluir a las personas físicas como a las personas jurídicas con forma mercantil pero que actúen sin ánimo de lucro. Se trataría de una vulneración del principio de neutralidad tolerado, pues no hay que olvidar que este principio no tiene un valor absoluto. En efecto, el propio artículo 13.A.1 hace referencia a que «*Los Estados miembros eximirán, en las condiciones por ellos fijadas y a fin de asegurar la aplicación correcta y simple de las exenciones previstas y de evitar todo posible fraude, evasión o abuso*». En la normativa española, por tanto, creemos que es necesario que exista ánimo de lucro de carácter subjetivo y no basta el ánimo de lucro objetivo. Eso excluye de las exenciones del artículo 20.Tres, a nuestro parecer, tanto a las personas físicas como a las entidades jurídicas que tengan estatutariamente ánimo de lucro. No obstante, los profesores CHECA GONZÁLEZ (2001, págs. 170, 196 y 201) y MARTÍN JIMÉNEZ (2004, pág. 469) entienden que la doctrina sentada en la sentencia GREGG y en la sentencia HOFFMAN implica que hubiera de darse una interpretación extensiva al artículo 20.Tres que incluyera también a los individuos.

Dejando al margen lo relacionado con las personas físicas, en necesario hacer mención a la STJCE de 21 de marzo de 2002 (Asunto KENNEMER GOLF & COUNTRY CLUB, C-174/00) (*Normacef Fiscal*, NFJ011964). En la misma se advertía que el concepto de entidad sin ánimo lucrativo empleado tanto en el artículo 13.A.1(m), referente a la exención del deporte, como al recogido en el artículo 13.A.2(a), que establece que los organismos reconocidos no deberán tener como objetivos la consecución sistemática de beneficios, tenía dos connotaciones. La primera, que la carencia del ánimo de lucro se exigía del organismo y no de las actividades en concreto (FJ 19). La segunda, que se actúa sin ánimo de lucro cuando dicho organismo no aspire a obtener beneficios para sus socios. Es decir, que una entidad puede obtener un superávit económico, y lo que la Directiva exige es que no existan beneficios en el sentido de ventajas pecuniarias en favor de los socios de un organismo (FJ 26 y ss.). Dicho en otros términos, se recoge un concepto subjetivo del ánimo de lucro.

Precisamente al hilo del ánimo de lucro subjetivo, que permite que las actividades desarrolladas por las entidades no lucrativas se realicen en beneficios, es necesario detenernos en la STS de 23 de septiembre de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ013375) en el que se conocía del caso de una cooperativa. El Tribunal correctamente sentenció que la finalidad lucrativa era predicable de la entidad globalmente considerada y no de una de las actividades. Sin embargo, también sostenía que una entidad podría realizar actividad de clara naturaleza *asistencial* mientras que otras actividades respondían al concepto de *actividad económica lucrativa*, lo que a nuestro juicio supone confundir entre la financiación de una entidad con la finalidad no lucrativa de la misma, que se limita a que los beneficios no vayan a parar, directa o indirectamente a fines ⁹. Reseñar, en cualquier caso, que como regla general se puede afirmar que las cooperativas sí tienen finalidad lucrativa a efectos impositivos. En efecto,

⁹ Vide, por ejemplo, la STSJ de Canarias de 16 de febrero de 2001 (*Normacef Fiscal*, NFJ010728) donde se señala que en el marco de una entidad de carácter social pueden coexistir actividades de filiación puramente altruista y socialmente benéficas con otras desvinculadas de las anteriores.

las cooperativas sí puede considerarse que tienen un ánimo de lucro al menos indirecto ¹⁰. No obstante, es necesario excepcionar las sociedades cooperativas sin ánimo de lucro reguladas en la disposición adicional primera de la Ley de Cooperativas, Ley 27/1999, que sí podrán estar exentas ¹¹.

c. La coincidencia del objeto de las explotaciones económicas con el objeto de las entidades no lucrativas.

El artículo 3.3 de la Ley 49/2002 señala que es un requisito necesario para poder acogerse a la misma «*Que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria*». Por su parte, el párrafo inicial del artículo 7 de la Ley 49/2002 limita la exención a ciertas explotaciones económicas «*siempre y cuando sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica*». Es decir, tanto la aplicación del régimen como las exenciones de actividades económicas requieren una coincidencia entre los fines y los recursos de las explotaciones económicas. Lo que cabe plantearse es si en el IVA esa identidad también es requisito necesario.

¹⁰ El TEAC ha dispuesto en su Resolución de 10 de febrero de 2000 (*Normacef Fiscal*, NFJ009201) que no es aplicable a una cooperativa la exención del IVA por incumplir con los requisitos dispuestos en el artículo 20.Tres de la LIVA. En la misma se señala que «*Se alega por la entidad interesada que sus estatutos recogen expresamente el carácter no lucrativo de su actividad, consistente en la prestación de servicios de asistencia social, así como la imposibilidad de repartir los eventuales beneficios entre los socios de la cooperativa. No obstante, la forma adoptada por la entidad recurrente es la propia de una sociedad, que a diferencia de otras personas jurídicas como las asociaciones y fundaciones, se caracteriza por ser una agrupación de personas que colaboran en la explotación de una empresa con ánimo de obtener un beneficio individual. Así, los socios de... por cuenta propia un conjunto de medios materiales y humanos con la finalidad de intervenir en la producción de los servicios relacionados en el artículo 2 de sus estatutos, es decir, un conjunto de personas que desarrolla una actividad empresarial y que en el ejercicio de la misma persiguen la obtención de un beneficio o ganancia individual, que, si bien no se materializa en un retorno cooperativo, se concreta en la satisfacción de las necesidades laborales de los socios (primer objetivo de una cooperativa de trabajo asociado), con los beneficios económicos que ello comporta, sin perjuicio de que esta satisfacción se logre a través de prestación de servicios que redundan en beneficio de toda la sociedad. Cabe, por tanto, afirmar que en esta sociedad como en las demás sociedades cooperativas existe «una especie de ánimo de lucro, entendido como proyecto económico» (STS de 3 de mayo de 1999), y en consecuencia, sin necesidad de analizar el carácter gratuito o no de los miembros del consejo rector, no puede ser considerada como una entidad sin ánimo de lucro, habiéndose pronunciado en este sentido este Tribunal Central en un supuesto similar en Resolución de 8 de octubre de 1998 (RG 2381/95)».* Vide en el mismo sentido, las Resoluciones del TEAC de 6 de octubre de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFJ008665) y de 7 de febrero de 2001 (RG 4127-99) y también la STSJ de Asturias de 28 de abril de 1997 (JT 1997/661). La DGT también se ha pronunciado de la misma manera [Resolución de 12 de febrero de 2003, consulta núm. 0176-03 (*Normacef Fiscal*, NFC017371)].

¹¹ La disposición adicional primera de la Ley de Cooperativas, Ley 27/1999 dispone que pueden ser calificadas como sociedades cooperativas sin ánimo de lucro las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social y en sus Estatutos recojan expresamente: a) Que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios. b) Las aportaciones de los socios al capital social, tanto obligatorias como voluntarias, no podrán devengar un interés superior al interés legal del dinero, sin perjuicio de la posible actualización de las mismas. c) El carácter gratuito del desempeño de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de las compensaciones económicas procedentes por los gastos en los que puedan incurrir los consejeros en el desempeño de sus funciones. d) Las retribuciones de los socios trabajadores o, en su caso, de los socios de trabajo y de los trabajadores por cuenta ajena no podrán superar el 150 por 100 de las retribuciones que, en función de la actividad y categoría profesional, establezca el convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector.

A nuestro juicio, el artículo 20.Tres lo único que precisa es el reconocimiento de entidad de carácter social pero en ningún caso, ni la LIVA ni la Sexta Directiva, requiere que las actividades exentas sean desarrolladas en cumplimiento de sus actividades estatutarias. Es decir, una entidad de carácter social cuyos estatutos se limiten a dichas actividades y que realice explotaciones deportivas o culturales podrá gozar de la exención por estas últimas actividades. La LIVA se centra sólo en la actividad considerada desde un punto de vista objetivo, con los límites establecidos en el artículo 13.A.2.(b) de la Sexta Directiva (*vide* BLÁZQUEZ LIDOY, 2002, págs. 143 y ss). Pero, por el contrario, no es necesario que subjetivamente sus fines coincidan con las actividades ¹². No obstante, la STS de 18 de enero de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ014497) con relación al objeto de las entidades que quieran gozar de la exención del artículo 20.Uno.13 de la LIVA ha señalado, a nuestro juicio erróneamente, que es necesario para que las actividades estén exentas que el objeto *esencial o principal* de la entidad sea deportivo y no uno más entre las finalidades perseguidas por la entidad no lucrativa ¹³.

Lo que sí exige la Ley del IVA es que en los *eventuales beneficios* se reinviertan en actividades exentas de la *misma* naturaleza (*vide* BLÁZQUEZ LIDOY, 2002, págs. 113 y 114) ¹⁴. Esta exigencia, por el contrario, no es predicable de las entidades de la Ley 49/2002. En efecto, es posible que los excedentes de una actividad social se destinen a otra actividad distinta, pues la única obligación que tienen es la de destinar el 70 por 100 de las rentas de las explotaciones económicas a los fines de las entidades no lucrativas. Pero no tienen por qué ser los mismos fines que los que originan la renta. Un excedente de una actividad deportiva puede destinarse a una actividad social si ambos fines están recogidos estatutariamente.

d. El hecho de que los patronos o representantes no deben ser los destinatarios principales de las prestaciones.

El artículo 3.4 dispone como condición para acogerse al régimen de la Ley 49/2002:

¹² Distinto es el caso de la exención del artículo 20.Uno.12 de la LIVA, donde se establece que lo exento son las cuotas fijadas en los estatutos, lo que supone que sólo los fines y actividades cubiertas con las mismas están exentas. El artículo 20.Uno.12 dispone que están exentas «*Las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a las mismas efectuadas directamente a sus miembros por organismos o Entidades legalmente reconocidos que no tengan finalidad lucrativa, cuyos objetivos sean exclusivamente de naturaleza política, sindical, religiosa, patriótica, filantrópica o cívica, realizadas para la consecución de sus finalidades específicas, siempre que no perciban de los beneficiarios de tales operaciones contraprestación alguna distinta de las cotizaciones fijadas en sus estatutos*».

¹³ Y de la misma manera, la SAN de 7 de junio de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ014638) señala que el concepto *entidades de carácter social* es equivalente a las «*entidades cuyos objetivos sean exclusivamente de naturaleza... cívica*» reconocidas en el artículo 20.Uno.12 de la LIVA. Parece derivarse, por tanto, que el objeto tiene que estar limitado a los fines propios.

¹⁴ La DGT ha entendido con relación a las cooperativas sin ánimo de lucro que para poder ser calificadas como establecimiento de carácter social a efectos del IVA es necesario que «*los beneficios eventualmente obtenidos se destinen al desarrollo de actividades exentas de idéntica naturaleza a las realizadas por la cooperativa, y que dicha circunstancia esté recogida en los estatutos*» [Resoluciones de 12 de febrero de 2003, consulta núm. 0176-03 (*Normacef Fiscal*, NFC017371), de 13 de mayo de 2003, consulta núm. 0638-03 (*Normacef Fiscal*, NFC017719)]. Ciertamente resulta extraño que la DGT exija que en los estatutos deba recogerse tal situación para gozar de la exención cuando ni la LIVA ni la Sexta Directiva lo requieren. Para sendas normas se trata de requisito material y no formal.

«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».

No obstante, el propio artículo 3.4 regula dos excepciones. La primera de ellas es que no se aplicará a los supuestos regulados en el artículo 20.Uno.13 del LIVA, que recoge la exención de los servicios de carácter deportivo, ni al artículo 20.Uno.8 que hace referencia a la exención de los servicios sociales, ni tampoco a los servicios de investigación científica y desarrollo tecnológico ni a los de conservación y reparación del patrimonio histórico. Las excepciones referentes a los servicios sociales y deportivos venían ya recogidas en la Ley 30/1994 desde la modificación introducida por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Y, realmente, no venía sino a hacer suyo el contenido del artículo 20.Tres.3 de la LIVA, donde expresamente se señalaba que:

«Los socios, comuneros o partícipes de las Entidades o establecimientos y sus cónyuges o parientes consanguíneos, hasta el segundo grado inclusive, no podrán ser destinatarios principales de las operaciones exentas ni gozar de condiciones especiales en la prestación de los servicios.

*Este requisito no se aplicará cuando se trate de las prestaciones de servicios a que se refiere el apartado uno, números 8 y 13 de este artículo».*¹⁵

Lo que aquí cabe plantearse es por qué en el caso de las entidades deportivas, sociales, de investigación científica y de conservación y reparación del patrimonio histórico se excluye este requisito y no en el resto. En efecto, parece que el fundamento de la limitación radica en que si los beneficiarios son los propios representantes o familiares pueden producirse conductas fraudulentas que pervertirían el interés general al existir fines particulares. Es decir, habría un ánimo de lucro por parte de los miembros de las entidades en la medida que el beneficio lo obtienen no directamente sino indirectamente a través del servicio. Y ésta es, por ejemplo, una de las razones por las que las cooperativas no pueden acogerse a la exención del IVA [vide la STS de 23 de septiembre de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ013375) y la Resolución del TEAC de 10 de febrero de 2000 (*Normacef Fiscal*, NFJ009201)]¹⁶.

¹⁵ Repárese en que en la LIVA el grado de parentesco se limita hasta el segundo grado, y no hasta el cuarto, como exige la Ley 49/2002, y que además, no se hace mención a los patronos, sino a los socios, comuneros o partícipes, lo que parece pensar en entidades de base asociativa. Vide, sobre un estudio en profundidad del artículo 20.Tres BLÁZQUEZ LIDOY (2002, págs. 109 y ss.).

¹⁶ También la STS de 14 de junio de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ014529). No obstante, la SAN de 7 de junio de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ014638) sí admite que las cooperativas sean consideradas como un establecimiento de carácter social.

En el caso de actividades deportivas y las de carácter social tiene lógica que puedan dirigirse a los familiares o asociados ¹⁷. Es más, hasta 1991 esta prohibición alcanzaba también a los establecimientos deportivos en el IVA, lo que supuso que en muchos casos no se pudieran acoger a la exención [*vide*, entre otras, la STSJ de Aragón de 29 de mayo de 1989 (*Normacef Fiscal*, NFJ000547) y las Resoluciones del TEAC de 10 de abril de 1991 y de 4 de noviembre de 1992 (*Normacef Fiscal*, NFJ001175 y NFJ002099)]. Y para las entidades cuyos fines tienen la conservación y restauración de bienes del Patrimonio Histórico Español en la propia Ley 50/2002, de Fundaciones, se las excluye expresamente de que sus destinatarios sean generales. Por el contrario, no acabamos de entender por qué se excluye a las entidades de Investigación científica y desarrollo tecnológico. Pero, lo que tampoco comprendemos es cuál es la razón por la que no se excluyen entidades de otro tipo, como pueden ser las de carácter cultural. A nuestro juicio, lo más criticable de este precepto está, precisamente, en la falta de una razón interna que haga que un requisito se excluya para ciertos fines y no para otros.

La segunda de las excepciones al artículo 3.4 afecta a las federaciones deportivas y a los Comités Olímpicos. Las federaciones deportivas son entidades privadas, con personalidad propia, integradas por Federaciones deportivas de ámbito autonómico, Clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, etc. Por tanto, y como ha advertido PEDREIRA (2003, nota a pie 189), los destinatarios principales de las actividades de una federación van a ser siempre sus integrantes, de ahí que se las excluya de cumplir con este requisito.

e. La gratuidad de los representantes legales y de los patronos.

Mención especial merece lo referente a la gratuidad de los patronos o los representantes legales y el tratamiento diferente que existe en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre el Valor Añadido. En la LIVA se señala que «*Los cargos de presidente, patrono o representante legal deberán ser gratuitos y carecer de interés en los resultados económicos de la explotación por sí mismos o a través de persona interpuesta*».

Por su parte, en el régimen de la Ley 49/2002 se hace referencia también a la gratuidad de los representantes estatutarios aunque con ciertos matices; en primer lugar, se advierte que tienen «*el 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*». En segundo, para las federaciones deportivas no opera ni tampoco para las asociaciones declaradas de utilidad pública cuando las cantidades satisfechas los sean

¹⁷ CAZORLA PRIETO y CORCUERA TORRES (1999, pág. 88) advertían que esta situación era muy perjudicial y de trato discriminatorio para las clubes deportivos de utilidad pública, en tanto que tienen normalmente como destinatarios de sus actividades a sus asociados o familiares, y, por tanto, la exigencia de este requisito en el campo deportivo suponía un desconocimiento de la realidad del deporte por parte del legislador. Y con relación a las actividades de carácter social, sólo basta pensar en asociaciones de asistencia social donde los destinatarios son, precisamente las personas que necesitan de esta asistencia.

con cargo a fondos públicos. En tercero, se pueden percibir prestaciones por trabajos distintos a lo que es el «desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato u órgano de representación, siempre que se cumplan las condiciones previstas en las normas por las que se rige la entidad. Tales personas no podrán participar en los resultados económicos de la entidad, ni por sí mismas, ni a través de persona o entidad interpuesta». Por último, la gratuidad de los patronos se extiende a los «administradores que representen a la entidad en las sociedades mercantiles en que participe».

A nuestro juicio, entre ambas regulaciones existen diferencias, lo que supone que una misma situación permita acogerse a la Ley 49/2002 pero no a la Ley 37/1992, y viceversa. Estas disimilitudes son las siguientes:

(i) En primer lugar, se encuentra el propio concepto de representante legal. En efecto, en la LIVA se restringe este concepto al término de «presidente, patrono o representante legal». Sin embargo, en la Sexta Directiva, se hace mención a que «Deberán ser gestionados y administrados, con carácter esencialmente filantrópico» [art. 13.A.2 (a)]. El Tribunal de Luxemburgo, en Sentencia de 21 de marzo de 2002 (Asunto ZOOLOGICAL SOCIETY OF LONDON, C-267/00 (*Normacef Fiscal*, NFJ 011965) ha señalado que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que «se refiere únicamente a los miembros de dicho organismo que, según sus estatutos, son designados para asumir su dirección al más alto nivel, así como a otras personas que, sin que las designen los estatutos, ejercen efectivamente su dirección, en el sentido de que adoptan en última instancia las decisiones relativas a la política de dicho organismo, en especial en el ámbito económico, y ejercen funciones superiores de control» (FJ 23). A la vista de esta sentencia del Tribunal de Luxemburgo, entendemos que la norma española contraviene la Sexta Directiva. En efecto, la LIVA se limita a órganos estatutarios, mientras que la Sexta Directiva extiende el carácter filantrópico a todos los que efectivamente ejercen su control. A nuestro parecer, y con la norma laboral española, todos aquellos que cumplan con los requisitos subjetivos para celebrar un contrato de alta dirección son de quienes se debe predicar la gratuidad. Y para ser alta dirección se requieren los siguientes condicionantes de modo simultáneo: (i) que ejercite poderes inherentes a la titularidad de la empresa, es decir, que pueda realizar actos de disposición patrimonial por cuenta de la empresa, obligando a la entidad frente a terceros; (ii) que tales poderes comprometan objetivos generales; (iii) por último, que disponga de autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas de quien o quienes detentan originariamente la titularidad de la organización (DE VAL TENA, 2002, págs. 106 y ss). Si las notas que definen el contrato del directivo no son las de alta dirección entiendo sólo participara «de modo ocasional o marginal en la adopción de decisiones esenciales» y la gratuidad no les será exigible (FJ 25).

Ahora bien, ¿qué sucede con aquellas fundaciones donde el patronato es meramente de control y existe la figura de un director estatutario o extraestatutario con plenos poderes? Entendemos que con arreglo a la norma española podría considerarse como un establecimiento de carácter social pero no, por el contrario, si se aplica la Sexta Directiva. No obstante, es necesario recordar que la aplicabilidad directa puede ser instada por el sujeto pasivo pero no, sin embargo, por el Estado incumplidor. Es decir, en el caso del director plenipotenciario si la entidad hubiera sido reconocida como

establecimiento de carácter social podría comunicar a la Administración que ha dejado de cumplir con uno de los requisitos y, por tanto, si le interesa, no tributar como exenta. Pero, por el contrario, la Administración no podría directamente aplicar la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, por ser un Estado incumplidor, y revocar la condición de establecimiento de carácter social ¹⁸.

Por el contrario, en la Ley 49/2002 se hace mención a los patronos, órganos de gobierno o representantes estatutarios. De esta manera, todos los directivos, incluso los que se califiquen como personal de alta dirección, podrán ser retribuidos. Por otro lado, cuando en la Ley 49/2002 se hace mención a *representante estatutario* creemos que hay que matizar su alcance; no todo representante estatutario debe ser gratuito, sino sólo el máximo órgano de representación. Por ejemplo, si en una fundación se recogen figuras como Director General, Director Gerente o apoderado general, a pesar de que sean representantes estatutarios no se les aplica la gratuidad.

(ii) La segunda de las menciones tiene que ver, precisamente, con la gratuidad. En efecto, la Sexta Directiva hace mención a que deben ser administrados «*con carácter esencialmente filantrópico*» [art. 13.A.2 (a)]. La Sentencia de 21 de marzo de 2002 (Asunto ZOOLOGICAL SOCIETY OF LONDON, C-267/00) (*Normacef Fiscal*, NFJ011965) ha advertido que «*si bien toda la gestión del organismo ha de ser ejercida por personas no retribuidas, la circunstancia de que el personal retribuido participe de modo ocasional o marginal en la adopción de decisiones esenciales o se paguen retribuciones menores o simbólicas a este personal no basta para negar a su actividad su carácter esencialmente filantrópico ni para llegar a la conclusión de que el organismo persigue fines comerciales encubiertos*» (FJ 25).

Es decir, la Sexta Directiva permite que los órganos de Dirección obtengan retribuciones menores o simbólicas.

Por su parte, la jurisprudencia española ha conocido la polémica referente a las Cajas de Ahorro que realizaban tareas sociales y donde los Consejeros recibían remuneraciones por dietas de asistencia. En dicho caso, el TEAC entendió en primera instancia que las dietas eran remuneración y contravenían la gratuidad, por lo que no cabía el reconocimiento de establecimiento de carácter social [Resoluciones de 26 de mayo y 24 de junio de 1992 (*Normacef Fiscal*, NFJ001662 y NFJ001772)]. Sin embargo, el TS en su Sentencia de 3 de mayo de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFJ007771), ha juzgado que al no haberse definido la gratuidad en la Ley del IVA cabe interpretar que las dietas de asis-

¹⁸ No obstante, lo cierto es que últimamente la DGT parece que acude en sus pronunciamientos a la doctrina del TJCE en contra incluso de lo dispuesto en la norma interna. Así, por ejemplo, es el caso de las operaciones vinculadas al precio, definidas en el artículo 78.Dos.3 de la LIVA y donde la DGT [(27 de mayo de 2002, consulta núm. 795-02, *Normacef Fiscal*, NFC016411)] hace una interpretación, conforme a la Sentencia OFFICE DES PRODUITS WALLONS (22 de noviembre de 2001, Asunto C-184-00) (*Normacef Fiscal*, NFJ011217), que a mi parecer va más allá de una interpretación conforme a la Sexta Directiva y realiza una interpretación *contra legem*, sustituyendo lo dispuesto por el texto legislativo (*vide* BLÁZQUEZ LIDOY, 2002, pág. 392). La imposibilidad de que la Sexta Directiva no pueda invocarse por la Administración supone que si el sujeto pasivo ha sido escrupulosamente cumplidor con el artículo 78.Dos.3 la Inspección no podrá aplicar la citada doctrina de la DGT cuando vaya en contra del citado precepto. Ahora bien, más dudas se plantean en aquellos casos donde el contribuyente no ha tomado en cuentas las subvenciones, ni en la base imponible ni en la regla de prorrateo, y la Inspección entrase a valorar ¿cabría que el contribuyente solicite en dicha fase la aplicación de la citada doctrina de la DGT conforme lo dispuesto en la Sentencia de 22 de noviembre de 2001?

tencia entregadas, conforme a las normas del Banco de España, a personas que tienen una gran responsabilidad y están sometidos a un cuadro completo de incompatibilidades no elimina el carácter gratuito de su cargo [en el mismo sentido las SSTs de 23 y 31 de enero de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ011922 y NFJ011934)]¹⁹. En este sentido, la Sentencia de la AN de 30 de noviembre de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFJ009295), reseñando al Alto Tribunal, ha resuelto que no se incumple el requisito de la gratuidad cuando «*las contraprestaciones de los cargos de administración tienen carácter indemnizatorio, cuando las mismas vengán a compensar por las pérdidas y esfuerzos realizados en favor de la entidad. Tal es el caso de autos, las remuneraciones se establecen, no en función de un trabajo profesional o como participación en beneficios, sino como compensación de las ganancias dejadas de obtener y esfuerzos realizados en la gestión de la entidad*». Ahora bien, la AN no se limita sólo a las dietas por asistencias, como hace el Tribunal Supremo.

Es decir, en la LIVA la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos las cantidades que reciban los representantes es una compensación o indemnización por los menoscabos que tienen, que no elimina la gratuidad. Y esta idea, por lo menos a nuestro juicio, no es desconocida en otros ámbitos jurídicos. Así, el Tribunal Supremo, al hilo del artículo 75.4 de la Ley de Bases de Régimen Local que dispone que los miembros de las corporaciones percibirán «*indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados*», ha señalado que ese concepto jurídico «*comprende el resarcimiento de cualquier daño o perjuicio, tanto por el gasto realizado, como por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que se dedica al desempeño del cargo en la Corporación e, incluso, por merma de la dedicación posible a la propia actividad particular*» [SS de 18 de enero y de 10 de julio de 2000 (RJ 2000\267 y RJ 2000\9698) y de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002\6788)]. De la misma manera, en la disposición adicional primera de la Ley de Cooperativas, Ley 27/1999, se dispone que pueden ser calificadas como sociedades cooperativas sin ánimo de lucro, y se señala que será obligatorio que conste en los estatutos «*El carácter gratuito del desempeño de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de las compensaciones económicas procedentes por los gastos en los que puedan incurrir los consejeros en el desempeño de sus funciones*». O, recientemente, en el ámbito del IRPF, una interesante Sentencia del TSJ de Cataluña de 8 de enero de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ014313) se ha cuestionado si las retribuciones que cobran los jueces de paz tributan o no. El TSJ de Cataluña, en contra de la doctrina administrativa sentada por la DGT en la consulta de 14 de julio de 1999 (consulta núm. 1205-99) (*Normacef Fiscal*, NFC010036, ha señalado que no nos encontramos ante rentas del trabajo sino ante indemnizaciones por razón del servicio (ya que los jueces de paz no son profesionales, no están unidos laboralmente a la Administración y, además, están retribuidos escasamente) y, por consiguiente, que no tributan²⁰.

¹⁹ La legislación de Cajas de Ahorro dispone que no afectará al carácter gratuito de la gestión la asignación de dietas por asistencia de los miembros de las Juntas. GARCÍA VILLAVARDE (2001, págs. 14 y 15) advierte que las dietas no tienen una función remuneratoria por el trabajo realizado, sino meramente compensatoria, para que la actividad de los patronos al menos no les ocasione pérdidas.

²⁰ Jurídicamente parece que se aceptaría aquella tesis que entiende que los gastos reembolsables no sólo son los anticipados sino que debe entenderse el precepto de acuerdo con el artículo 1.729 y 1.101 del CC y que permitiría indemnizar al patrono por todos los daños y perjuicios causados, alcanzando incluso al lucro cesante. Vide, sobre estas teorías, SALELLES y VERDERA (1997, págs. 145 y 146).

A nuestro juicio, esta compensación por lucro cesante estaría dentro de lo que es la doctrina del Tribunal de Luxemburgo que exige que las retribuciones deben ser *menores* o *simbólicas* [Sentencia de 21 de marzo de 2002, (*Normacef Fiscal*, NFJ011965) FJ 25].

El enfoque de la Ley 49/2002 es distinto; se hace mención 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». Esta mención se podría entender como una remisión en bloque a la Ley del IRPF; sólo son válidas aquellas cantidades que reciban los patronos que con arreglo a la Ley de Renta estén exentas ²¹.

Con arreglo a la normativa del IRPF, todos los gastos incurridos en el desempeño normal de sus funciones por cuenta de la entidad no lucrativa son los que tiene que soportar, como no puede ser de otra manera, la propia entidad. Cuando la entidad pone directamente a disposición de los representantes todos los medios es un gasto más donde el representante no obtiene ningún beneficio. El problema se plantea cuando el gasto es satisfecho por el representante y éste no justifica estrictamente estos gastos. En estos casos aparecen las denominadas dietas por *desplazamiento* y *manutención* que tienen naturaleza no retributiva sino indemnizatoria. Pero, naturalmente, la normativa del IRPF exige que se justifique el desplazamiento y, en caso de manutención y estancia, la salida a un municipio distinto. Pero es que, además, resulta que la DGT entiende que el régimen de las dietas exentas de gravamen no se aplica a las retribuciones de los consejeros o a los miembros de representación, porque interpreta que el artículo 8 del Reglamento, que regula las dietas exentas, sólo se aplica a las relaciones laborales donde se den las notas de *dependencia* y *alteridad* (Resolución de 22 de febrero de 2000, consulta vinculante 0015-00) (*Normacef Fiscal*, NFC010588). Y hay que recordar que el patronato es el máximo órgano de gobierno de la fundación, por lo que no existe ni dependencia ni alteridad.

De esta manera, si damos por válida la interpretación de la DGT, referencia a las dietas excluidas de gravamen del artículo 3.5 de la Ley 49/2002, sería una norma vacía de contenido. Y si tomamos como presupuesto de partida que el legislador no ha podido establecer una norma de imposible aplicación práctica, la doctrina de la DGT con relación a los órganos de dirección debe someterse a consideración, al menos con relación a los miembros del patronato que operan gratuitamente.

Podemos concluir que la Ley 49/2002 impide que se den dietas por *asistencia* y, por su puesto, que se compense el lucro cesante o se indemnice por las pérdidas sufridas. Sólo se pueden recibir cantidades por manutención o desplazamiento con arreglo a la LIRPF. Sin embargo, en el IVA la solución creemos que es la contraria ²². Es más, a nuestro parecer, la regulación de Ley 49/2002 es en este aspecto una norma carente de justificación y que parece desconocer el funcionamiento y responsabilidades de los órganos de gobierno.

²¹ Otra posible interpretación es que la referencia a la norma de renta sea de carácter cuantitativo. Los patronos tienen derecho a percibir una dieta por *asistencia* pero teniendo en consideración los límites económicos regulados en el artículo 8 de la RIRPF. Esta opción, sin embargo, carece de lógica desde el momento en que en el artículo 8 la dieta se vincula al kilometraje y la manutención en función del lugar de residencia del patrono y del lugar de la reunión, lo que impide que se trate de una dieta por asistencia, ya que sólo la podrían percibir los que residieran en un municipio distinto a aquel en el que se realizase la reunión.

²² No obstante, MARTÍN JIMÉNEZ (2003, págs. 364 y 365) entiende que el artículo 3.5 de la Ley 49/2002 se muestra conforme con la doctrina del Tribunal de Luxemburgo.

(iii) Mención especial merece el hecho de que los patronos o representantes estatutarios puedan percibir, conforme se establece en la Ley 49/2002, retribuciones de la entidad por la prestación de servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponderían como miembros del patronato ²³. Cabe preguntarse, en concreto, si es posible que un patrono sea a su vez el director general o gerente de una fundación y que se le retribuya por dichos servicios. Esta cuestión se ha planteado precisamente en el caso de la Fundación César Manrique. El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de febrero de 2004 (recurso 8809/1998), confirmando una sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 1998 (recurso 1302/1996), señala que es posible ser director general retribuido de una Fundación sin que eso afecte a la condición de patrono gratuito siempre que las funciones sean distintas. Más en concreto, la AN señala que de la prestación de servicios como director general no se puede deducir que existe una remuneración encubierta por el ejercicio de patrono. A nuestro juicio, lo que subyace en el fondo de estas sentencias es digno de loa; un patrono que gestione y dirija diariamente la fundación y se dedique en exclusividad a la misma es un profesional y, como tal debe ser remunerado. Es más, otra solución conduce generalmente a una mala gestión económica. Pero jurídicamente resulta complejo separar las funciones de director general, por las que puede ser retribuido, de las patrono, que tiene que ser gratuitas. Es más, quizás el TS y la AN deberían, precisamente, haber incidido en cuáles son las zonas secantes entre director y patrono.

(iv) Por último, resulta necesario reseñar lo referente a las retribuciones de los Administradores en las sociedades mercantiles dependientes. El artículo 3.5 *in fine* dispone que lo reseñado con relación a los representantes legales y patronos es también aplicable «a los administradores que representen a la entidad en las sociedades mercantiles en que participe, salvo que las retribuciones percibidas por la condición de administrador se reintegren a la entidad que representen». Esta limitación, sin embargo, no opera en el ámbito del IVA, por lo que un administrador puede recibir una remuneración por el ejercicio de sus funciones sin que se pierda la consideración de establecimiento de carácter social ²⁴.

La presente limitación en la Ley 49/2002 presenta una gran similitud con otras normas. Nos referimos, en concreto, a la Ley de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y a la regulación de las Cajas de ahorro. Así, empezando por esta última, se dispone que en la representación de la Caja por el director general o por el presidente los ingresos distintos a dietas de asistencia a Consejos de administración o similares deberán cederse a la Caja por cuya cuenta realiza dicha actividad o representación (art. 27 de la LORCA, Ley de Regulación de las Normas Básicas sobre órganos Rectores de las Cajas de Ahorro). De la misma manera, la Ley 54/1984 de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas dispone que (art. 8):

«El personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley que en representación del sector público pertenezca a Consejos de Administración u órganos de gobierno de Entidades o Empresas públicas o privadas, sólo podrá percibir las dietas o indemni-

²³ Vide, al respecto, BLÁZQUEZ LIDOY (2002, págs. 117 y 118).

²⁴ Naturalmente, en el IVA opera la restricción de que los patronos o representantes no pueden tener intereses en los resultados económicos de la explotación por sí mismos o a través de persona interpuesta (art. 20.Tres de la LIVA).

zaciones que correspondan por su asistencia a los mismos, ajustándose en su cuantía al régimen general previsto para las Administraciones Públicas. Las cantidades devengadas por cualquier otro concepto serán ingresadas directamente por la Entidad o Empresa en la Tesorería pública que corresponda».

Ahora bien, se puede observar cómo en estas leyes se distingue entre las dietas por asistencia y las contraprestaciones por realizar funciones de Administración. Sin embargo, con la Ley 49/2002 el administrador parece que ni siquiera podría cobrar las dietas de asistencia. En cualquier caso, es necesario advertir la similitud de las redacciones, sobre todo cuando se hace mención a la *representación* de la entidad. Ahora bien, mientras que en la norma de las Cajas o de Incompatibilidades queda claro que la persona *representa a la entidad*, lo que parece incidir en la idea de que en la propia entidad es el Administrador o que directamente ha sido nombrado por ésta, mientras que en la Ley 49/2002 se hace referencia a un administrador que representa a la fundación lo que conceptualmente es más complejo ²⁵.

Por otro lado, reseñar que, a nuestro juicio, el hecho de que las cantidades que perciban los administradores se reintegren a la entidad que representan presenta ciertas dificultades. Así, en el ámbito del IVA cabe plantearse si esas cantidades devengan o no IVA. En efecto, en la Resolución del TEAC de 11 de septiembre de 2002 se ha señalado que cuando una sociedad actúa como miembro del Consejo de administración de otra sociedad esta actuación debe calificarse como prestación de servicios sujeta al IVA y, por tanto, que devenga IVA. De esta manera, la cantidad que se reintegre a la entidad no lucrativa podría llevar aparejado IVA ²⁶. Y, por otro lado, está la calificación en el Impuesto sobre Sociedades. Desde luego, para la sociedad mercantil el gasto ocasionado tendría la naturaleza de sueldo del administrador y como tal debería ser deducible. Ahora bien, desde el punto de vista de la entidad no lucrativa la situación no aparece clara, pues las retribuciones de los administradores no parecen integrar ninguna de las categorías de renta exentas del artículo 6 de la Ley 49/2002. No es una donación, pues no existe ánimo de liberalidad, sino una imposición legal. Y tampoco se podría calificar como una renta derivada del patrimonio mobiliario, pues la razón de

²⁵ Vide, al respecto, PEDREIRA MENÉNDEZ (2003, pág. 114).

²⁶ El TEAC ha mantenido esta postura en Resolución de 21 de enero de 2002 y en dos Resoluciones de 11 de septiembre de 2002. En estas últimas se afirma que «El acuerdo inspector recoge el criterio manifestado sobre esta materia por la Dirección General de Tributos en consulta de fecha 12 de junio de 1998, en la que el Centro Directivo señala que ante las dudas surgidas en la materia, la Administración española ha consultado la opinión de la Comisión Europea y de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea en relación con esta cuestión, comprobándose que la opinión unánime de estos últimos, respaldada por la Comisión, es que cuando una sociedad mercantil actúa como miembro del Consejo de Administración de otra sociedad distinta, dicha actuación debe calificarse como prestación de servicios sujeta y no exenta del IVA. Por otra parte, hay que señalar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 20 de junio de 1991 (asunto C-60/90), ha señalado que no tiene la consideración de sujeto pasivo del IVA una sociedad holding cuyo único objeto es la adquisición de participaciones en otras empresas, sin que dicha sociedad intervenga directa ni indirectamente en la gestión de estas empresas, sin perjuicio de los derechos de que sea titular dicha sociedad holding en su calidad de accionista o socio.

No resulta de aplicación la jurisprudencia citada a la sociedad mercantil consultante ya que ésta, al actuar como miembro del Consejo de Administración de otras sociedades, interviene en la gestión de las mismas. Por lo tanto, de acuerdo con los preceptos antes mencionados de la Ley 37/1992 y con las consideraciones que anteceden, este Centro directivo entiende que la actuación de la consultante, sociedad mercantil, como miembro del Consejo de Administración de otras sociedades, debe calificarse como prestación de servicios sujeta y no exenta del IVA, debiendo repercutir dicho tributo al tipo impositivo general que, de acuerdo con el artículo 90, uno, de la Ley 37/1992, es del 16 por 100».

ser de la renta no está en la retribución de los fondos propios (la sociedad dependiente puede estar en pérdidas) sino en el pago de rentas por la gestión. Es más, y al menos con el actual plan contable (RD 776/1998), desconocemos cómo serían contabilizadas estas cantidades en la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad no lucrativa.

A mi juicio, el legislador debía haber abordado esta cuestión de una forma expresa. No obstante, creemos que esas rentas reintegradas a la entidad no lucrativa no tributan. En primer lugar, porque carecería totalmente de lógica que una obligación legal que tiene como finalidad la de evitar menoscabos patrimoniales de las entidades no lucrativas supusiera un ingreso gravable en la propia entidad no lucrativa. Pero, sobre todo, porque el artículo 8 de la Ley parece impedirlo. En efecto, el artículo 8.1 de la Ley 49/2002 dispone que «*En la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de las entidades sin fines lucrativos sólo se incluirán las rentas derivadas de las explotaciones económicas no exentas*»; y la cantidad que recibe la entidad no lucrativa no trae causa del ejercicio de una actividad económica sino del cumplimiento de una norma legal.

(v) La gratuidad de los patronos y representantes de las entidades no lucrativas tiene su razón de ser en evitar que el patrimonio de estas entidades pase a manos de los mismos vía retribución, ya que podría existir entonces un ánimo de lucro indirecto. Ahora bien, a diferencia de lo que va a suceder en las entidades no lucrativas los representantes de las federaciones deportivas y de los Comités Olímpicos no van a estar afectados por esta limitación. Esta situación estaba ya recogida en la propia Ley del IVA, donde las federaciones deportivas y los Comités olímpicos estaban exentos desde un primer momento, sin que fuera necesario el reconocimiento de entidad de carácter social y sin que fueran exigibles los requisitos del artículo 20.Tres. Ahora bien, con independencia de que esta excepción esté tolerada en la Ley 49/2002 creemos que en la LIVA podría contravenir la Sexta Directiva. En efecto, la Sexta Directiva permite a los Estados condicionar la aplicación de ciertas exenciones, entre las que está la referente al deporte, a una serie de requisitos. Y, entre ellos está la obligación de ser administrados «*con carácter esencialmente filantrópico*» [art. 13.A.2 (a)] sólo siendo permitidas las retribuciones menores o simbólicas. No obstante, el artículo 13.A.2(a) no aplica estos requisitos a aquellos organismos que sean de *Derecho público*. Es decir, sólo si consideramos que las federaciones deportivas y los Comités olímpicos son organismos de Derecho público no les sería exigibles la gratuidad. En otro caso, el principio de neutralidad proscibiría este trato de favor. Pues bien, a nuestro parecer ni las federaciones deportivas ni los Comités olímpicos pueden ser considerados organismos de Derecho público. En efecto, el TJCE ha señalado, a la hora de estudiar la no sujeción de las actividades de los organismos de Derecho público del artículo 4.5 de la Sexta Directiva, que tres son los requisitos que deben verificarse; (i) Uno de carácter formal, que exige la existencia de un organismo de Derecho Público; (ii) El segundo de índole material, que exige que se trate de la realización de actividades en su condición de autoridad pública, lo que supone que son funciones que realizan en el ámbito del régimen jurídico que le son propios, es decir, de Derecho público; (iii) Incluso verificándose los dos requisitos anteriores no opera la no sujeción si se trata de actividades que desarrollen en las mismas condiciones jurídicas que los operadores económicos privados ²⁷.

²⁷ Vide las Sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1989 (Asuntos acumulados 231/87 y 129/88) (*Normacef Fiscal*, NFJ000621), 15 de mayo de 1990 (Asunto C-4/89) (*Normacef Fiscal*, NFJ000812), de 25 de julio de 1991 (C-60/90) (*Normacef Fiscal*, NFJ001310), de 6 de febrero de 1997 (C-247/95) (*Normacef Fiscal*, NFJ 005198), tres sentencias de 12 de septiembre de 2000 (Asunto C- 359/97, Asunto C-408/97 y Asunto C-276/97) (*Normacef Fiscal*, NFJ009509, NFJ009515 y NFJ010198) y de 14 de diciembre de 2000 (Asunto C-446/98) (*Normacef Fiscal*, NFJ009815).

Y, a nuestro parecer, una federación deportiva o el Comité olímpico no cumple con dichos requisitos. En efecto, en estas entidades lo privado y lo público conviven y se puede mantener que las federaciones deportivas no son administraciones públicas sino entes *privados* que participan de la naturaleza de las administraciones públicas. De hecho, ni siquiera el legislador estatal califica a las federaciones como corporaciones de Derecho público²⁸. Y precisamente esta parte privada es la que impide, a nuestro parecer, que se cumplan con los estrictos requisitos que el TJCE exige.

Es decir, a nuestro parecer, si los altos Directivos de las federaciones deportivas y de los Comités olímpicos son retribuidos no deberían poder acogerse a la exención en el IVA.

(vi) La Ley 49/2002 también permite que los representantes de las asociaciones declaradas de utilidad pública perciban contraprestaciones en la medida en que el artículo 32.1 c) de la Ley Orgánica de Asociaciones ha reconocido que los miembros de los órganos de representación perciban retribuciones siempre que no sean a cargo de subvenciones o fondos públicos. A nuestro parecer, en el IVA, si los representantes legales reciben una contraprestación no podrían acogerse a las exenciones del IVA porque, precisamente, no se cumplen con el requisito de gratuidad.

2. LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN Y EL IVA

La única mención que en toda la Ley 49/2002 existe con referencia al IVA se encuentra, precisamente, con relación a los convenios de colaboración. En estos convenios, a cambio de una ayuda económica, las entidades no lucrativas se comprometen por escrito a difundir, por cualquier medio, la participación del colaborador en dichas actividades. El hecho de encontrarnos ante un retorno testimonial hizo, bajo la anterior normativa, cuestionarse si devengaban o no IVA. Tras una primera doctrina titubeante, la DGT se decantó finalmente por señalar que los convenios de colaboración no devengaban IVA. Y la nueva Ley ha sancionado en el texto legal dicha doctrina²⁹.

El artículo 25 de la Ley 49/2002 señala que la difusión de la participación del colaborador «*no constituye una prestación de servicios*» pero, a su vez, tiene la consideración de gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre Sociedades para el colaborador. A nuestro parecer, esta construcción sólo es posible someterla a cierta lógica bajo la premisa de que a los efectos del IVA se asimila a una donación, ya que se señala que no se realiza el hecho imponible, y también como donación se califica en el Impuesto sobre Sociedades. De esta manera, en el Impuesto sobre Sociedades no sería fiscalmente deducible por mor del artículo 14.1(e) del TRLIS y sólo lo es porque, como excepción, el apartado 2 del artículo 25 de la Ley 49/2002 dispone que es deducible fiscalmente. Jurídicamente, por tanto, el artículo 25 de la Ley ha venido a calificar los convenios de colaboración como donaciones modales.

²⁸ Sobre la difícil naturaleza jurídica de las federaciones deportivas *vide* GAMERO CASADO (2002, págs. 25 y ss.).

²⁹ Los convenios de colaboración y el contrato de patrocinio y su régimen en el IVA lo hemos estudiado en BLÁZQUEZ LIDOY (2002, págs. 53 y ss.).

Es más, creemos que la figura del convenio de colaboración no es exclusiva de las entidades acogidas a la Ley 49/2002. Cualquier entidad que persiga fines de interés general podrá utilizar estos convenios y aplicar el régimen correspondiente a las donaciones. Por tanto, si se celebrara por una entidad sin ánimo de lucro no sometida a la Ley 49/2002 el convenio no estaría sujeto al IVA, ni sería gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades del colaborador, ni tampoco tributaria en la entidad no lucrativa por ser una donación. Es decir, la diferencia de celebrar el convenio con una entidad no sometida a la Ley 49/2002 está en el mecenazgo, que no tendrá derecho al gasto deducible³⁰. No obstante, parece que la DGT se manifiesta en contra en sus Resoluciones de 3 de diciembre de 2003 (consulta núm. 2057-03) (*Normacef Fiscal*, NFC018827) y de 30 de abril de 2004 (consulta núm. 1140-04).

Por su parte, frente al convenio de colaboración en actividades de interés general, la otra opción de que disponen las entidades no lucrativas para financiar actividades es el contrato de patrocinio. El artículo 24 de la Ley 34/1998 dispone que *«El contrato de patrocinio publicitario es aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador. El contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables»*. Pero, en cualquier caso, se trata de una prestación de servicios a todos los efectos, pues, como se señala en el párrafo 2 del artículo 24, se le aplican las normas del contrato publicitario. Por tanto, a los efectos del IVA, es una prestación de servicios que devenga dicho impuesto. Para la sociedad patrocinadora será gasto deducible sin límite [el art. 14.1(e) del TRLIS señala que son gastos deducibles los realizados para promocionar directa o indirectamente la venta de bienes y prestación de servicios]. Es decir, en el contrato de patrocinio publicitario, donde convive el carácter remuneratorio con la voluntad benefactora, prima el carácter retributivo a los efectos tributarios. Ahora bien, como novedad en la Ley 49/2002 tampoco se ha dispuesto que las rentas obtenidas por la entidad no lucrativa en concepto de patrocinio están exentas [art. 6.1(a)].

Por tanto, si una entidad está acogida al régimen fiscal privilegiado de la nueva Ley la única diferencia entre acordar un patrocinio o un convenio de colaboración está en el IVA. De esta manera, si el patrocinador tiene pleno derecho a la deducción, le será indiferente el patrocinar o colaborar (descontando el posible efecto financiero de tener que adelantar el impuesto). Es más, para la

³⁰ CASANELLAS (2003, pág. 204), por el contrario, afirma que el convenio de colaboración sólo se puede celebrar con una entidad acogida a la Ley 49/2002 y que los convenios suscritos por entidades no acogidas a esta normativa deben calificarse como actuaciones de patrocinio publicitario. A nuestro juicio, sin embargo, esta postura no resulta acertada. En primer lugar, porque la propia autora hace mención a que los patrocinios publicitarios se distinguen de los convenios de colaboración por la finalidad perseguida y la naturaleza jurídica del contrato. Creemos que si un convenio de colaboración tiene unas notas diferenciadoras objetivas su calificación jurídica no puede mutarse a la de patrocinio publicitario por el hecho de que la entidad no lucrativa se acoja o no al régimen de la Ley 49/2002. Es más, pensemos en aquellas entidades que creen que están en el régimen de la Ley 49/2002 y la Inspección les excluye del régimen por incumplir alguno de los requisitos del artículo 3; a partir de ese momento ¿los convenios firmados pasan a ser contratos de patrocinio? En segundo lugar, en el IVA, impuesto armonizado, el sistema no permite calificar un contrato en función de un destinatario; el convenio de colaboración no devenga IVA porque se ha asimilado a una donación, y el régimen jurídico de las donaciones no depende del régimen tributario del destinatario.

entidad no lucrativa será incluso más beneficioso trabajar con IVA para poder deducirse los IVA soportados o, en su caso, aumentar el porcentaje de prorrata ³¹. Si, por el contrario, no tiene pleno derecho a la deducción, como ocurre con aquellas entidades no lucrativas que colaboran en las actividades de las más pequeñas (como la obra social de las cajas de ahorro), es preferible acudir al convenio de colaboración en tanto que suponga una mayor aportación. Es decir, si para el patrocinador/colaborador el IVA es un coste la entidad realizará sus opciones económicas tomando en consideración el IVA; de esta manera, si están dispuestos a perder en total la cantidad de 1.000 unidades (IVA incluido) a la entidad no lucrativa le interesará que sea un contrato de patrocinio, en la medida que recibirán íntegramente las 1.000 unidades.

Sólo nos resta hacer una matización. Se parte de la base que el convenio de colaboración no devenga IVA. Sin embargo, es necesario matizar que lo que no devenga IVA es el servicio de difusión de la participación del colaborador a cambio de una contraprestación económica. Ahora bien, el problema estará en aquellos casos donde el colaborador no entregue dinero, sino una prestación de servicios o un bien. En efecto, imaginemos que una entidad cede su local para unas jornadas y, a cambio, la fundación difunde su colaboración. A nuestro parecer se podría considerar que nos encontramos ante un convenio de colaboración ³²; por tanto, para el colaborador todos los gastos de la cesión del local son deducibles, para la fundación no es ingreso computable (realmente las prestaciones de servicios gratuitas no son nunca ingreso computable en la medida en que no implican un apunte en contabilidad), la difusión que haga la fundación no devenga IVA. Sin embargo, la cesión gratuita del local por parte del mecenas sí. Se trata de un supuesto de autoconsumo. Y ese IVA es repercutible a la fundación (*vide* BLÁZQUEZ LIDOY, 2002, págs. 48 y ss).

No obstante de lo hasta ahora dicho creemos necesario hacer un valoración de la no sujeción al IVA desde el punto de vista de la Sexta Directiva. En efecto, no hay que olvidar que el TJCE ha señalado en su Sentencia de 17 de noviembre de 1993 [Asunto C-68/92 (*Normacef Fiscal*, NFJ003197)] que el «concepto de "prestaciones de publicidad" es un concepto comunitario, que debe ser objeto de interpretación uniforme, a fin de evitar las situaciones de doble imposición o de no imposición que pudieran resultar de interpretaciones divergentes». Y este concepto de prestación de publicidad se ha definido de una manera amplia, que da cabida a las entidades que no sean de publicidad y que alcanza incluso a los servicios de promoción ³³. De esta manera, sólo en aquellos casos donde el

³¹ CASANELLAS (2003, pág. 220) entiende, por el contrario, que el convenio de colaboración presenta la ventaja adicional de que la aportación recibida quedará íntegramente a su disposición mientras que en el contrato de patrocinio deberá restar el IVA.

³² La propia DGT ha reconocido que en los convenios de colaboración la aportación puede hacerse no sólo en dinero sino también en especie o con prestaciones de servicios (Resolución de 13 de octubre de 2004, consulta vinculante núm. 0186-04).

³³ Se señala en la Sentencia de 17 de noviembre de 1993 (Asunto C-68/92) (*Normacef Fiscal*, NFJ003197) que «será suficiente con que una operación de promoción, como la venta de mercancías a precio reducido, la distribución a los consumidores de bienes muebles corporales vendidos al destinatario por una agencia de publicidad, la prestación de servicios a precio reducido o gratuitamente, o la organización de un cóctel o de un banquete, implique la transmisión de un mensaje destinado a informar al público acerca de la existencia y cualidades del producto o servicio que sea objeto de la referida operación de promoción, a fin de incrementar sus ventas, para que se la pueda calificar de prestación de publicidad en el sentido de la letra e) del apartado 2 del artículo 9 de la Sexta Directiva».

retorno testimonial que reciba el mecenas pueda no tener significación como contraprestación cabe aplicar no sujeción al IVA ³⁴. Si, por el contrario, la difusión pasa de ese mero retorno testimonial la Sexta Directiva exige que tribute por este impuesto. Es decir, con independencia de que no se pueda considerar como donación a los efectos de la Ley 49/2002, en la LIVA el tratamiento, conforme a la Sexta Directiva, debería ser otro ³⁵.

3. EXENCIONES EN LA LEY 49/2002 Y LAS EXENCIONES DE LA LIVA

Una de las novedades más importantes de la Ley 49/2002 ha sido la confección de una lista cerrada de actividades exentas siempre y cuando coincidan con los fines de las entidades no lucrativas. Y, precisamente, uno de los aspectos fundamentales del nuevo artículo 7 de la Ley 49/2002 es la proximidad que tiene en los términos y conceptos empleados por la Ley del IVA. Se puede ver cómo el artículo 7 emplea conceptos tales como *prestación de servicios*, como algo distinto de la *entrega de bienes*, distinción que hasta ahora sólo operaba en el IVA porque el régimen jurídico de ambos era distinto (exenciones, lugar de realización del hecho imponible, devengo, operaciones intracomunitarias, régimen de deducción y de regularización, etc.).

Pero en especial resulta llamativa la relación del artículo 7 con las propias exenciones del IVA. Así, los servicios médicos, educación, servicios sociales, conferencias, deporte y las actividades de espectáculos están íntimamente relacionados con las exenciones reguladas en el IVA ³⁶.

En efecto, muchos de sus conceptos son extraídos de esta norma lo que hace necesario que nos planteemos si es posible que las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que de la LIVA se realicen son o no extrapolables al mismo concepto que en la Ley 49/2002 se empleen. Hay que tener en consideración que la doctrina, resoluciones administrativas y la jurisprudencia que sobre el IVA existen hace que nos encontremos ante un *corpus iuris* consolidado. Se trata, por tanto, de aceptar o no un concepto unívoco para el ordenamiento. Y, a mi juicio, la respuesta debe ser negativa en la medida en que los métodos de interpretación no son los mismos. En efecto, las exenciones en el

³⁴ De la misma forma que están no sujetas las entregas gratuitas de muestras de mercancías sin valor comercial estimable (art. 7.2 de la LIVA) o las entregas de objetos publicitarios a un mismo destinatario por importe inferior a 90,15 € (art. 7.4 de la LIVA) o como en el caso del artículo 4.5 de la Sexta Directiva donde se establece la no sujeción de ciertas actividades de los entes públicos cuando el volumen de las mismas sea insignificante.

³⁵ Por otro lado, es necesario hacer referencia a la doctrina sentada por la DGT en su Resolución de 13 de abril de 2004 (Consulta núm. 0939-04) (*Normacef Fiscal*, NFC019305), basada en un informe de la Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas de 11 de marzo de 2004. En dicha Resolución se llega a la conclusión de que la cesión de la marca de una fundación a una empresa para que ésta pueda utilizar dicho logo en sus campañas de publicidad a cambio de una determinada cantidad es un convenio de colaboración que no devenga IVA porque la ayuda del colaborador no pierde su carácter esencialmente gratuito. A nuestro parecer, desde el punto de vista del IVA, nos encontramos ante una cesión de marca y, como tal, devenga IVA.

³⁶ PEDREIRA (2003, pág. 156) advierte que el sistema de interrelacionar los beneficios fiscales aplicables a las entidades sin fines lucrativos en IVA e Impuesto sobre Sociedades se aplica en otros ordenamientos como el francés.

IVA son conceptos autónomos de Derecho comunitario y que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo deben ser interpretados de forma estricta³⁷. A esto hay que añadir que en la LIVA, prima, ante todo, un principio de neutralidad que da lugar a interpretaciones casi económicas y que no deben operar de la misma manera en el Impuesto sobre Sociedades³⁸. Así en la STJCE de 6 de noviembre de 2003 (DORNIER, C-45/01) (*Normacef Fiscal*, NFJ015620) se señala que si bien en las exenciones por asistencia sanitaria se conceden a los Estados miembros la facultad de apreciar qué establecimientos o qué profesiones sanitarias pueden acogerse a la exención esto no impide a los particulares que, según indicios objetivos, realicen las prestaciones de interés general a las que se refieren dichas exenciones, invocar directamente las disposiciones de la Sexta Directiva contra cualquier disposición nacional que no sea conforme a esta Directiva. De esta manera, por ejemplo, se señala que a los efectos del IVA no es válida la limitación impuesta por el Estado de que las prestaciones se realicen bajo supervisión médica. Sin embargo, en otros ámbitos fuera del IVA sería perfectamente válido.

Por tanto, ni la jurisprudencia ni la doctrina administrativa del IVA deben ser automáticamente extrapolables al IS. Esto no es óbice para que el acervo que en el IVA se tenga suponga un punto de referencia muy importante a la hora de hacer frente al contenido de las exenciones del artículo 7, pero sin perder de vista que en ciertos casos pueden separarse. Así, por poner un ejemplo, cabe hacer referencia a la exención por «*organización de representaciones musicales, coreográficas, teatrales...*» (art. 7.5 de la Ley 49/2002 y art. 20.Uno.14 de la LIVA). En la STJCE de 3 de abril de 2003 (Asunto MATTHIAS HOFFMANN, C-144/00) (*Normacef Fiscal*, NFJ014000) implícitamente se reconoce que la exención cultural no afecta sólo a las cantidades que obtiene el *organizador* del concierto (cobro de la entrada), sino que alcanza a la contraprestación satisfecha por el organizador al solista. Es decir, la exención no opera en el último eslabón de la cadena, sino también en el intermedio, de tal manera que también las entidades que realizan actividades de *representación* podrían estar exentas. ¿Esta interpretación, basada en el principio de neutralidad en el IVA, se aplica en el Impuesto sobre Sociedades? A nuestro parecer no. Otro ejemplo estaría en el concepto de minusválido. El artículo 7.1 d) de la Ley 49/2002 excluye de tributación las actividades de personas con discapacidad. El problema es definir cuándo una persona está discapacitada. Una primera opción es limitarse a los discapacitados que estén reconocidos como tales en el ordenamiento español, es decir, deben tener un porcentaje acreditado mínimo del 33 por 100 (art. 67 del RIRPF o art. 2 de la Ley 41/2003). Otra opción sería acudir a un concepto vulgar, que es el que a nuestro parecer se define en el IVA. Así, con relación al término minusválido, el TSJ de Andalucía ha entendido en Sentencia de 1 de junio de 1998 (JT 1998\1226) que no hay que acudir al concepto jurídico del mismo sino al concepto usual, donde no se puede medir por porcentaje sino por la dificultad de desenvolvimiento en sus movimientos, que las diferencian de aquellas otras personas que las llegan a realizar sin impe-

³⁷ Por ejemplo, en la STJCE de 27 de noviembre de 2003 (C-497/01) (*Normacef Fiscal*, NFJ015629) se señala que las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate.

³⁸ Éste es un tema que ya hemos tratado en otro lugar. Vide BLÁZQUEZ LIDOY (2002, *passim*).

dimento alguno. Y de la misma manera, en la Propuesta de Directiva del Consejo para modificar los tipos reducidos en el IVA [COM(2003) 397] se señala que con relación al tipo reducido de la categoría 4 del Anexo H el concepto de minusvalía es lo suficientemente amplio como para cubrir igualmente las enfermedades graves o de larga duración. De esta manera, por ejemplo, la asistencia a una persona con discapacidad temporal, como podría ser un convaleciente de una operación, estaría exenta³⁹. Pues bien, a nuestro parecer el concepto de minusválido que debe emplearse en la Ley 49/2002 es el definido legalmente en el ordenamiento español mientras que en el IVA se debe acudir a su significado vulgar.

Analizar las exenciones del artículo 7 de la Ley 49/2002 y de las exenciones del artículo 20.Uno de la LIVA excede en mucho de las pretensiones de este trabajo⁴⁰.

4. EL CONCEPTO DE ACTIVIDADES ACCESORIAS O AUXILIARES DEL ARTÍCULO 7.11 DE LA LEY 49/2002 Y SU VINCULACIÓN CON EL IVA

En el artículo 7.11 de la Ley 49/2002 se ha dispuesto que estarán exentos:

«Explotaciones económicas que tengan un carácter meramente auxiliar o complementario de las explotaciones económicas exentas o de las actividades encaminadas a cumplir los fines estatutarios o el objeto de la entidad sin fines lucrativos.

No se considerará que las explotaciones económicas tienen un carácter meramente auxiliar o complementario cuando el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de ellas exceda del 20 por 100 de los ingresos totales de la entidad»

En este precepto no se ha venido a definir qué son actividades auxiliares o complementarias. Sin embargo, el IVA quizás pueda ser un punto de apoyo para poder solventar esta situación.

(i) En primer lugar, en el IVA se hace mención a términos como actividades *accesorias o directamente relacionadas*. En efecto, cuando la Sexta Directiva determina la exención de determinadas prestaciones de servicios extiende la misma a las entregas de bienes *directamente relacionadas* con las mismas. Así lo hace con relación a los servicios sanitarios, sociales, culturales o con la educación (art. 13.A.1). A estos efectos, el Tribunal de Luxemburgo ha identificado el concepto *directa-*

³⁹ Sobre el concepto de discapacidad puede verse RAFAEL DE LORENZO (2003, págs. 75-77).

⁴⁰ El examen detallado de esta cuestión se puede consultar en otro trabajo nuestro [BLÁZQUEZ LIDOY, A., «El Impuesto sobre Sociedades de las entidades sin fin de lucro privilegiadas» en AA.VV., *Estudios y comentarios sobre las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo. Estudio de la Nueva legislación*, (dirigido por RAFAEL DE LORENZO y MIGUEL CRUZ), en prensa].

mente relacionados con actividades estrechamente vinculadas ⁴¹. Y en la STJCE de 6 de noviembre de 2003 (DORNIER, C- 45/01) (*Normacef Fiscal*, NFJ015620) se ha señalado que en la medida en que una prestación no reviste un carácter *accesorio* respecto a la asistencia sanitaria, ya que son un fin en sí mismas y no como un medio para que los destinatarios disfruten en mejores condiciones de otras prestaciones, no pueden calificarse como prestaciones directamente relacionadas.

(ii) En segundo lugar, no hay que olvidar que en todos aquellos casos donde en una operación y por precio único se incluyeran junto con los servicios principales exentos entregas de bienes que sean *accesorias* a las mismas habrá que entender que a efectos del régimen del IVA existe sólo una operación y que debe tributar en función de la prestación principal (art. 79.dos pfo. 2 de la LIVA). En este sentido, parece que habrá de entenderse por *accesoria* toda prestación o entrega que no se considere un fin en sí mismo sino el medio de disfrutar en las mejores condiciones el servicio principal ⁴².

⁴¹ A efectos de cómo interpretar el concepto de entregas *directamente relacionadas* con las prestaciones de asistencia sanitaria parece que el TJCE entiende que cuando la entrega esté *estrechamente vinculada* a la actividad sanitaria alcanzará también la exención a la misma [Sentencia de 11 de enero de 2001 (Asunto C-76/99) (*Normacef Fiscal*, NFJ010306)]. En las Conclusiones del Abogado General del TJCE POIARES MADURO presentadas el 18 de mayo de 2004 (Asunto BBL, C-8/03) se analiza la exención de la *gestión* de los fondos comunes de inversión y entiende que puede ampliarse la exención a todas las operaciones *directamente vinculadas* al sistema de gestión del fondo de inversión y no limitarse a la mera toma de decisiones. De esta manera, debe restringirse a las operaciones *estrechamente vinculadas*, a aquellos servicios *indisociables* a las operaciones exentas. Por el contrario, los servicios *fácilmente disociables* de la gestión del fondo deben considerarse sujetos al IVA.

⁴² El TJCE en la Sentencia de 25 de febrero de 1999 (Asunto C-349/96) (*Normacef Fiscal*, NFJ007331) ha señalado «cuáles son los criterios adecuados para decidir, en materia de IVA, si una operación que está compuesta por varios elementos debe ser considerada como una prestación única o como dos o más prestaciones diferentes que deben ser apreciadas separadamente. 27. Con carácter preliminar, es preciso recordar que la cuestión relativa a la extensión de una operación tiene una importancia particular desde el punto de vista del IVA, tanto para determinar el lugar de las prestaciones de servicios como para aplicar el tipo impositivo o, como en el presente asunto, para aplicar las disposiciones relativas a la exención previstas por la Sexta Directiva. Además, hay que señalar que, debido a la diversidad de transacciones comerciales, es imposible dar una respuesta exhaustiva sobre la manera de abordar correctamente el problema en todos los casos. 28. Sin embargo, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 2 de mayo de 1996, Faaborg-Gelting Linien (C-231/94, Rec. p. I-2395), apartados 12 a 14, acerca de la calificación de la explotación de un restaurante, cuando la operación controvertida está constituida por un conjunto de elementos y de actos, primeramente procede tomar en consideración todas las circunstancias en las que se desarrolle la operación de que se trate. 29. A este respecto, teniendo en cuenta la doble circunstancia de que, por una parte, del apartado 1 del artículo 2 de la Sexta Directiva se deduce que cada prestación de servicio normalmente debe ser considerada como distinta e independiente y que, por otra, la prestación constituida por un único servicio desde el punto de vista económico, no debe ser desglosada artificialmente para no alterar la funcionalidad del sistema del IVA, es importante buscar los elementos característicos de la operación controvertida para determinar si el sujeto pasivo realiza para el consumidor, considerado como un consumidor medio, varias prestaciones principales distintas o una prestación única. 30. Hay que señalar que se trata de una prestación única, en particular, en el caso de autos, en el que ha de considerarse que uno o varios elementos constituyen la prestación principal, mientras que, a la inversa, uno o varios elementos deben ser considerados como una o varias prestaciones accesorias que comparten el trato fiscal que la prestación principal. Una prestación debe ser considerada accesorio de una prestación principal cuando no constituye para la clientela un fin en sí, sino el medio de disfrutar en las mejores condiciones del servicio principal del prestador (sentencia de 22 de octubre de 1998, Madgett y Baldwin, asuntos acumulados C-308/96 y C-94/97, Rec. p. I-0000, apartado 24). 31. En estas circunstancias, el hecho de que se facture un precio único no tiene importancia decisiva. Es cierto que cuando un prestador proporciona a sus clientes una prestación de servicio compuesta por varios elementos contra el pago de un precio único, éste puede abogar en favor de la existencia de una prestación única. Sin embargo, pese al precio único, si de las circunstancias descritas en los apartados 7 a 10 de la presente sentencia se desprende que los clientes entienden comprar dos prestaciones distintas, a saber, una prestación de seguro y una prestación de servicio de registro de tarjetas, entonces sería preciso aislar la parte del precio único relativa a la prestación de seguro, que, en todo caso, quedaría exenta. Para ello, debe seguirse el método de cálculo o de apreciación más sencillo posible (véase, en este sentido, la sentencia Madgett y Baldwin, antes citada, apartados 45 y 46)».

(iii) En tercer lugar, también existe otra referencia a las actividades accesorias dentro de los denominados sectores diferenciados [art. 9.Uno c) de la LIVA]. En efecto, la aplicación de los sectores diferenciados, además de exigir que las actividades económicas tengan asignados grupos diferentes en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, requiere que la actividad secundaria no sea considerada como *accesoria* de la principal; y para que sea accesorio se exige que contribuya a la realización de la actividad principal. Esta contribución parece que habrá que entenderse desde la perspectiva de la producción y no de la financiación. Es decir, si una entidad sin ánimo de lucro presta servicios jurídicos a terceras personas para conseguir financiar su actividad social a pesar de que contribuya en sentido económico no lo hace en sentido productivo. Así, en los sectores diferenciados del IVA se ha considerado una actividad accesorio por la DGT la realización de estudios de solvencia de los asegurados respecto de la actividad de seguros [Resolución vinculante de 7 de julio de 1986 (BOE 4/7/1986)] o la edición y venta de libros a los propios alumnos respecto de la actividad de enseñanza [Resolución vinculante de 31 de marzo de 1987 (BOE 28/04/1987)].

(iv) El artículo 13.A.2(b) de la Sexta Directiva, que es de aplicación directa, determina que las prestaciones de servicios y las entregas de bienes de interés general estarán excluidas del beneficio de la exención cuando «*no fueran indispensables para la realización de las operaciones exentas*». Es decir, lo único que está exento en las prestaciones de servicios sanitarios, deportivos, culturales, sociales, de asistencia a la juventud, etc., son las prestaciones de servicios indispensables.

(v) También se hace relación a las operaciones accesorias en el artículo 19.2 de la Sexta Directiva. Así, a los efectos de excluir de la regla de prorrata las operaciones accesorias inmobiliarias, o financieras, o las enumeradas en el artículo 13.B.(d), siempre que se trate de operaciones *accesorias* y no principales. Y el TJCE entiende (Sentencia de 29 de abril de 2004, EDM, C-77/01) (*Normacef Fiscal*, NFJ016398) que nos encontramos ante operaciones accesorias cuando estas operaciones supongan una utilización muy limitada de bienes o de servicios por los que deba soportarse IVA, con independencia de cuál sea la magnitud de los ingresos generados ⁴³.

5. DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES; SU SIMILITUD CON LA REGLA DE PRORRATA

El artículo 8 de la Ley 49/2002 regula la determinación de la base imponible para las explotaciones económicas que tributan. Con la actual normativa, son deducibles, dejando al margen las amortizaciones, «*los gastos exclusivamente imputables*» a las explotaciones económicas no exen-

⁴³ Para el Abogado General LÉGER, en sus conclusiones, de 12 de septiembre de 2002 (C-77/01), las operaciones accesorias del artículo 19.2 de la Sexta Directiva deben entenderse en un doble sentido. En primer lugar, de forma negativa: cuando no sea una prolongación directa permanente y necesaria de una actividad sujeta al impuesto. En segundo lugar, el término accesorio, desde un punto de vista literal, significa lo que acompaña o sucede a lo principal o lo que está subordinado a lo esencial. Y aplicado a la Sexta Directiva accesorias significaría que las operaciones de que se tratan no están directamente incluidas en la actividad económica principal de sujeto pasivo pero que tienen una estrecha relación con ella, y que no debe ser más importante que la actividad principal. Es decir, tiene que cumplir dos requisitos acumulativos; de carácter cualitativo, como la existencia de cierta relación con la actividad principal y de carácter cuantitativo, que dichas operaciones no sean más importantes que aquéllas.

tas, y «los gastos parcialmente imputables» lo serán en función de un criterio objetivo, determinado por el porcentaje resultante de dividir los ingresos de la explotación económica que tributa entre el total de ingresos. Y este sistema recuerda, quizás demasiado, a la prorrata especial que se emplea en la normativa del IVA para determinar el IVA soportado deducible (art. 106). Sin embargo, en el IVA este sistema general tiene normas específicas para ciertos supuestos.

En primer lugar, es necesario reseñar el sistema de los sectores diferenciados. En efecto imaginemos que una entidad no lucrativa realice dos actividades distintas, una explotación que tributa y otra explotación donde las rentas sólo estén exentas en parte. Por poner un ejemplo, realiza venta de juguetes y representaciones de teatro. Y en esta última actividad realiza actividades exentas –organización– y no exentas –representación por cuenta de terceros–. En dicho caso, los gastos comunes a las actividades exentas y no exentas del teatro no se prorratean, con la Ley 49/2002, entre los ingresos de la propia actividad, que sería quizás lo lógico, sino que hay que tomar en consideración los ingresos de otra actividad que nada tiene que ver. En este sentido, y aunque sea a los efectos de otro tributo, un ejemplo adecuado para solventar esta problemática está en lo que son los sectores diferenciados en el IVA, que tiene como elemento caracterizador que será obligatorio para cada sector diferenciado su propio régimen de deducciones, como si de dos empresas separadas se tratara (art. 101 de la LIVA). De esta manera, todos los IVA soportados para cada actividad en concreto serán deducibles en función del régimen de deducción de dicha actividad. En nuestro caso, el IVA soportado por las operaciones exclusivamente afectas a la actividad de teatro sería deducible en función de las actividades exentas y sujetas relacionadas con el propio teatro.

En segundo lugar, en el IVA, para determinar el porcentaje de IVA soportado deducible se divide, de la misma manera que en la Ley 49/2002, los ingresos de la explotación económica que tributa entre el total de ingresos. No obstante, en el IVA se eliminan aquellos elementos que puedan distorsionar el resultado a diferencia de lo que sucede en el Impuesto sobre Sociedades ⁴⁴. Así, el artículo 104.Tres de la LIVA excluye las entregas de bienes de inversión que el sujeto haya empleado en su actividad económica y el importe de las operaciones inmobiliarias. La solución del IVA parece lógica y correcta. La de la Ley 49/2002 se nos presenta carente de justificación. En efecto, que el porcentaje de gastos deducibles de una explotación económica dependa de los intereses, dividendos o beneficios por explotaciones económicas carece a nuestro parecer de justificación, pues son magnitudes que no parece que deban afectar al importe del gasto deducible.

Pero, dejando al margen esta cuestión, el hecho de que sean los ingresos el elemento que se tome en consideración tanto en el IVA como en la Ley 49/2002 supone acudir a un criterio equivocado. En efecto, en las entidades no lucrativas el término de comparación no debería ser los *ingre-*

⁴⁴ Así, en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 29 de abril de 2004 (Asunto EMD, C-77/01) (*Normacef Fiscal*, NFJ016398) se advierte que la no inclusión de determinadas operaciones accesorias en el denominador de la prorrata tiene por objeto neutralizar los efectos negativos que para el sujeto pasivo tiene dicha consecuencia inherente referida al cálculo, para evitar que estas operaciones lo falseen y garantizar así el objetivo de neutralidad que el sistema común de IVA persigue. Y en este sentido hay ciertos resultados, como los derivados de las operaciones financieras, que no implican ningún empleo de bienes o servicios por los que debe pagarse el IVA, o por lo menos, sólo implican una utilización muy limitada de estos bienes o servicios, por lo que su inclusión en la regla de prorrata falsearía el cálculo de la deducción.

sos sino, a nuestro juicio, los *costes*. Hay que pensar que en muchos casos estas entidades operan por precios inferiores de mercado o incluso al coste y cubren ese diferencial por medio de otros ingresos. Es el caso de aquellas entidades que realizan dos explotaciones económicas, una ajena a su actividad y otra exenta, coincidente de la misma. Además, la explotación que tributa está en beneficios y la actividad fundacional en pérdidas, cubriéndose esa pérdida con el beneficio de las rentas que tributan. Pongamos un ejemplo numérico. La explotación económica que tributa tiene unos ingresos de 100 y unos costes reales de 50; la explotación que no tributa tiene unos ingresos de 60 y unos costes reales de 110. Los gastos comunes son por 75 unidades. En este caso, conforme a la regla del artículo 8.2(b) de la Ley 49/2002 será deducible el 62,5 por 100 (100 entre 160). Por tanto, sería deducible la cantidad de 46,88 unidades (75 por 62,5%). Sin embargo, si el criterio que se tomara fuera el coste, el porcentaje de deducción descendería hasta el 31,25 por 100 (50 entre 160), por lo que sólo sería deducible la mitad del gasto que con el sistema de los ingresos (23,44 unidades). Y lo mismo se puede decir con relación a la prorrata en el IVA.

Con relación a la determinación de la base imponible en la Ley 49/2002 nada se dice con referencia a aquellos ingresos donde por precio único se cobren rentas exentas y otras no exentas. Por poner un ejemplo, imaginemos que por dar un curso una entidad cobrara una cierta cantidad, y que en dicha cuantía estuviese incluido la asistencia al curso, el material, pero también el hotel y el restaurante. En este caso, y a diferencia de lo que sucede con los gastos, no se ha establecido un criterio de imputación. En el IVA, y frente a estas situaciones, el artículo 79.Dos dispone que «*Cuando en una misma operación y por precio único se entreguen bienes o se presten servicios de diversa naturaleza...la base imponible correspondiente a cada uno de ellos se determinará en proporción al valor de mercado de los bienes entregados o de los servicios prestados*». En el caso que nos ocupa entiendo que el criterio que se emplea en el IVA puede ser una referencia, pero la entidad no lucrativa debe buscar aquel sistema que mejor refleje la realidad económica de la operación en cada caso, de tal manera, que también es posible basarse en cualquier otro sistema, como comparar el coste de los elementos, lo que exigiría que la entidad llevara una contabilidad analítica para determinar el coste de cada producto.

BIBLIOGRAFÍA

BLÁZQUEZ LIDOY, A., [2002], *El IVA en las entidades no lucrativas (Cuestiones teóricas y casos prácticos)*, Centro de Estudios Financieros-Confederación Española de Fundaciones, Madrid.

CASANELLAS CHUECOS, M., [2003], *El nuevo régimen tributario del mecenazgo. Ley 49/2003, de 23 de diciembre*, Marcial Pons, Madrid.

CHECA GONZÁLEZ, C., [2001], *Las exenciones tributarias en el ordenamiento estatal*, Lex Nova, Valladolid.

- CAZORLA PRIETO, L. M., y CORCUERA TORRES, A., [1999], *Los Impuestos del Deporte*, Aranzadi, Pamplona.
- DE LORENZO GARCÍA, R., [2003], *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo (desarrollo humano y discapacidad)*, Informe al Club de Roma, Fundación Once, Madrid.
- DE VAL TENA, A. L., [2002], *El trabajo de Alta Dirección. Caracteres y Régimen Jurídico*, Civitas, Madrid.
- GAMERO CASADO, E., [2002], «Naturaleza y régimen jurídico de las federaciones deportivas», *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 8.
- GARCÍA VILLAVERDE, R. [2001], «La retribución de los Administradores de las Cajas de Ahorro», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 17.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A., [2003], «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 118.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A., [2003], «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 122.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, J., [2003], *El régimen fiscal del sector no lucrativo y del mecenazgo*, Thomson-Civitas, Madrid.
- RUIZ GARIJO, M., [2004], «Requisitos fiscales de las entidades sin fines lucrativos para la obtención del régimen de exención (I)», *Jurisprudencia Tributaria*, Mayo.
- SALELLES CLIMENT, J. R., y VERDERA SERVER, R., [1997], *El patronato de la Fundación*, Aranzadi, Pamplona.

TRIBUTACIÓN	CONSIDERACIONES SOBRE NEUTRALIDAD FISCAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL	Núm. 3/2005
-------------	---	----------------

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Jaén

Extracto:

EN este trabajo se analiza la problemática de la neutralidad fiscal en una doble línea. De un lado, presentando a ésta como un objetivo a conseguir por el legislador en materia tributaria. De otro, analizando en qué medida se ha conseguido la neutralidad fiscal con algunas reformas legislativas, mientras que con otras se ha perdido tal neutralidad en el ámbito empresarial. Se pone de manifiesto cómo por ejemplo con la reforma del gravamen adicional sobre las rentas de los establecimientos permanentes de entidades no residentes se consiguió una mayor neutralidad en materia de fiscalidad internacional. Frente a ello, en algunas otras reformas tributarias, como es el caso de la reforma de las Haciendas Locales, se ha producido una quiebra de tal neutralidad en el ámbito empresarial. Así, con la reforma del Impuesto sobre Actividades Económicas, la exención de este impuesto va a depender de la forma de organización empresarial elegida, lo cual se aleja del postulado de la neutralidad fiscal. Los supuestos analizados en este trabajo ponen de manifiesto cómo la búsqueda de la neutralidad fiscal ha sido una preocupación del legislador tributario principalmente en materia de fiscalidad internacional, mientras que se ha descuidado o no se ha buscado por el mismo en otros campos impositivos.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Neutralidad fiscal y formas de organización empresarial.
- III. La perspectiva internacional: la toma en consideración del gravamen adicional sobre las rentas obtenidas en España a través de establecimientos permanentes por entidades no residentes en nuestro territorio.
 - A. La reforma del gravamen adicional.
 - B. La delimitación del gravamen.
 - C. La reducción del tipo de gravamen.
 - D. El avance hacia la neutralidad fiscal internacional.
 - E. La supresión del requisito de la reciprocidad con respecto a las entidades que tengan su residencia a efectos fiscales en otro Estado miembro de la Unión Europea.
- IV. La dimensión interna: la toma en consideración de la problemática del Impuesto sobre Actividades Económicas.
 - A. Cuestiones criticables en la articulación de la imposición local.
 - B. La superposición entre el Impuesto sobre Actividades Económicas y los impuestos estatales sobre la renta hasta la reforma de aquél.
 - C. La exención en el Impuesto sobre Actividades Económicas en función de la cifra de negocios.
 - D. La necesidad de coordinación entre el Impuesto sobre Actividades Económicas y la imposición estatal sobre la renta.
 - E. La debida toma en consideración de la renta: posibles vías para plasmarla.
- V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

En ocasiones el legislador realiza reformas impositivas amparándose en una búsqueda de la neutralidad fiscal, utilizando ésta como fundamento de las mismas, de forma que presenta como objetivo conseguir que el factor fiscal no deba condicionar ciertas opciones empresariales o económicas de los contribuyentes. En determinados supuestos esa neutralidad fiscal se presenta como un criterio guía de actuación en materia de creación normativa tributaria, siendo paradójicamente olvidado por el legislador en otras reformas impositivas. Si nos fijamos en las reformas operadas en los últimos años, podría dar la impresión de que nuestro legislador nacional se ha basado en una mayor búsqueda de la neutralidad impositiva en el ámbito de la fiscalidad internacional y especialmente en relación a las inversiones de las empresas extranjeras en España, intentando que la forma en que éstas se organicen o articulen no condicione las consecuencias fiscales de las mismas.

Pero, frente a esa búsqueda de la neutralidad fiscal en el plano de la internacionalización de las empresas, obviamente necesaria para la competitividad internacional de nuestro territorio como escenario de atracción de empresas extranjeras, no se puede decir que tal neutralidad se haya convertido en un principio o criterio general de actuación normativa respetado por el legislador tributario. Esto puede descubrirse si nos fijamos en ciertas reformas que se han producido en el ámbito de la fiscalidad de las empresas en una dimensión interna, en un plano distinto al de la búsqueda de no crear diferencias en relación a la organización de las inversiones de empresas extranjeras en España. En cierta medida parece primar la búsqueda de la neutralidad fiscal ante dimensiones internacionales, mientras ésta se descuida en un plano empresarial más interno.

Como muestra de ello, vamos a intentar poner un ejemplo de cada una de esas dos vertientes. Desde una dimensión internacional nos vamos a fijar en la reforma del gravamen adicional sobre las rentas obtenidas en España por entidades no residentes en nuestro territorio, con lo que se vino a conseguir que la opción de inversión en España, para un operador no residente en nuestro territorio, entre la fórmula de creación de una filial en territorio español o la fórmula de creación de un simple establecimiento permanente no se viera condicionada por diferencias fiscales. Obviamente, para situarnos en esta problemática deberemos partir de ciertas consideraciones previas en relación a la realidad y evolución del referido gravamen adicional para poder ubicar claramente en nuestro sistema impositivo la problemática de que estamos hablando.

Frente a ello, en un plano más interno tomaremos en consideración la reforma que se produjo en el Impuesto sobre Actividades Económicas, ante la reestructuración de las Haciendas Locales, explicando tal reforma, para desembocar en las diferencias impositivas resultantes de la misma. Se trata de un problema no ajeno totalmente a una dimensión internacional, en tanto que también afecta a las empresas no residentes en España, pero que ya en el plano de las empresas residentes pone de manifiesto unas diferencias impositivas entre las distintas formas de organización empresarial, que se alejan de los postulados de una neutralidad fiscal. No cabe duda de que la opción previa para la constitución de cualquier empresa es la de optar por una fórmula societaria o por la de empresario individual, sin perjuicio de la fórmula intermedia, por decirlo de alguna manera, de la comunidad de bienes. Ésta es una decisión que obviamente se debe tomar en el plano interno, sin perjuicio de sus posibles consecuencias también en el ámbito de la fiscalidad internacional.

Pues bien, el legislador tributario se ha mostrado más preocupado de la búsqueda de la neutralidad fiscal ante la opción de las empresas no residentes en España de operar en nuestro territorio a través de una sociedad filial o de un establecimiento permanente, olvidando en ciertos supuestos tal neutralidad cuando se trata de la opción para un empresario de elegir entre la forma de empresario individual o la de empresario societario, opción que puede demostrar su problemática, para empezar, en el simple plano interno, sin perjuicio de la dimensión internacional que se le pueda añadir. Si la forma de organización empresarial puede condicionar el disfrute o no de un determinado beneficio fiscal, con ello se quiebra la neutralidad fiscal, tan buscada y defendida por el legislador en otros ámbitos impositivos.

Nuestro estudio, antes de entrar en la descripción de los casos apuntados que nos sirven de base y ejemplo, deberá ir precedido de ciertas consideraciones sobre el concepto de neutralidad fiscal y del comportamiento que el legislador tributario debería tener ante las distintas formas de organización empresarial. De este modo, lo que a veces se intenta presentar por el legislador como un criterio inspirador de ciertas reformas en el plano de la fiscalidad internacional, habría que plantearse en qué medida sería más conveniente que se convirtiese en un principio general de actuación normativa tributaria también en el plano interno. Con ello no queremos decir que siempre en el plano interno quiebre la neutralidad fiscal ante las distintas formas de organización empresarial, pues existen evidentes muestras de la misma. Lo que sucede es que existen otros supuestos en los que el descuido de ésta es evidente e ilógico, lo que debería ser solventado. Así pues, mostrando y deteniéndonos igualmente primero en algo que el legislador ha hecho «bien», nos detendremos también en algo que éste no ha sabido estructurar desde la perspectiva de la neutralidad fiscal o en lo que, ilógicamente, no ha querido dar aplicación a tal neutralidad.

II. NEUTRALIDAD FISCAL Y FORMAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

Uno de los factores que inciden en mayor medida en la vida económica de la empresa es el factor fiscal. Los impuestos pueden incluso condicionar la organización de la empresa, adoptando ésta una forma u otra, dependiendo del régimen fiscal al que quiera estar sometido un empresario.

Pero esta decisión no viene condicionada sólo por la contemplación de un impuesto aisladamente considerado, sino por el conjunto de impuestos que recaen sobre una misma manifestación de riqueza. Puede existir una forma de organización empresarial que gire esencialmente alrededor de una figura impositiva que grave los beneficios de la empresa. Pero existen otras formas de organización de la misma que parten de la contemplación de distintos impuestos que se acumulan sobre los referidos beneficios. De esta forma, la organización de la empresa se puede ver condicionada por el hecho de que sobre los beneficios de la misma incidan al mismo tiempo varios impuestos y no sólo una única figura impositiva.

Hasta un cierto nivel, la principal opción que se presenta al empresario a la hora de determinar la forma de la empresa es optar por presentarse como empresario individual persona física o crear una sociedad, persona jurídica. Todo ello sin perjuicio de que se pueda optar, entre varios sujetos, por crear una comunidad de bienes; pero en este supuesto los resultados de la actividad se atribuyen directamente a los comuneros o partícipes en la misma.

Pero en la elección entre la forma de empresario individual y la forma de empresario societario, el contribuyente se presenta ante la opción de someterse a un solo impuesto que grave sus rentas como persona física o que se apliquen dos impuestos: uno que grave las rentas de la sociedad y otro que después grave los beneficios que se le distribuyen como dividendo. Se trata, pues, de someterse sólo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de someterse a éste por los dividendos procedentes de la distribución de las rentas que previamente han tributado en el Impuesto sobre Sociedades.

Esta primera aproximación a las acumulaciones de impuestos sobre la actividad empresarial se puede complicar, obviamente, cuando se trata de formas más complejas en la actuación de la empresa. No obstante, la primera opción básica es la que diferencia entre la disciplina fiscal del empresario individual y la problemática fiscal de las sociedades. A partir de ahí, cuando del plano interno pasamos al tráfico internacional de las empresas las acumulaciones de impuestos sobre los beneficios empresariales adquieren una mayor complejidad, desde el momento en que a los impuestos pagados en el interior de nuestro Estado se puedan sumar los soportados en el extranjero.

Todo esto nos sitúa ante la problemática de la doble imposición interna y de la doble imposición internacional y la manera en que ello incide sobre las distintas formas de organización empresarial. Pero cuando se habla de «doble» imposición se está haciendo referencia al pago de «dos» impuestos en relación a una misma manifestación de capacidad económica. Lo que sucede es que pueden ser más de dos los impuestos que recaigan en un mismo supuesto, pudiendo añadirse a los impuestos pagados en España los pagados en el extranjero. Ante la posibilidad de una pluralidad de impuestos y no sólo dos, se puede hablar ya de plurimposición y no sólo de doble imposición.

En relación a este trabajo, debemos partir de que la neutralidad impositiva debería presidir el fenómeno fiscal, de manera que no sea el factor tributario el que determine la forma de organización a elegir por el empresario, sino que tal opción venga determinada por otros factores intrínsecos a la empresa, como su volumen, tipo de actividad o dimensión del mercado en el que opere. Esta neu-

tralidad impositiva podría ser contemplada desde una perspectiva interna y desde otra internacional, que se corresponderían, respectivamente, con la problemática de la doble imposición interna y de la doble imposición internacional, en el sentido de que éstas no deberían limitar aquélla.

No obstante, deberemos fijarnos en un supuesto de doble imposición interna, pero vinculada a la problemática de la fiscalidad internacional. Se trata de un supuesto de doble imposición entre dos tributos del Estado: el Impuesto sobre la Renta de No Residentes y el gravamen adicional sobre las rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes por entidades no residentes. Se trata de un problema que se puede dar cuando una empresa no residente, en vez de operar en España a través de una filial constituida en nuestro país, opta simplemente por crear una sucursal en nuestro territorio. Nos encontramos ante un problema solucionado en relación a empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea, pero que se puede dar en relación a las entidades residentes en un Estado que no sea miembro de aquélla, si no existe un convenio internacional que lo impida. En relación a tal gravamen adicional se ha dado una reducción en su tipo de gravamen, que puede ser contemplada desde dos perspectivas distintas: la de evitar un efecto confiscatorio sobre la renta empresarial y la de conseguir la neutralidad en las decisiones empresariales internacionales; es decir, la neutralidad ante la opción de crear una sociedad filial en España o crear un simple establecimiento permanente en nuestro territorio.

Pues bien, partimos en esta investigación de los siguientes parámetros e hipótesis de trabajo: el factor fiscal tiene una importante incidencia económica en la empresa; la incidencia del factor fiscal se produce en función de la forma de organización empresarial; la incidencia del factor fiscal no debe ser analizada desde la perspectiva aislada de cada impuesto, sino desde la perspectiva de la pluriimposición, es decir, de la pluralidad de impuestos que inciden sobre la empresa.

Dejando a un lado lo anterior, debemos fijarnos también en que los Estados deben tener en cuenta, sobre todo, con respecto a la protección de sus intereses generales, la manera de conseguir que el factor fiscal no obstaculice la competitividad internacional de sus empresas. En relación a la competitividad de las empresas en los mercados internacionales, MAISTO habla de la necesidad de conseguir que se asegure, a las empresas que operan en el mercado exterior, al menos el mismo tratamiento fiscal al que están sometidas las empresas que este autor llama locales o las de otros países que operan en el mismo mercado y evitar, pues, que el instrumento fiscal constituya un elemento de distorsión de la concurrencia en el plano meramente económico ¹.

El legislador tributario debe tener en cuenta que en el mundo de hoy el elemento fiscal es muy importante en la vida y planificación de las empresas, y esta vida y planificación tienen una importante dimensión internacional. En relación a ello, GIUSSANI ha señalado lo siguiente: «En el mundo de hoy la internacionalización de las empresas no es ya un *slogan*. Es una necesidad concurrencial, una filosofía operativa. Las empresas "piensan" en términos globales. Y la globalidad significa también, entre otras cosas, mercados en los cuales las barreras geográficas deben ser ininfluentes. Ya que no es así, por las obvias diferencias legislativas entre las diversas naciones, las empresas "glo-

¹ Cfr. MAISTO, G.: *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, en *Diritto e Pratica Tributaria*, Parte Prima, 1981, pág. 1.142.

bales" intentan reducir al mínimo tales diferencias haciendo uso de instrumentos jurídicos alternativos. La elección de fondo entre exportar o constituir una sociedad en el extranjero es el ejemplo más evidente»². Pero además del régimen de tributación de las operaciones transnacionales pueden influir también en las elecciones de los empresarios internacionales los problemas del Ordenamiento tributario general de cada Estado. Señala así UCKMAR que «el factor fiscal se convertirá cada vez más en un elemento de concurrencia internacional determinando la elección por el empresario de los países en los que localizar la propia inversión. Y las elecciones estarán influenciadas por una pluralidad de elementos, incluso externos a la empresa, como por ejemplo la tributación de los rendimientos del trabajo dependiente, el comportamiento de la Administración financiera, el funcionamiento de la justicia tributaria, etc.»³.

Una de las consideraciones económicas que, en un modelo ideal de la tributación por las rentas transnacionales, influiría de manera más positiva en el comercio internacional y en el tráfico internacional de la riqueza, viene constituida por la referida neutralidad fiscal. Todo ello sin perjuicio de la incidencia del Derecho Comunitario Europeo en la necesidad de búsqueda de la neutralidad fiscal en determinados ámbitos impositivos.

Según GARBARINO, la neutralidad con respecto a las inversiones puede ser definida «como aquella situación tipo en la cual el actuar de la recaudación fiscal operada por los diversos Estados no influye en la elección del contribuyente entre efectuar la inversión en el propio Estado de residencia o bien en el extranjero (en el llamado "Estado de la fuente")». Y señala este autor que es oportuno «operar una distinción entre neutralidad interna ("*domestic neutrality*") y neutralidad externa ("*foreign neutrality*")». Indica GARBARINO lo siguiente: «El principio de la neutralidad interna prevé que a los sujetos que producen rentas también en el extranjero (o sólo en el extranjero) debe serles aplicado el mismo tratamiento tributario (ni más desfavorable, ni más favorable) que es aplicado a los sujetos que producen renta exclusivamente dentro del Estado de la residencia: la doctrina financiera denomina tal forma de neutralidad como neutralidad a la exportación de capitales (*capital export neutrality*). Tal *capital export neutrality* se obtiene cuando la presión tributaria sobre la renta producida en el extranjero es igual a la presión operada sobre la renta exclusivamente producida dentro del territorio del Estado de la residencia del inversor». De otro lado, señala este autor que «el llamado principio de la neutralidad externa (*foreign neutrality*), prevé, por el contrario, que a los sujetos residentes que produzcan rentas también en el extranjero (o sólo en el extranjero) debe serles aplicado el mismo tratamiento tributario (ni más favorable, ni más desfavorable) que el aplicado por el Estado dentro del cual tal renta es producida a los sujetos que produzcan renta exclusivamente dentro de aquella jurisdicción»⁴.

Existe, pues, una doble dimensión de la neutralidad impositiva, interna y externa o internacional, debiendo buscarse por el legislador tributario en ambos ámbitos.

² «L'internazionalizzazione delle imprese e la fiscalità internazionale», en *Operazioni internazionali e fiscalità. L'impatto della normativa tributaria italiana sulle attività con l'estero*, Edizioni del Sole 24 ore, 1987, pág. 368.

³ «La internazionalità dell'impresa e la sua tassazione», en *Esperienze straniere e prospettive per l'ordinamento tributario italiano*, CEDAM, Padova, 1989, pág. 228.

⁴ «Di alcuni principi che informano le norme interne in materia di tassazione del reddito prodotto su base internazionale», en la *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Parte I, 1989, págs. 52 a 57.

III. LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL: LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DEL GRAVAMEN ADICIONAL SOBRE LAS RENTAS OBTENIDAS EN ESPAÑA A TRAVÉS DE ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES POR ENTIDADES NO RESIDENTES EN NUESTRO TERRITORIO

A. La reforma del gravamen adicional.

Dentro de la disciplina de la tributación de las rentas de los no residentes, un gravamen individualizable o diferenciable del Impuesto que grava la obtención de tales rentas, está constituido por el que grava su transferencia al extranjero. La Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modificaron las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes, modificó la regulación del citado gravamen sobre la transferencia al extranjero de las rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes por entidades no residentes. De esta forma, esa Ley no sólo modificó ciertos aspectos de la disciplina del Impuesto sobre la Renta de No Residentes ⁵ en sí, sino también la del referido gravamen. Tal modificación de la regulación del gravamen adicional sobre los establecimientos permanentes o imposición complementaria sobre las rentas de éstos sirvió para alcanzar una mayor neutralidad fiscal, tal y como veremos. Para ello, debemos partir de la diferenciación o individualización de este gravamen frente a la disciplina general de la tributación por la obtención de la renta, por no residentes a través de establecimientos permanentes situados en nuestro territorio, delimitando así nuestro campo de atención. Esa situación normativa la encontramos actualmente en el Texto Refundido de la Ley del IRNR, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

B. La delimitación del gravamen.

Como distinta de la tributación de una entidad no residente por la obtención de rentas en España a través de un establecimiento permanente y añadida a ésta, nos encontramos con la tributación que se puede producir cuando tal entidad transfiere al extranjero las ganancias obtenidas en España. Esta tributación adicional ha recibido distintas denominaciones en la doctrina. Con respecto a la misma se ha hablado, a la luz de sus antiguas regulaciones, de «impuesto adicional sobre los establecimientos permanentes» ⁶ o de «impuesto complementario sobre las rentas del establecimiento permanente» ⁷, habiéndose utilizado, como decimos, diversas denominaciones en esta materia ⁸.

⁵ En adelante IRNR.

⁶ Al respecto, véanse, entre otros, CAVETANY MANZANEDO, M.A.: «El impuesto adicional sobre los establecimientos permanentes», en *Impuestos*, núm. 13, 1992, págs. 6 y ss.; CUEVAS MIAJA, I. de las: «El impuesto adicional sobre los establecimientos permanentes», en *Estudios sobre el Convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, Editorial Gaceta Fiscal, Madrid, 1991, págs. 315 y ss.; GONZÁLEZ POVEDA, V.: «La tributación de los no residentes en la Ley 18/1991», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 75, 1992, págs. 429 y 430.

⁷ Cfr. CARBAJO VASCO, D.: «La obligación real de contribuir en las normas reglamentarias del IRPF», en *Tribuna Fiscal*, núm. 19, 1992, pág. 42.

⁸ Entre otros, al respecto, habla BAENA AGUILAR del «hecho imponible adicional al presupuesto básico de la obligación real de contribuir con establecimiento permanente: el Impuesto sobre los beneficios del establecimiento transferidos al extranjero», de «Impuesto adicional», de «gravamen adicional» a secas o del «gravamen adicional sobre el sujeto no residente

La Ley 41/1998, de 9 de diciembre, que regulaba el IRNR, antes y después de la reforma que señalamos que sufrió en este punto, hablaba en relación a tal tributación de «imposición complementaria» en el apartado 2 de su artículo 18.

Lo que está claro es que tal tributación se presenta como un gravamen distinto de aquel que supone la tributación de la obtención de la renta, siendo esta obtención el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible del IRNR. De ahí que se trate de un impuesto en realidad distinto del IRNR, pues su hecho imponible es diferente, estando constituido éste por la transferencia de la renta al extranjero, de forma que no coincide ya en el hecho imponible con el IRNR, dado que no se trata de una obtención de renta, sino de una transferencia de renta al extranjero. Por ello, en realidad es un impuesto distinto del IRNR, aunque en la normativa reguladora de éste no se haga una referencia expresa individualizada a tal imposición como un tributo independiente o diferente.

Recordemos que, a pesar de que en su título sólo se hiciese referencia al IRNR, si bien se añadía «y normas tributarias»⁹, en la Ley 41/1998 se regulaban también otros impuestos. Piénsese en el Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades No Residentes, aunque éste sí recibía una clara individualización dentro de esa Ley. Pues bien, otro gravamen con un hecho imponible distinto en la referida Ley era el tributo que representa tal imposición complementaria.

Podemos fijarnos en que en el mencionado apartado 2 del artículo 18, antes y después de la citada reforma de esa Ley, se hablaba expresamente de que esta «imposición complementaria» se aplicará «adicionalmente» a la tributación de la obtención de la renta. En función de ello y por paralelismo con el inicio de la denominación de ese otro impuesto que se regulaba en la Ley 41/1998 sin ir en el título de ésta, como es el mencionado Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades No Residentes, entendemos que en relación a la tributación por la transferencia de las rentas al extran-

con establecimiento» (*La obligación real de contribuir en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Aranzadi, Pamplona, 1994, págs. 252 a 257). De otro lado, TOMÉ MUGURUZA habla de «gravamen complementario de las rentas transferidas al extranjero», de «impuesto complementario» a secas o del «impuesto complementario sobre los establecimientos permanentes» («Obligación real de contribuir», en *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Valencia, 1996, págs. 618 y 619). Por otra parte, CHECA GONZÁLEZ habla de «imposición complementaria sobre los beneficios del establecimiento permanente transferidos al extranjero», de la «imposición adicional o complementaria sobre las sucursales» o de «gravamen complementario» (*Impuesto sobre la Renta de no Residentes*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 200). De otro lado, GARCÍA PRATS habla del «impuesto complementario sobre transferencias al extranjero de rentas del establecimiento permanente» o simplemente de «impuesto complementario sobre transferencias del establecimiento permanente» (Comentario al art. 18, en *Los nuevos impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de no residentes*, Comentarios a las Leyes 40/1998 y 41/1998, con sus respectivos Reglamentos aprobados por Reales Decretos 214/1999, de 5 de febrero, y 326/1999, de 26 de febrero, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 839). LETE ACHIRICA habla de «imposición complementaria», del «impuesto adicional y complementario del establecimiento permanente», de «gravamen adicional» o de «impuesto adicional» a secas (Comentario al art. 18, en *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 271 y 272). LUCAS DURÁN habla de «gravamen complementario» (*La tributación de los dividendos internacionales*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 34, nota 16). Por otra parte, CASTILLO SOLSONA habla del «impuesto adicional sobre los beneficios del establecimiento permanente transferidos al extranjero» o simplemente de «gravamen adicional», de «imposición complementaria» o de «impuesto adicional» a secas (*La imposición sobre la renta de no residentes en la legislación española*, Universidad de Lleida, 2001, págs. 216 a 218).

⁹ Hay que tener en cuenta, en relación a estos términos, que la Ley 41/1998 modificó otras leyes tributarias, como fue el caso de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, al dejar fuera de ésta la disciplina de las entidades no residentes en territorio español.

jero se podría hablar de «gravamen adicional sobre las rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes». Sería ésta una denominación que se puede proponer al legislador, a la espera de que algún día lo quiera llamar dentro de su normativa reguladora expresamente por un nombre que lo individualice en mayor medida.

De otro lado, para descubrir hasta qué punto el gravamen adicional en estudio es diferenciable e individualizable frente al IRNR en sí, podemos tener en cuenta que al final del, ya mencionado, apartado 2 del artículo 18 de la Ley 41/1998 se establecía que «la declaración e ingreso de dicha imposición complementaria se efectuará en la forma y plazos establecidos para las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente». De esta manera, en relación a un gravamen relativo a las entidades no residentes con establecimiento permanente, se aplican ciertas normas relativas a los no residentes sin establecimiento permanente. Así, la declaración e ingreso del gravamen adicional sobre las rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes se realiza de forma distinta a la declaración e ingreso del IRNR por la obtención de la renta a través de los referidos establecimientos.

C. La reducción del tipo de gravamen.

El IRNR tiene como tipo de gravamen general cuando se aplica a la obtención de rentas a través de un establecimiento permanente el 35 por 100, sin perjuicio de un tipo especial del 40 por 100 aplicable cuando la actividad del establecimiento permanente sea la de investigación y explotación de hidrocarburos. Antes de la referida reforma de la Ley 41/1998, el tipo del gravamen adicional sobre las rentas de los establecimientos permanentes era del 25 por 100.

Dejando a un lado el citado tipo especial del 40 por 100, si nos fijamos en el porcentaje general del 35 por 100 como tipo de gravamen del IRNR para no residentes con establecimiento permanente y le sumamos el antiguo porcentaje del 25 por 100 del gravamen adicional, sin perjuicio de la posible aplicación de deducciones en cuota en relación a aquél y de que lo que tributa en el gravamen adicional es la ganancia efectivamente transferida al extranjero, por el importe de ésta se daba una tributación que podía llegar a aproximarse al 60 por 100.

Aunque en nuestro Ordenamiento se han visto y se siguen viendo tributaciones por encima del 50 por 100, todo lo que supera este límite a primera vista podría no parecer muy acorde con los principios constitucionales de justicia tributaria, especialmente con el principio de no confiscatoriedad. Pero, como decimos, ese límite se ha venido superando y se supera. Recordemos el tipo de gravamen máximo en la Ley 18/1991, antigua Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ¹⁰, que era del 56 por 100 o la tributación máxima que hoy se puede dar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones si pensamos en un sujeto que tributase al tipo de gravamen más alto y

¹⁰ En adelante IRPF.

tuviera, al mismo tiempo, que aplicar también el coeficiente multiplicador más alto, ante una adquisición a título gratuito muy elevada en favor de un sujeto de patrimonio también muy alto y de parentesco poco cercano o de ningún parentesco ¹¹.

A diferencia de algún otro Tribunal Constitucional europeo, como es el caso del alemán ¹², el Tribunal Constitucional español hasta el momento no ha sido capaz de pronunciarse de una forma clara sobre un posible límite cuantitativo a la imposición. Estableciéndose en el apartado 1 del artículo 31 de nuestro texto constitucional que el sistema tributario no podrá tener alcance confiscatorio, el Tribunal Constitucional, cuando ha tenido la oportunidad de hacerlo, no ha querido, no ha sabido o no se ha atrevido a pronunciarse de una forma clara y precisa al respecto ¹³, escapando de ello con referencias vagas o utilizando otros argumentos para resolver el asunto sobre el que tuviese que pronunciarse. Digamos que una de las asignaturas pendientes de nuestro Tribunal Constitucional es definir qué se debe entender por confiscatoriedad y cuándo un impuesto o acumulación de impuestos se puede considerar que tiene alcance confiscatorio. Las alusiones que hasta ahora ha hecho al mismo prácticamente nada aportan a la definición del principio constitucional de no confiscatoriedad.

¹¹ En el artículo 21 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se establece una escala de tipos de gravamen para el caso de que la Comunidad Autónoma correspondiente no haya aprobado otra y para el supuesto de obligación real de contribuir y para el de obligación personal con respecto a los casos de donación de bienes inmuebles situados en el extranjero o de un sujeto pasivo o un causante no residentes en territorio español. En aquélla aparece como tipo de gravamen máximo el del 34 por 100. También para el caso de que las Comunidades Autónomas no hayan aprobado otra regulación de los coeficientes y para esos otros supuestos que hemos citado, en el artículo 22 de la misma Ley se establecen unos coeficientes multiplicadores a aplicar a la cuota íntegra en función de la cuantía de los tramos del patrimonio preexistente y del correspondiente grupo en función del grado de parentesco. Pues bien, el coeficiente más alto que aparece es 2,4, que si lo multiplicamos por el resultado de aplicar el tipo de gravamen más alto citado, nos podríamos encontrar con una tributación que pudiese llegar a aproximarse al 81,6 por 100, siempre teniendo en cuenta que estaría por debajo de esta cifra debido a que se habría aplicado una escala progresiva, con lo cual la tributación por el importe de base inferior a la cantidad a partir de la cual se aplica el tipo del 34 por 100 sería menor a este porcentaje. Baste esto como ejemplo de los porcentajes de tributación efectiva a los que en casos extremos se puede llegar en nuestro sistema tributario. Se aplicarían a contribuyentes que nos inspirarían poca solidaridad al resto, pero son números que llaman la atención en sí mismos.

¹² Al respecto, véase HERRERA MOLINA, P.M.: «Una decisión audaz del Tribunal Constitucional Alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50 por 100 de sus ingresos. Análisis de la Sentencia del BVerfG de 22 de junio de 1995 y de su relevancia para el ordenamiento español», en *Impuestos*, II, 1996, págs. 1.033 y ss.

¹³ Recordemos que nuestro Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico número 9 de su Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, en relación al principio de no confiscatoriedad del sistema tributario, consagrado en el artículo 31.1 de la Constitución, ha señalado que «en materia fiscal, la confiscación no supone la privación imperativa, al menos parcial, de propiedades, derechos patrimoniales o rentas sin compensación, ya que este tipo de privación o exacción es, en términos generales, de esencia al ejercicio de la potestad tributaria y al correlativo deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos». Recordemos igualmente que destaca el Tribunal Constitucional en esta Sentencia que la prohibición de confiscatoriedad «obliga a no agotar la riqueza imponible –sustrato, base o exigencia de toda imposición– so pretexto del deber de contribuir; de ahí que el límite máximo de la imposición venga cifrado constitucionalmente en la prohibición de su alcance confiscatorio». Y añade el referido Tribunal que «dado que este límite constitucional se establece con referencia al resultado de la imposición, puesto que lo que se prohíbe no es la confiscación, sino justamente que la imposición tenga «alcance confiscatorio», es evidente que el sistema fiscal tendría dicho efecto si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes, se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades». No obstante, en esta misma Sentencia el Tribunal Constitucional asume «la dificultad de situar con criterios técnicamente operativos la frontera en la que lo progresivo o, quizá mejor, lo justo, degenera en confiscatorio».

Recordemos que el principio de no confiscatoriedad es algo que se le pone como límite al sistema tributario y no sólo a cada figura tributaria aislada en particular. De esta forma, la no confiscatoriedad no es algo sólo a analizar con respecto a cada figura tributaria aisladamente considerada, sino en relación también, como hemos visto, a las acumulaciones de impuestos sobre una misma manifestación de riqueza, es decir, en relación a los supuestos de doble imposición o incluso de plurimposición, al poder llegar a ser más de dos los impuestos que recaigan sobre una misma manifestación de riqueza.

El paso de la Ley 18/1991 a la Ley 40/1998, antiguas Leyes reguladoras del IRPF, ya supuso un cambio del legislador en cuanto al tipo de gravamen máximo a aplicar en el mismo, pasando de una cifra por encima del 50 por 100 a otra por debajo de este porcentaje ¹⁴, aunque todo estuviese también condicionado por un determinado programa político ¹⁵. Quizás, en lo más puramente jurídico o de conveniencia económica para las inversiones extranjeras en España y el fomento del tráfico internacional, y ya al margen del peso de una promesa política, el legislador se haya contagiado de la idea del límite del 50 por 100 también en relación al IRNR. Téngase en cuenta que a la tributación de los sujetos pasivos de este impuesto, no residentes, aunque sean o fuesen extranjeros, también le son aplicables los principios constitucionales de justicia tributaria. En este caso estaríamos hablando de entidades, pero en relación a su tributación también juegan esos principios, de lo cual no cabe duda, pues si se quiere incluso se puede tener presente que influyen en un nivel ulterior en la incidencia económica sobre sus socios o partícipes. Por otra parte, si a una entidad se le considera como sujeto manifestador de capacidad económica y, así, sometible a imposición, al mismo tiempo se le deben aplicar a ésta los principios constitucionales de justicia tributaria.

Pues bien, el gravamen adicional sobre las rentas de los establecimientos permanentes, con la reforma introducida por la Ley 46/2002, se rebajó al 15 por 100 ¹⁶. De esta forma, no se trataba ya de una acumulación de un 35 más un 25, sino de un 35 más un 15, sin perjuicio de los supuestos en que resultase aplicable el citado tipo de gravamen especial del IRNR del 40 por 100.

D. El avance hacia la neutralidad fiscal internacional.

También, ante tal rebaja en el tipo de gravamen, hay que destacar que las modificaciones legislativas en este campo de la fiscalidad internacional se suelen dar, principalmente, desde la perspectiva de una doble motivación: de un lado, la de prevenir el fraude fiscal y, de otro, la de conseguir una neutralidad impositiva en la tributación de los beneficios societarios. Aun así, no podemos dejar

¹⁴ Recordemos que, en materia de tipos de gravamen, en el informe de la comisión de expertos para la reforma del IRPF que precedió a la Ley 40/1998 se mencionó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán al respecto, a la que hemos hecho referencia anteriormente.

¹⁵ Recordemos que posteriormente se volvieron a bajar los tipos de gravamen de la escala del IRPF y, en concreto, su tipo máximo.

¹⁶ A través de la modificación operada en el apartado 2 del artículo 18 de la Ley 41/1998 por el apartado uno del artículo septuagésimo séptimo de la Ley 46/2002.

de destacar la referida modificación del tipo de gravamen desde la perspectiva de la entidad en sí de su importe, en su acumulación sobre la tributación de la obtención de la renta, a la luz de los principios constitucionales de justicia tributaria y, en particular, ante el límite de la no confiscatoriedad del sistema tributario, tal y como hemos intentado exponer.

No obstante, debemos volver sobre la idea de la neutralidad impositiva en la tributación de los beneficios societarios, apuntada anteriormente. Dejando a un lado el ámbito de las sociedades residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, que se moverían al margen de lo expuesto, si partimos de una sociedad residente en un Estado no comunitario que quiera desarrollar de modo permanente una actividad en territorio español, podría realizar esto de dos formas distintas. De un lado, podría crear una sociedad filial en nuestro Estado. Frente a ello, de otro, podría crear simplemente una sucursal o establecimiento permanente en nuestro territorio. En el primer caso, la sociedad filial residente en España tendría que tributar por sus ganancias en nuestro Impuesto sobre Sociedades y la sociedad matriz, residente en un Estado no comunitario, en principio, tributaría en España en el IRNR por los dividendos que le distribuya la citada filial. Si, en vez de crear una filial (obviamente, con personalidad jurídica distinta de la personalidad de la sociedad matriz), crea en España simplemente un establecimiento permanente (claro está, sin que exista una personalidad jurídica distinta de la personalidad de la sociedad a que pertenece), la sociedad titular del establecimiento tributaría por la obtención de la renta en el IRNR y por transferir sus ganancias al extranjero podría tener que tributar en función del gravamen adicional sobre las rentas del establecimiento permanente.

En el primer supuesto expuesto, la sociedad filial tributaría por la obtención de la renta en el Impuesto sobre Sociedades, donde el tipo de gravamen general es del 35 por 100. A su vez, la sociedad matriz, residente en un Estado no comunitario, tendría que tributar por la obtención de los dividendos en territorio español en el IRNR, como no residente sin establecimiento permanente. Antes de la reforma operada por la Ley 46/2002, para tal clase de no residentes el tipo de gravamen aplicable a los dividendos era en este impuesto del 18 por 100. En el apartado dos del artículo septuagésimo noveno de esa Ley se modificó la letra g) del apartado 1 del artículo 24 de la Ley 41/1998. Con esta modificación pasaron a tributar al tipo de gravamen del 15 por 100 los «dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de una entidad», contemplados en el párrafo a) de la referida letra g). Así, en tal supuesto, partiríamos de una tributación de los beneficios societarios en el Impuesto sobre Sociedades, en principio, del 35 por 100, para luego encontrarnos con una tributación de los dividendos en el IRNR del 15 por 100 ¹⁷.

Pues bien, en el segundo supuesto apuntado, también después de la reforma operada por la Ley 46/2002, nos vamos a encontrar con que a una tributación inicial al tipo de gravamen del 35 por 100, se le va a sumar ahora un gravamen adicional al tipo del 15 por 100, pudiéndose comprobar la similitud en los porcentajes. Recordemos que con la Ley 46/2002 se redujo el tipo del gravamen adicional sobre los establecimientos permanentes del 25 al 15 por 100, tal y como hemos expuesto *supra*. Se trata, pues, de que, si una sociedad residente en un Estado no comunitario decide operar

¹⁷ Todo esto dejando a salvo lo que pueda derivarse de los convenios para evitar la doble imposición internacional que puedan resultar aplicables.

en España a través de un establecimiento permanente situado en nuestro territorio, por la obtención de la renta tendrá que tributar, en principio, al tipo del 35 por 100 y después, por transferir sus rentas al extranjero, deberá tributar ¹⁸ por el gravamen adicional analizado al tipo del 15 por 100. Con lo expuesto se consigue cierta neutralidad fiscal en relación a los supuestos descritos.

Destacamos, pues, la problemática del gravamen adicional sobre las rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes como ejemplo de la búsqueda de la neutralidad fiscal por el legislador tributario en el plano de la fiscalidad internacional.

E. La supresión del requisito de la reciprocidad con respecto a las entidades que tengan su residencia a efectos fiscales en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Una imposición adicional sobre los establecimientos permanentes ya la podíamos encontrar contemplada en ciertos convenios para evitar la doble imposición internacional ¹⁹. Pero fijándonos en nuestro Derecho de origen interno, debemos partir de la Ley 18/1991, de 6 de junio, antigua Ley reguladora del IRPF ²⁰. Como sabemos, dentro de ésta existía un régimen de obligación personal de contribuir, aplicable a las personas físicas residentes en territorio español, y un régimen de obligación real, aplicable a las no residentes. Pues bien, dentro de este segundo régimen, en el segundo párrafo del apartado dos del artículo 19 de esa Ley se disponía que cuando las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente se transfiriesen al extranjero se debía aplicar, como adicional a la tributación de su obtención, un gravamen del 25 por 100 a la cuantía transferida ²¹. De esta forma, en esa antigua Ley del IRPF el gravamen adicional sobre los establecimientos permanentes se establecía para las personas físicas y con independencia de que fuesen residentes dentro o fuera de la Unión Europea y sin ni siquiera disponer una no aplicación para los residentes en otro Estado comunitario, aunque hubiese sido a partir de la idea de reciprocidad, como se hizo con respecto a las entidades no residentes, como veremos. Cualquier persona física no residente con establecimiento permanente podía quedar sometida a ese gravamen al transferir las rentas al extranjero.

¹⁸ Salvo que se trate de un supuesto en que medie un convenio para evitar la doble imposición internacional, que no disponga lo contrario, y se dé un tratamiento recíproco, tal y como veremos más adelante.

¹⁹ Tómese como ejemplo el Convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, de 22 de febrero de 1990. En concreto, el artículo 14 de este Convenio lleva por rúbrica «Imposición sobre sucursales».

²⁰ Ley que fue derogada por la Ley 40/1998.

²¹ En el artículo 72 del antiguo Reglamento del IRPF aprobado por el Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, para hacer referencia al gravamen adicional del que nos ocupamos se hablaba de «imposición complementaria sobre las rentas del establecimiento permanente», constituyendo estas palabras, además, la rúbrica de ese artículo.

De otro lado, también hacía referencia a este gravamen adicional la disposición transitoria primera de ese mismo Reglamento, disposición que llevaba la rúbrica de «Imposición complementaria» y luego, en su contenido, hablaba expresamente del «impuesto complementario sobre las rentas del establecimiento permanente». De esta forma, en ese antiguo Reglamento del IRPF, se hablaba en relación al referido gravamen adicional no sólo de «imposición», sino incluso de «impuesto», sirviendo esto como prueba del reconocimiento de tal gravamen como un tributo distinto del gravamen de la obtención de la renta.

Además, en el apartado siete de la disposición adicional 5.^a de la citada Ley 18/1991 se añadió un apartado cuatro al artículo 23 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, antigua Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades. En ese apartado cuatro se estableció también para las sociedades no residentes el citado gravamen adicional del 25 por 100, sin ninguna limitación, en aquel momento, ni siquiera en relación a las entidades residentes en otro Estado comunitario ²².

La limitación vino más tarde de la mano de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las Comunidades Europeas. En el artículo 22 de esta Ley se estableció que «las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanentes, por entidades que tengan su residencia fiscal en otro Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, no se someterán a tributación alguna, por causa de su transferencia al extranjero». De esta manera, se estableció una excepción en relación a tal gravamen adicional, consistente en que cuando se tratase de entidades residentes en otro Estado comunitario el mismo no podría resultar aplicable. En ese precepto no se imponía el requisito de la reciprocidad, no limitando de esa manera la efectividad de tal no gravamen. Lo que sucedía es que ese artículo 22 hablaba sólo de «entidades», con lo que el no gravamen por residir en otro Estado comunitario no resultaba aplicable a las personas físicas, por lo que éstas debieron seguir tributando por el mismo aunque residiesen en otro Estado miembro de la Comunidad Europea.

La situación en relación a las entidades cambió con la aprobación de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, que apareció como la siguiente Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades, que sustituyó a la anterior Ley reguladora de este Impuesto que hemos mencionado. Cuando entró en vigor, en esa Ley 43/1995 se distinguía entre un régimen de obligación personal, aplicable a las sociedades residentes en territorio español, y un régimen de obligación real, aplicable a las entidades no residentes. Dentro de la regulación de este segundo régimen, se establecía en el apartado 2 del artículo 51 de la Ley 43/1995 la «imposición complementaria» ²³ de que nos venimos ocupando, que tenía también un tipo de gravamen del 25 por 100. Pues bien, en el apartado 3 de ese mismo artículo 51 se estableció que «la imposición complementaria no será aplicable, a condición de reciprocidad, a las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanentes, por entidades que tengan su residencia fiscal en otro Estado miembro de la Unión Europea». Además, en el apartado 1.27 de la disposición derogatoria de la Ley 43/1995 se derogaron los Títulos I y II de la referida Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las Comunidades Europeas, con lo cual quedó derogado el citado artículo 22 de esta Ley, dado que éste se contenía en el Título II de la misma. De esta forma, se pasó a exigir en relación a las entidades residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea para la no aplicación del referido gravamen adicional el requisito de la reciprocidad, requisito que, como hemos visto, no se exigía antes, en aplicación de la Ley 29/1991.

²² Recordemos que se había aprobado la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 225, de 20 de agosto de 1990). Esta Directiva no se aplica a las entidades no residentes en relación a las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente de que nos venimos ocupando. Pero, de todos modos, el que se pudiese exigir un gravamen adicional, como el analizado, en relación a los residentes en otro Estado comunitario chocaba con la propia esencia de las libertades de circulación consagradas en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

²³ Éstos eran los términos utilizados por ese precepto para hacer referencia al mencionado gravamen adicional.

Todo esto era la situación que se daba antes de la aprobación de la Ley 41/1998. Así, recapitulando la situación normativa anterior a la aprobación de esta Ley, nos encontrábamos con que un no residente en España con establecimiento permanente en nuestro territorio, tanto si era sujeto pasivo del IRPF, como si lo era del Impuesto sobre Sociedades, venía tributando no sólo por obtener la renta, al tipo del 35 por 100, sino también por transferirla al extranjero, al tipo del 25 por 100. Este segundo gravamen pasó a no aplicarse a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades cuando la entidad era residente en otro Estado miembro de la Comunidad Europea ²⁴, pero se siguió aplicando a los sujetos pasivos del IRPF aunque el no residente con establecimiento permanente tuviese su residencia en otro Estado comunitario.

En realidad, siempre ha sido más fácil encontrar una entidad no residente que abriese un establecimiento permanente en territorio español, que una persona física no residente que lo hiciese. Téngase en cuenta que el riesgo económico que supone abrir una sucursal en el extranjero sólo suele asumirse mediante formas empresariales de carácter societario. Pero frente a ello, nos podemos encontrar con los supuestos de personas físicas no residentes en España que simplemente actúan en nuestro territorio, de forma continuada o habitual, a través de un agente, aquí establecido, autorizado para contratar en su nombre, habiéndose considerado y considerándose, ante esta situación, que a efectos fiscales el no residente actuaría a través de un establecimiento permanente en territorio español. De ahí que, de una u otra forma, podíamos encontrarnos con el caso de personas físicas residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea que actuasen en España a través de un establecimiento permanente y que, al llevarse sus rentas a su Estado de residencia, una vez obtenidas en España, se sometían a ese gravamen adicional, lo cual podía considerarse contrario a las libertades de circulación comunitarias, dado que, aunque tal transferencia de las rentas no se impidiese o limitase materialmente, sí se condicionaba fuertemente, a través del gravamen adicional, que un no residente persona física con establecimiento permanente optase por transferir sus ganancias al extranjero.

La situación normativa cambió con la aprobación de la citada Ley 41/1998, que regulaba el IRNR. Tanto antes como después de la modificación del apartado 2 del artículo 18 de la Ley 41/1998 por la Ley 46/2002, de ese apartado se derivaba que las personas físicas no estaban sometidas al gravamen adicional sobre las rentas de sus establecimientos permanentes, dado que en el mismo sólo se hablaba de tal gravamen en relación a las «entidades».

Ahora bien, antes de su modificación por la citada Ley, el apartado 3 de ese mismo artículo 18 establecía que «la imposición complementaria no será aplicable, a condición de reciprocidad, a las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanentes por entidades que tengan su residencia fiscal en otro Estado miembro de la Unión Europea». A nuestro entender, esa referencia a que la no aplicación del gravamen adicional se daba «a condición de reciprocidad», es decir, cuando se diese en el Estado de residencia de la entidad el mismo tratamiento a los estableci-

²⁴ Aunque, como hemos visto, en un determinado momento, se introdujo el requisito de la reciprocidad para la no aplicación del mismo.

mientos permanentes de entidades residentes en España, no era lo más respetuoso con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Entendemos que para hacer valer las libertades de circulación comunitarias no resultaba lo más adecuado dejar las medidas que puedan afectarles a la reciprocidad entre los Estados miembros de la Unión Europea, dado que en algunos casos esto podría haber incidido en su vigencia efectiva.

Pues bien, este problema se solucionó con la modificación que la Ley 46/2002 realizó en el apartado 3 del artículo 18 de la Ley 41/1998 ²⁵, pasando a disponer este apartado 3 en su letra a) que el gravamen adicional no sería aplicable «a las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanentes por entidades que tengan su residencia fiscal en otro Estado miembro de la Unión Europea». De esta forma, con respecto a las entidades residentes en territorio comunitario se eliminó el requisito de la reciprocidad, de modo que tal precepto se mostraba ya más acorde con el Derecho Comunitario Europeo.

Al margen del ámbito comunitario y pudiendo ya jugar, pues, sin los problemas anteriores el requisito de la reciprocidad, se amplió con la Ley 46/2002 el campo de entidades no sometidas a este gravamen adicional. Con la modificación del referido apartado 3, se introdujo en éste una letra b) en la que se dispuso que el gravamen adicional no sería aplicable «a las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanentes por entidades que tengan su residencia fiscal en un Estado que haya suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición, en el que no se establezca expresamente otra cosa, siempre que exista un tratamiento recíproco». De esta forma, se amplió el ámbito de entidades no sometidas al gravamen adicional, al incluir a éstas que antes sí lo estaban ²⁶, pero fuera ya del ámbito de la residencia en territorio comunitario, por lo que se pudo establecer, con respecto a las mismas, el requisito de la reciprocidad, que desapareció, por el contrario, como hemos visto, en relación a las entidades residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Estas medidas acompañaron la reducción del tipo de gravamen analizada anteriormente, reducción que, como hemos expuesto, sirvió para conseguir una mayor neutralidad impositiva en el plano de la fiscalidad internacional, en relación a aquellos supuestos en los que ha seguido aplicándose el referido gravamen adicional.

Pues bien, como hemos adelantado *supra*, esa situación normativa se mantiene actualmente en el citado Texto Refundido de la Ley del IRNR, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004.

²⁵ En concreto, este apartado 3 fue modificado por el apartado dos del artículo septuagésimo séptimo de la Ley 46/2002.

²⁶ De todos modos, téngase en cuenta que la no aplicación del referido gravamen adicional es algo que podría derivar del propio contenido de un convenio internacional para evitar la doble imposición.

IV. LA DIMENSIÓN INTERNA: LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DEL IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

A. Cuestiones criticables en la articulación de la imposición local.

Una importante quiebra a la neutralidad fiscal en el plano interno la podemos encontrar en materia de Haciendas Locales. Se trata de un problema que se puede conectar a otras cuestiones criticables en la articulación de los impuestos locales, que vamos a intentar explicar a continuación.

La reforma de las Haciendas Locales que entró en vigor el 1 de enero de 2003 debía ser analizada en el contexto del entorno normativo en el que se produjo. Recordemos que en esa misma fecha entró en vigor también una reforma de los impuestos estatales sobre la renta operada por la, ya citada, Ley 46/2002, de 18 de diciembre. De alguna manera, el análisis de ciertos aspectos en la reforma de la imposición local debe realizarse teniendo en cuenta la reforma que se produjo al mismo tiempo en la imposición sobre la renta. O, mejor dicho, la falta de reforma de ciertos aspectos en la imposición local debe analizarse también tomando en consideración lo que no se hizo en la reforma de la imposición estatal y se debería haber realizado en la integración de la imposición local y la estatal a la luz del índice renta. Todo ello sin olvidar la mayor presencia que la toma en consideración de la realidad de la renta debería tener en la estructuración de los impuestos locales.

La reforma del Impuesto sobre Actividades Económicas ²⁷, dentro de las medidas introducidas por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, puede ser analizada desde distintas perspectivas. También, desde distintas perspectivas se realizaban numerosas críticas a este impuesto local. Recordemos que esa Ley 39/1988 ha sido sustituida por el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Además, uno de los impuestos más criticados de nuestro sistema tributario ha sido y es el IAE. Se ha criticado desde su forma de cuantificación, poco ajustada a la manifestación de capacidad económica gravada, hasta la propia existencia en sí de este impuesto local. Hay que destacar, además, que la integración del mismo con el resto de figuras impositivas de nuestro Ordenamiento jurídico nunca ha sido la más acertada.

Con la reforma de las Haciendas Locales, se quiso liberar del IAE a la inmensa mayoría de los sujetos que venían tributando por el mismo, especialmente a los profesionales, dándose también la exención en relación a las pequeñas empresas.

²⁷ En adelante IAE.

A nadie le gusta pagar un impuesto, por mucho que se intente difundir la idea de solidaridad entre todos en el sostenimiento de los gastos públicos a través de los tributos. Pero si se quiere liberar a determinados sujetos de un impuesto, el dejarlos exentos del mismo no sería la única forma de hacerlo. También se podría conseguir un efecto económico similar concediéndoles un crédito de impuesto por su pago, de forma que lo pagado por un impuesto se pudiese deducir en la cuota de otro.

A nuestro entender, esto es lo que se debería haber hecho con el IAE. En vez de haber dejado a ciertos sujetos exentos del mismo, se debería haber permitido una deducción de su cuota en la cuota de los impuestos estatales sobre la renta, ya se tratase del IRPF, del Impuesto sobre Sociedades o del IRNR, en función del tipo de sujeto del que se hubiese tratado. Y entendemos que tal medida se tendría que haber adoptado en relación no sólo a los sujetos cuya actividad se ha dejado exenta del IAE, sino con respecto a todos los sujetos pasivos de éste. Lo entendemos así por la propia racionalidad que debería existir en la integración de unas figuras tributarias con otras dentro de nuestro sistema tributario si verdaderamente quiere funcionar como un verdadero sistema. Además de ello, debemos tener también en cuenta la crítica que más adelante se realiza en relación a la manera en que se ha establecido el límite para determinar las entidades que quedan o no exentas del referido impuesto local.

Como hemos apuntado, son muchas las críticas que se han venido haciendo al IAE y sin perjuicio de algún otro retoque del impuesto en determinadas cuestiones, el peso central de la reforma del mismo consistió en dejar a determinados sujetos exentos de éste. Con ello se ha limitado considerablemente la autonomía financiera de las Corporaciones Locales, pues aunque se haya intentado defender que con la reforma citada se ha querido aumentar tal autonomía, en relación al IAE no se ha dado tal aumento, al privar a aquéllas de un importante recurso en relación a los sujetos que se han dejado exentos del mismo. Bien es cierto que se compensa a las citadas Corporaciones con otro tipo de ingresos, pero con éstos la situación no es la misma que permitía la aplicación del Impuesto en estudio. Aunque se conceda algo más de autonomía financiera local en otros ámbitos, como pueda ser puntualmente en relación a ciertas cuestiones en materia de fiscalidad inmobiliaria, la medida adoptada en relación al IAE supone una clara merma de tal autonomía, al actuar sobre una de las que eran las figuras centrales de la disciplina tributaria local.

Se podría haber respetado tal autonomía, no concediendo la exención, pero sí la propuesta deducción de la cuota del IAE en la cuota del correspondiente impuesto estatal sobre la renta. Con ello, los empresarios y profesionales no tendrían que cargar tampoco con el peso económico del IAE y las Corporaciones Locales habrían afianzado un importante eje de su autonomía financiera.

Por todo ello, no nos podemos resistir a la crítica del IAE. Se podría haber conseguido el mismo efecto sobre la situación de los empresarios y profesionales de otra forma, la citada, sin haber perjudicado a las Corporaciones Locales. Si el Estado verdaderamente quiere cargar con el peso económico de la supresión del IAE para un importantísimo número de sujetos, podría cargar con el mismo asumiendo la deducción en la cuota de los impuestos estatales propuesta, en vez de hacerlo compensando a las Corporaciones Locales con otros ingresos. Lo que sucede es que con la vía adoptada por el Estado, la de la exención y compensación con otro tipo de ingresos, se minan de manera muy importante las posibilidades de desarrollo de la autonomía financiera local de cara al futuro.

Al mejorar la fiscalidad de los empresarios y profesionales con la referida exención en el IAE, no se debe perder de vista que hay un ámbito que soporta una presión fiscal real en la práctica mucho más evidente y menos eludible, como es el ámbito de las rentas del trabajo. Habría que preguntarse hasta qué punto se ha mejorado ésta en comparación con la mejora de la situación de empresarios y profesionales con la exención en el IAE. Es la eterna cuestión sin resolver.

Eran muchos los autores que se aplicaban en la crítica de la regulación del IAE en nuestra doctrina tributaria y creemos que, por todo lo expuesto, después de la reforma de este Impuesto, seguirán siendo muchos los que lo sigan criticando.

Ante la perspectiva del IAE, debemos partir de que si quisiéramos encontrar un campo impositivo donde sus figuras tributarias son especialmente criticadas no tenemos más remedio que detenernos en la esfera tributaria local. Dada la falta de capacidad legislativa de las Corporaciones Locales y siendo necesaria una ley para crear un tributo, en función del principio de legalidad y, su especificación, la reserva de ley en materia tributaria²⁸, tuvo que ser una ley estatal la que dotase de impuestos a las citadas Corporaciones. El Estado se encontró, se encuentra y se encontrará con que las manifestaciones de riqueza son limitadas y al final convergen en una riqueza única. Por mucho que estire su imaginación y por mucho que haga estirla a las Comunidades Autónomas, al final siempre es necesario volver sobre unas mismas perspectivas de contemplación de la riqueza. Por ello, siempre que se va a pagar un impuesto local, éste, cualquiera que sea, nos recuerda algún otro concepto impositivo al que hemos tenido que hacer frente en relación al acto o situación que nos lleva al pago del correspondiente impuesto.

Pero además, no sabemos si en un intento de simplificar las cosas para las Corporaciones Locales en la aplicación de sus tributos o, simplemente, para enmascarar esa redundancia impositiva que hace volver sobre el gravamen de unas mismas fuentes de riqueza, lo cierto es que las figuras tributarias de que se termina dotando a los municipios suelen hacer agua por muchos frentes, siendo figuras de fácil crítica. De un lado, por su superposición con impuestos estatales y, de otro, por su estructura y configuración, que no suele ser la más acorde con un sistema tributario moderno y con los principios constitucionales de justicia tributaria.

Para dotar a las Corporaciones Locales o a cualquier ente «inferior» al Estado, como, por ejemplo, las mismas Comunidades Autónomas, de un protagonismo tributario digno y de unos impuestos coherentes en sí mismos y con el sistema tributario, al final tiene que terminar dándose una doble imposición, por mucho que ésta se limite, se enmascare o se le quiera dar otro nombre.

No es necesariamente ilegítimo o criticable por sí mismo el hecho de que exista una doble imposición o incluso una plurimposición²⁹, lo criticable es que esa imposición sea excesiva. En un hipotético caso de laboratorio, no habría inconveniente en que, en otro sistema distinto del vigente,

²⁸ Cfr. los artículos 31.3 y 133 de la Constitución.

²⁹ La utilización del término «plurimposición» la podemos encontrar en SAINZ DE BUJANDA, F.: *La Contribución Territorial Urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*, Consejo General de Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1987, pág. 27.

existiesen tres impuestos que recayesen, aunque desde distintas perspectivas, sobre una misma manifestación de capacidad económica, uno en favor del Estado, otro en favor de las Comunidades Autónomas y otro en favor de las Corporaciones Locales, cada uno, por ejemplo, con un tipo de gravamen del 10 por 100. Esto sería, en principio, en el plano de la carga fiscal que soportaría el contribuyente, similar a si existiese sobre tal manifestación de capacidad económica un solo impuesto de titularidad estatal con un tipo de gravamen del 30 por 100 y que luego el Estado transfiriese una tercera parte de lo recaudado a las Comunidades Autónomas y otra tercera parte a las Corporaciones Locales. Lo que no se podrá hacer nunca es que en cada uno de los tres niveles impositivos mencionados, estatal, autonómico y local, existiese un impuesto distinto sobre esa manifestación de capacidad económica teniendo cada uno un tipo de gravamen del 30 por 100, porque entonces ya se habría llegado a una confiscatoriedad ³⁰.

El distribuir una materia impositiva entre los distintos niveles de entes territoriales, cada uno titular de su propio impuesto, acarrea un mayor coste global de gestión y recaudación, y un posible mayor coste indirecto y esfuerzo de declaración y autoliquidación para el contribuyente. Pero, frente a este inconveniente, tiene la ventaja de que quizás pueda ser más respetuoso con la autonomía financiera de cada uno de esos entes, que es lo que verdaderamente garantiza la efectividad práctica de su autonomía política, pues de nada sirve el poder decidir en qué actuar, conllevando la actuación un gasto, si no existe una autonomía para procurarse los ingresos necesarios para garantizar ese gasto. Además, la fragmentación de las materias impositivas entre los distintos niveles de entes, más allá de la intensidad con que la citada autonomía se ejerza, les hace empezar a sentir a los mismos tal autonomía, lo que luego les impulsa a progresar en el desarrollo de la misma.

Quizás en la idea, no por usual menos oportuna, de que cualquiera de los dos extremos en las opciones anteriores puede evidenciar sus problemas o defectos, la búsqueda de un cierto equilibrio sin negar las dos posiciones pueda en algún sentido reducirlos o mitigarlos.

Por todo ello, a las cosas hay que llamarlas por su nombre y cuando existe una situación de doble imposición o plurimposición reconocerla como tal, no enmascarándola de forma que se llegue a construcciones impositivas ilógicas. No ajustar una figura tributaria a lo que realmente quiere gravar desemboca en impuestos con elementos faltos de sentido. Y cuando se empiezan a gravar manifestaciones de riqueza no reales o efectivas, sino potenciales o presuntas, y se desvincula la forma de cuantificación del impuesto de lo que realmente se quiere gravar, al final se desemboca en figuras tributarias que ni se sostienen en sí mismas, ni encajan bien en un sistema impositivo en cuanto tal, es decir, en cuanto sistema.

Pues bien, de algo de todo esto ha pecado y aún sigue pecando el IAE.

Cuando se hace referencia a la doble imposición diciendo de ésta que supone la coincidencia de dos impuestos en un mismo hecho imponible se está circunscribiendo este fenómeno a una idea falta de lógica y rigor jurídico y se está contribuyendo a enmascarar el peso o trascendencia real de las colisiones de impuestos.

³⁰ Cuestión a la que ya hemos hecho referencia *supra*.

No tiene sentido exigir, para poder afirmar que se da una doble imposición entre dos impuestos, que tengan el mismo hecho imponible, pues esto es de lógica imposible o incongruente. Si dos impuestos coincidiesen en todos los elementos y aspectos de su hecho imponible ³¹, es decir, si el aspecto material, el aspecto espacial, el aspecto temporal y el aspecto cuantitativo del elemento objetivo de su hecho imponible y, al mismo tiempo, el elemento subjetivo del mismo son iguales en los dos impuestos, no estaríamos en realidad ante dos impuestos distintos, aunque tuviesen diferente denominación, sino ante el mismo. No tendría sentido que existiesen dos impuestos en los que los aspectos y elementos del hecho imponible fuesen totalmente idénticos, pues de ser así tendríamos dos impuestos iguales, algo ilógico en un sistema tributario y, por tanto, poco pensable. Siempre debe cambiar algo, aunque sea su ámbito de aplicación territorial, o la cualidad de alguno de los sujetos que intervienen en la relación jurídica tributaria, ya sea en su posición activa o en su posición pasiva, o algún otro punto de alguno de esos elementos y aspectos.

Bien es cierto que a veces se habla de que dos impuestos tienen el mismo hecho imponible, pero haciéndolo de una manera informal, buscando economía de lenguaje al transmitir la idea y pensando sólo más bien en que dos impuestos en lo que están coincidiendo es en el aspecto material del elemento objetivo de sus hechos imposables.

Pues bien, existe esa utilización de tal referencia, hecha cuando uno no va buscando precisamente la rigurosidad jurídica, sino la rapidez en el hablar, aun sabiendo que lo hace más bien por los derroteros de lo común y no de lo estrictamente jurídico. Pero fuera de tales casos, hablar de doble imposición como sinónimo de impuestos con hechos imposables iguales, además de estar falto de rigor, no ayuda a descubrir la verdadera realidad de los solapamientos entre impuestos.

Por todo ello, entendemos más correcto aplicar el calificativo de doble imposición a aquellos supuestos en que dos impuestos recaen sobre una misma manifestación de riqueza, porque sus hechos imposables se han configurado sobre un mismo objeto de gravamen, eso sí, contemplándolo desde dos perspectivas distintas. Sobre un mismo objeto de gravamen se pueden idear varios impuestos, pero a partir de hechos imposables distintos, es decir, sobre un mismo objeto de gravamen se podrían idear impuestos distintos. Piénsese en la prohibición que se establece en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas ³², que lo que está prohibiendo es que una Comunidad Autónoma cree un impuesto en el que el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible sea idéntico al que exista en un impuesto estatal. No interpretarlo así carecería de sentido y cuando el Tribunal Constitucional dice que un impuesto autonómico no podrá tener el mismo hecho imponible que ya tenga un impuesto estatal ³³, lo que más claramente debería haber dicho es que un impuesto autonómico no puede coincidir con uno estatal en el aspecto material del elemento objetivo de su hecho imponible.

³¹ Sobre la estructura del hecho imponible, véase SAINZ DE BUJANDA, F.: *Hacienda y Derecho*, IV, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, págs. 330 y ss.

³² Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre.

³³ Fundamento jurídico 14 de su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, y fundamento jurídico 4 de su Sentencia 186/1993, de 7 de junio.

Pero lo que sí está claro y reconocido por el Tribunal Constitucional ³⁴ que se puede dar es que una Comunidad Autónoma establezca un impuesto sobre un objeto de gravamen ya sometido a un impuesto estatal, es decir, que sobre un mismo objeto de gravamen se configuren dos hechos imponibles distintos: uno en un impuesto estatal y otro en un impuesto autonómico. Algo lógico si se piensa en lo limitadas que son las manifestaciones de riqueza.

Bástenos esto simplemente para reconducirnos al concepto de doble imposición como incidencia de dos impuestos sobre un mismo objeto de gravamen, entendiendo éste en el sentido de manifestación de riqueza sometida a imposición. Y ello con independencia de que tal doble imposición la consideremos como aceptable o rechazable, como legítima o ilegítima, como confiscatoria o no, en definitiva, como justa o injusta o, más aun, como constitucional o inconstitucional. Esto nos lo dará un análisis ulterior. Y, así, podrán existir supuestos de doble imposición justificables y supuestos de doble imposición criticables.

Pues bien, esa idea de doble imposición como incidencia de dos impuestos sobre una misma manifestación de riqueza gravable es la que nos puede llevar a contemplar la verdadera dimensión de la ubicación que ha venido teniendo el IAE dentro de nuestro sistema impositivo. Partiendo de ello podremos contemplar la quiebra de la neutralidad fiscal que se produce en su regulación actual y en su falta de integración con otros impuestos.

B. La superposición entre el Impuesto sobre Actividades Económicas y los impuestos estatales sobre la renta hasta la reforma de aquél.

Fijándonos en la situación existente hasta el 31 de diciembre de 2002, o sea, hasta la citada modificación de la Ley 39/1988, se podía reconocer, en el sentido expuesto, una doble imposición del IAE con el IRPF, con el Impuesto sobre Sociedades o con el IRNR, dependiendo del tipo de sujeto que quedase sometido al mismo.

El hecho imponible del IAE se definía y se describe a partir del mero ejercicio de una actividad empresarial o profesional, o, si se quiere de otra manera más rigurosa, como apuntábamos, el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible consiste en el mero ejercicio de una actividad empresarial o profesional. Frente a ello, en los tres impuestos estatales citados, el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible está representado por la obtención de renta. De esta forma, tal aspecto del hecho imponible varía del IAE a esos impuestos sobre la renta estatales.

Esa diferencia con respecto al hecho imponible no se daba o no se da sin embargo con respecto al objeto de gravamen, pues aunque en relación al IRPF, al Impuesto sobre Sociedades y al IRNR se viene hablando claramente de la renta como objeto de gravamen, también con respecto al IAE hay que hablar de la renta como su verdadero objeto de gravamen, aunque en este caso se haya

³⁴ En las mismas Sentencias mencionadas en la nota anterior.

silenciado por el legislador tal evidencia, quizás intentando enmascarar su carácter presunto o potencial, cuestión que ha estado y sigue estando abierta a todo tipo de críticas y tachas de inconstitucionalidad.

El ejercicio de una actividad empresarial o profesional en sí mismo puede no ser una manifestación de capacidad económica real; lo que puede serlo es la renta obtenida como consecuencia de tal ejercicio. Éste va dirigido a la obtención de la misma. Las manifestaciones de capacidad económica, como hemos dicho, son limitadas y la manifestación de capacidad económica que se podría reconocer en relación al IAE sería la renta derivada del ejercicio de las citadas actividades. Al mismo tiempo, tales rentas empresariales o profesionales, rendimientos de actividades económicas en la actual terminología del IRPF, se gravan en este impuesto, en el Impuesto sobre Sociedades y en el IRNR, dependiendo del tipo de sujeto que obtiene la renta. Se trata, como hemos apuntado y sabemos, de tres impuestos de titularidad estatal.

De la doble imposición de la que estamos hablando aquí es sólo de la doble imposición interna y no de la internacional. Se da doble imposición interna cuando se trata de la colisión de impuestos de un mismo ente o de varios entes integrados en un mismo Estado. Se da doble imposición internacional cuando se trata de la colisión de impuestos de Estados distintos o de la colisión de un impuesto de un Estado con un impuesto de una organización internacional. Cuando hablamos de impuestos de un Estado lo hacemos en un sentido amplio, refiriéndonos a los impuestos de los distintos entes integrados en un territorio estatal; pero hemos hablado de Estado porque frente a tales entes sólo sería aquél el que tiene personalidad jurídica de Derecho internacional, como sucede también con las organizaciones internacionales.

A la vista de todo ello, se podría extender más allá de sus tradicionales límites el análisis de la doble imposición ocasionada por el IAE entrando en el ámbito de la doble imposición internacional, si analizamos su confluencia con un impuesto sobre la renta pagado en un país extranjero: sería el caso, por ejemplo, de una sociedad no residente que desarrollase una actividad empresarial en España y que aquí, junto al IRNR tuviese que pagar también el IAE. Así, la presión fiscal global soportada sobre su renta en España no viene determinada sólo por el pago de aquel impuesto estatal, sino también por el de este impuesto local. De ahí que en el fondo también existiría una doble imposición entre el IAE y el impuesto sobre la renta pagado en el Estado de residencia de la entidad. Pero el análisis de este punto se sale de las pretensiones de este trabajo. Además, se aparta de la idea que queremos poner de manifiesto, con lo que abandonamos aquí esa perspectiva de la doble imposición internacional, que en sus esquemas clásicos, en relación a ese ejemplo, se analizaría en función de la confluencia del IRNR con el impuesto que en el Estado de residencia de la entidad grava su renta.

Nos vamos a mover, pues, en el ámbito de la doble imposición interna. En concreto, en el supuesto que analizamos ahora, de una doble imposición entre impuestos de titularidad estatal y un impuesto local, aunque creado por el Estado y de aplicación obligatoria en los municipios. Si el IAE se regula por una ley estatal y es el Estado el único que puede regular sus elementos esenciales ³⁵,

³⁵ Pudiendo regular las Corporaciones Locales a través de sus Ordenanzas sólo aquellos aspectos que la Ley –estatal– deja a las mismas, siempre dentro de los límites fijados por aquélla.

correspondería al mismo arbitrar las medidas necesarias para atenuar o eliminar la doble imposición entre este Impuesto local y el correspondiente impuesto estatal. Es más, le corresponde al Estado la delimitación de la forma de integración entre el IAE y los impuestos estatales sobre la renta, para que no se trate de un mero solapamiento de impuestos, sino que los mismos actúen como piezas de un sistema impositivo, donde una no pierde la perspectiva o referencia de la otra.

Hasta la reforma del IAE, como hemos visto, éste se solapaba con el IRPF, con el Impuesto sobre Sociedades y, en su caso, con el IRNR. No se articulaban medidas para integrar de una forma más o menos completa aquel Impuesto local con estos impuestos estatales. Lo único que sucedía, es que, dentro del mecanismo de aplicación de los impuestos estatales sobre la renta, el IAE se deducía al calcular la base como un gasto más, dentro de la contabilidad del empresario o profesional, siempre y cuando se tratase de supuestos en que resultase deducible tal gasto. Pero esto no era suficiente para eliminar los efectos económicos de la doble imposición entre el analizado impuesto local y los impuestos estatales.

Para eliminar los efectos económicos de tal doble imposición hubiese sido necesario que la deducción se hubiese practicado en la cuota de los impuestos estatales y no en base. Desde la doctrina ³⁶ y desde algún partido político ³⁷ se proponía tal deducción en cuota para la articulación del IAE con la imposición estatal.

El legislador no optó por esta solución, sino por dejar exentos del IAE a algunos de los sujetos que antes tributaban por éste, especialmente a las personas físicas, aunque también a ciertas entidades en función de su cifra de negocios. No ha sido propiamente una integración de figuras impositivas en el sentido que propugnaba la doctrina, sino simplemente una eliminación de la doble imposición para un sector de sujetos, al no hacerles tributar ya por uno de los impuestos de los dos a que antes estaban sometidos, es decir, al no hacerles tributar ya por este impuesto local. Pero para el resto de sujetos que continúan tributando por el IAE se sigue dando una doble imposición de éste con el Impuesto sobre Sociedades o con el IRNR, dependiendo de la residencia de la entidad. No obstante, como veremos más adelante, se puede seguir dando cierta doble imposición del IAE con el IRPF cuando se trata de comunidades de bienes que superan la referida cifra de negocios, en el caso de que alguno o algunos de sus comuneros o partícipes sean personas físicas residentes en territorio español.

En relación a las entidades que siguen estando sometidas al IAE, pues no se les ha querido excluir de este impuesto, al menos, para eliminar los efectos económicos de su doble imposición con el correspondiente impuesto estatal, se debería haber permitido una deducción por aquél en la cuota de éste.

³⁶ Como más adelante podremos apreciar.

³⁷ Véase, en este sentido, la «Proposición de Ley relativa a la deducción de las cuotas pagadas por el Impuesto sobre Actividades Económicas» (122/000127), presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 9 de mayo de 2001 (publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de mayo de 2001), pero que fue rechazada.

C. La exención en el Impuesto sobre Actividades Económicas en función de la cifra de negocios.

El alcance actual de la doble imposición entre los impuestos estatales sobre la renta y el IAE nos lo van a dar las categorías subjetivas actualmente sometidas a este impuesto local después de su reforma ³⁸. En relación a aquellos sujetos cuya actividad ha sido dejada exenta del IAE no se va a dar ya, pues, la mencionada doble imposición.

En primer lugar, no se va a dar la doble imposición para los sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad en territorio español, durante los dos primeros períodos impositivos del IAE en que se desarrolle la misma ³⁹, pues durante ese tiempo estarían exentos de este impuesto local. Se trataría de una eliminación de la doble imposición, pero sólo temporal, en función de lo expuesto.

Pues bien, con la reforma del IAE van a quedar también exentas del mismo «las personas físicas». De esta forma, ya no se daría una doble imposición entre este impuesto y el IRPF cuando se trata de una persona física que de forma individual desarrolle una actividad empresarial o profesional. De esta manera, aunque también en relación a los empresarios individuales, la reforma tuvo su gran campo de aplicación práctica en la exclusión de los profesionales del ámbito del IAE.

De otro lado, van a quedar también exentos de este impuesto local los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, las sociedades civiles y las entidades sin personalidad jurídica, que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a 1.000.000 de euros. Así, para las personas jurídicas residentes y comunidades de bienes no se daría la doble imposición apuntada siempre que no se llegue a ese límite; si se supera, sí se daría la misma, al tener que pagarse este impuesto local.

Por otra parte, se dispuso que «en cuanto a los contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, la exención sólo alcanzará a los que operen en España mediante establecimiento permanente, siempre que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a 1.000.000 de euros». Dado que son sujetos pasivos del IRNR tanto las personas físicas como las entidades, se plantea la duda de si las personas físicas no residentes en España estarán siempre exentas del IAE o sólo cuando actúen aquí a través de un establecimiento permanente que no supere el importe de la cifra de negocios citado. Entendemos que, como al hacer referencia a las personas físicas la Ley habla directamente de éstas sin ningún requisito adicional y no habla expresamente de los sujetos pasivos del IRPF, la exención se dará de forma generalizada para cualquier persona física que desarrolle de forma individual una actividad empresarial o profesional en territorio español, con independencia de que sea o no residente en nuestro territorio.

³⁸ En este punto, es necesario tomar en consideración la modificación del artículo 83 de la Ley 39/1988, realizada por el artículo vigésimo tercero de la Ley 51/2002.

³⁹ Es lógico que con respecto a los dos primeros años de actividad de la entidad se establezca una exención del IAE, dado que se trata de un período en que es fácil que en la misma no se produzcan resultados positivos, sino sólo pérdidas. De esta forma, tratándose de unos años en que es fácil que no existan rentas positivas, resulta justificada la referida exención.

Para que se pudiese dar la interpretación contraria, o sea, para que sí tuviesen que haber tributado las personas físicas no residentes cuya actividad superase el referido límite cuantitativo, creemos que se debería haber hablado expresamente de los sujetos pasivos del IRPF y no a secas de las personas físicas ⁴⁰. Tengamos en cuenta que cuando se trata de la tributación de las entidades se parte de la mención expresa del Impuesto sobre Sociedades y del IRNR y no se habla directamente de las correspondientes entidades.

Pero con la analizada reforma no se eliminó totalmente la doble imposición del IAE con el IRPF. Como ya hemos adelantado, cuando se trate de comunidades de bienes u otros entes sin personalidad jurídica que superen la citada cifra de negocios van a seguir estando sometidas al referido impuesto local y si las mismas tienen algún o algunos partícipes o comuneros que sean personas físicas, en relación a éstos se seguiría dando una doble imposición entre el IRPF y el IAE, dado que se va a atribuir a los partícipes o comuneros la parte de los resultados de la entidad sin personalidad jurídica correspondiente a su participación en la misma, debiendo tributar por ella en el IRPF si son personas físicas residentes en territorio español. Obviamente, si se trata de una comunidad de bienes que por su cifra de negocios quede sometida al IAE y que tenga algún comunero sometido al Impuesto sobre Sociedades o al IRNR, también se va a dar la doble imposición con estos impuestos por la parte atribuible a estos comuneros en función de su porcentaje de participación en la entidad. Además, pensemos que si se trata de un comunero sometido al IRNR, tal doble imposición se daría con independencia de que fuese persona física o persona jurídica.

Dejando a un lado lo anterior, debemos fijarnos también en que, a efectos de la aplicación de las exenciones citadas, se estableció que «el importe neto de la cifra de negocios se determinará de acuerdo con lo previsto en el artículo 191 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre». Pues bien, en ese artícu-

⁴⁰ En nuestra opinión, no cabe otra interpretación. Y ello aunque algunas Órdenes Ministeriales en determinados puntos pudiesen llevar a confusión, en una aparente contravención de la norma de rango legal, haciendo pensar que la interpretación que realiza la Administración tributaria es otra distinta. Véanse, en tal sentido, la Orden HAC/85/2003, de 23 de enero, por la que se determinan los supuestos en los que los sujetos pasivos del IAE deben presentar una comunicación en relación con el importe neto de su cifra de negocios y se aprueba el modelo de dicha comunicación, y la Orden HAC/2572/2003, de 10 de septiembre, por la que se aprueba el modelo 840 de Declaración del IAE y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

Por otra parte, fuera ya de la delimitación en sí de la referida exención, el que se pasase a hablar en el primer párrafo del apartado 3 del artículo 83 de la Ley 39/1988 expresamente del «Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», tampoco puede llevarnos a una interpretación distinta de la expuesta *supra*. Tengamos en cuenta que este apartado 3 de lo que se vino a ocupar es de la existencia o no del deber de presentar la correspondiente comunicación, por lo que no tendría que condicionar la existencia en sí de la exención, sin perjuicio de que la configuración de tal deber nos pueda parecer algo incompleta. Pero, como decimos, la discusión sobre la más o menos acertada o desacertada configuración de esta formalidad no puede condicionar la afirmación de la existencia sustantiva de la exención, habiéndose realizado la delimitación de este beneficio fiscal en el apartado 1 del citado artículo 83.

Además, realizar una interpretación contraria a la que nosotros mantenemos podría llevar a un resultado contrario al Derecho Comunitario Europeo. Y esto porque si una persona física residente en otro Estado miembro de la Unión Europea y normalmente, en la práctica, de nacionalidad de ese otro Estado, se viese obligada al pago del impuesto, frente a una ilógica reducción del beneficio fiscal al ámbito de las personas físicas residentes en España, ello podría representar una violación del derecho de establecimiento y de las libertades de circulación consagradas en el Derecho Comunitario Europeo.

lo 191 se dispone que «el importe neto de la cifra de negocios comprenderá los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios correspondientes a las actividades ordinarias de la sociedad, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas, así como el Impuesto sobre el Valor Añadido y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios».

Hacer depender la aplicación de una exención de la cifra de negocios no es lo más correcto, pues no sería lo más acorde con el principio constitucional de capacidad económica ⁴¹. La cifra de negocios no constituye un índice de capacidad económica válido como para hacer depender del mismo la aplicación o no de una exención. A nuestro entender, si se quiere hacer depender la aplicación de la exención de algún límite, éste debería ser la renta de la entidad, como índice de capacidad económica válido. Piénsese en que ante empresas con un margen de beneficio distinto, será fácil que se den situaciones en las que una entidad tenga una mayor cifra de negocios que otra, pero una menor renta que ésta, si son los gastos de aquélla bastante mayores. Podría así, paradójicamente, quedar una entidad con importantes beneficios exenta, frente a otra entidad con pérdidas que no pudiese beneficiarse de la exención en función del importe de su cifra de negocios. Por todo ello, entendemos que el límite que se establece en relación a las entidades para no quedar sometidas al IAE no se configura de la manera más adecuada.

D. La necesidad de coordinación entre el Impuesto sobre Actividades Económicas y la imposición estatal sobre la renta.

El IAE vino a sustituir a las antiguas Licencias Fiscales. Este impuesto municipal ⁴² aparece regulado en los artículos 78 a 91 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. En el apartado 1 de ese artículo 78 se dispone que «el Impuesto sobre Actividades Económicas es un tributo directo de carácter real, cuyo hecho imponible está constituido por el mero ejercicio en territorio nacional, de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto».

En este precepto se presenta como hecho imponible del IAE el «mero ejercicio» de las mencionadas actividades empresariales, profesionales o artísticas. Por ello, en principio, el hecho imponible de este impuesto es distinto de los del IRPF y del Impuesto sobre Sociedades, dado que en estos dos últimos constituye su hecho imponible la obtención de renta por el sujeto pasivo.

En relación a la integración entre el IRPF y el IAE, cuando los sujetos pasivos de aquél tributaban por éste, antes de su reforma, debemos tener en cuenta que la solución a la que nos venía llevando la Ley 40/1998 era una solución similar a la que nos llevó la Ley 18/1991, en su evolución normativa.

⁴¹ Artículo 31.1 de la Constitución.

⁴² Sobre el IAE las Diputaciones Provinciales, como recurso de las provincias, podrán establecer un recargo regulado en el artículo 134 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

La remisión que en materia de determinación de los rendimientos netos de actividades económicas realizaba el artículo 26 de la Ley 40/1998 a la normativa del Impuesto sobre Sociedades, nos colocaba ante una situación similar a la que se daba en materia de rendimientos de actividades empresariales o profesionales en la Ley 18/1991, donde se daba también esa remisión a las normas del Impuesto sobre Sociedades. Recordemos que los que en la Ley 18/1991 se denominaban rendimientos de actividades empresariales o profesionales, en la Ley 40/1998 se denominaron rendimientos de actividades económicas, con lo cual incluso llegó a darse una mayor proximidad terminológica al IAE. Pues bien, como decíamos, las soluciones que se vinieron apuntando en relación a la Ley 18/1991 en gran medida resultaban trasladables a la Ley 40/1998, de ahí que realicemos este análisis partiendo del estudio de la primera.

Debemos recordar que en la letra c) del apartado cuatro del artículo 5 de la Ley 18/1991 se presentaban como componentes de la renta del sujeto pasivo a efectos del IRPF «los rendimientos de las actividades empresariales o profesionales que ejerza». Y aunque después ya no existiese, en general, una distinción de diferentes tipos de rentas en la Ley 43/1995, antigua Ley del Impuesto sobre Sociedades (tal y como se hacía en el art. 3 de la Ley 61/1978, anterior Ley reguladora del mismo), los rendimientos de las actividades empresariales o profesionales o actividades económicas de la entidad se reflejarán en su contabilidad y así se integrarán en su base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Tal tipo de actividades, gravadas por estos dos impuestos estatales, son actividades que originan renta. Además, en el citado artículo 78 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales se presenta el IAE como un tributo directo y directos son los impuestos que gravan la renta o el patrimonio ⁴³. Está claro que no es el patrimonio aquello sobre lo que incide este Impuesto local, sino sobre la renta originada por las mencionadas actividades.

De esta manera, nos encontramos con que en el IAE el objeto de gravamen aparece constituido por la renta que el sujeto pasivo obtendría con el desarrollo de la actividad empresarial, profesional o artística, cuyo ejercicio representa el hecho imponible del Impuesto. El problema es que se trata del gravamen de rentas presuntas. Con referencia al IAE, en un momento anterior a su reforma, CHECA GONZÁLEZ señaló que el gravar «beneficios presuntos supone un claro atentado al principio constitucional de capacidad económica, el cual, rectamente entendido, exige que tributen sólo manifestaciones económicas reales y no ficticias» ⁴⁴.

Así pues, basándonos en su mera existencia y al margen de su realidad cuantitativa, debemos entender que venía existiendo una doble imposición entre el IAE y el IRPF o el Impuesto sobre Sociedades, en relación respectivamente al ámbito subjetivo de cada uno de éstos, dada la íntima e inescindible conexión entre el objeto de gravamen de aquél y los objetos de gravamen de estos otros.

En cuanto a los mecanismos jurídicos que se podrían haber utilizado para paliar los efectos económicos de la mencionada doble imposición, debemos partir recordando que en el apartado a) del artículo 13 de la citada Ley 61/1978, que regulaba el Impuesto sobre Sociedades, se preveía la

⁴³ Al representar la renta y el patrimonio índices directos de capacidad económica.

⁴⁴ «El Impuesto sobre Actividades Económicas», en *Impuestos*, núm. 23, 1989, pág. 28.

deducción, para calcular los rendimientos netos por este impuesto, de «los tributos y recargos no estatales, así como las exacciones parafiscales, las tasas, recargos y contribuciones especiales estatales no repercutibles legalmente, cualquiera que sea su denominación, siempre que incidan sobre los rendimientos computados o los bienes productores de los mismos y no tengan carácter sancionador». Y entre los tributos no estatales que inciden en tales rendimientos hay que incluir el IAE. Y en base al artículo 42 de la citada Ley 18/1991, que regulaba el IRPF, aparecía también como practicable la deducción de las cantidades correspondientes al IAE para la determinación del rendimiento neto de las actividades empresariales y profesionales por aquel impuesto estatal, dado que en ese artículo 42 se disponía la aplicación a tales efectos de las normas del Impuesto sobre Sociedades ⁴⁵. Ante la modificación en la disciplina de este impuesto, a través de la Ley 43/1995, y su remisión al resultado contable para la determinación de la base imponible, debemos destacar aquí que el IAE también se presentaba como un gasto fiscal en la contabilidad, y así venía a influir en los casos de determinación de la base imponible en estimación directa ⁴⁶.

Si bien no se nombraba expresamente el IAE en las citadas normas que vinieron amparando la deducibilidad del mismo, lo que sí está claro es la posibilidad de que existiese una imposición ⁴⁷ correspondiente a los entes inferiores al Estado (en el caso en análisis a las Corporaciones Locales) que se superponía sobre la materia imponible ya gravada por el IRPF, dando un remedio parcial a tal doble imposición.

Ahora bien, había que plantearse si el IAE era verdaderamente un gasto necesario para la obtención de los correspondientes ingresos. Tengamos en cuenta que, sin perjuicio de la remisión apuntada de los artículos 41 y 42 de la Ley 18/1991 a las normas del Impuesto sobre Sociedades en este punto, el artículo 41 de esa misma Ley, antes de su reforma por la Ley 66/1997, preveía como deducibles los «gastos necesarios» para la obtención de los correspondientes ingresos. Se trataba, ante tal referencia, de analizar la adecuación conceptual y sistemática de la deducción del IAE como gasto.

Debemos tener en cuenta que un gasto necesario para la obtención de un ingreso es un desembolso que se realiza precisamente «para» algo, «para» la obtención del ingreso. Y el IAE no se pagaría precisamente «para» obtener un ingreso, sino que se pagaría «por» algo, en concreto, «por» la realización de la actividad generadora del ingreso, o sea, por el ejercicio de la actividad generadora de la renta que constituye su objeto imponible.

Bien es cierto que, como hipótesis de laboratorio, un incumplimiento sistemático de las obligaciones tributarias por el IAE, negándose rotundamente a pagarlo en los sucesivos ejercicios, podría haber cargado al empresario o profesional con un porcentaje de deudas por cuotas, sanciones e intereses que le hiciese inviable la vida económica de su actividad. Así, «para» poder desarrollar con

⁴⁵ Remisión que pasó a realizarse también en el artículo 41 de esa misma Ley 18/1991 y después en el artículo 26 de la Ley 40/1998.

⁴⁶ Y en los casos de estimación objetiva por coeficientes, antes de la derogación de este régimen para el período impositivo de 1998, en el IRPF era deducible el IAE en base al desarrollo reglamentario del IRPF para determinar los rendimientos netos de las actividades empresariales o profesionales sometidos a ese régimen.

⁴⁷ Que en la situación en análisis se concretaba en el gravamen por el IAE.

éxito su actividad económica habría debido pagar el IAE. Desde esta retorcida argumentación se podría haber llegado a hacer aparecer al IAE como gasto necesario para la obtención de los ingresos. Pero obviamente, parece más lógico presentar, en general, al IAE, en cuanto impuesto sobre la renta –aunque presunta–, como consecuencia y no como presupuesto. Téngase en cuenta que el impago del IAE no produciría la nulidad o ineficacia de los actos privados de comercio en que se manifiesta el ejercicio de la actividad económica. Y un Impuesto, el IAE, que tiene por objeto de gravamen la renta, no se puede presentar conceptualmente como algo que sea necesario para la obtención de la misma ⁴⁸.

De todas formas, como hemos visto, existía una previsión legal –la del art. 13.a) de la citada Ley 61/1978– donde se podía incluir y amparar sin problemas la deducibilidad como gasto del IAE. En el momento en que dejó de aparecer una previsión normativa de este tipo, una interpretación funcional del concepto de gasto necesario para la obtención de los ingresos, nos podía obligar, intentando encontrar solución al problema de la doble imposición, a presentar al IAE como algo necesario «para» la obtención de los ingresos, consiguiendo así su deducibilidad como gasto.

Nos encontrábamos, pues, con una remisión en el artículo 42 de la Ley 18/1991 a la disciplina del Impuesto sobre Sociedades para la determinación de los rendimientos netos de las actividades empresariales o profesionales en el régimen de estimación directa. Eso suponía que en tales casos en el IRPF había que partir del resultado contable del empresario o profesional para determinar los rendimientos netos de su actividad. En la contabilidad del empresario o profesional habría incidido como gasto fiscal la cuota satisfecha por el IAE. Ahora bien, todo esto se enfrentaba al requisito de «necesario» que, según el artículo 41 de la Ley 18/1991, debía cumplir todo gasto deducible en el régimen de estimación directa de los rendimientos de las actividades empresariales o profesionales. De todas formas, sabemos que en relación a tales rendimientos, cuando se determinaban a través del desaparecido régimen de estimación objetiva por coeficientes, la deducibilidad del IAE como gasto para la determinación de los rendimientos netos encontraba pleno amparo en las previsiones del artículo 30 del Reglamento que desarrollaba aquella antigua Ley. Y obviamente no hubiese tenido sentido poder deducir un gasto –en este caso el IAE– en el régimen de estimación objetiva por coeficientes y no en el régimen de estimación directa. Recuérdese que la estimación objetiva por coeficientes partía en el IRPF del principio de la deducibilidad de sólo una parte de los gastos que eran deducibles en el régimen de estimación directa. Por tanto, no cabe duda de que, también en estimación directa en el IRPF, era deducible de los rendimientos íntegros de las actividades empresariales o profesionales (hoy actividades económicas) la correspondiente cuota del IAE.

⁴⁸ En el *Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la Reforma de la Financiación de las Haciendas Locales* (2002), que precedió a la referida Reforma, se señaló como un inconveniente para la adopción de un sistema de deducción del IAE, en la cuota de los impuestos estatales sobre la renta, el siguiente: «Su configuración como deducción en la cuota, rompería el esquema general liquidatorio del IRPF e IS». La referencia a este punto la realizó la citada Comisión después de destacar la deducción del IAE «como gasto a efectos del cálculo del beneficio o rendimiento neto de la actividad». Pues bien, frente a esa pretendida ruptura del esquema general liquidatorio de esos impuestos, entendemos que la falta de coherencia se da con su deducción como gasto en base, en función de lo que exponemos. Además, las deducciones en la cuota líquida para determinar la cuota diferencial se dan en función de conceptos o pagos de naturaleza tributaria. Por todo ello, frente a lo argumentado por la mencionada Comisión, creemos que lo más acorde con la coherencia que debería presidir precisamente el esquema liquidatorio de los impuestos estatales sobre la renta sería la deducción del IAE en la cuota de los mismos, tal y como exponemos.

Por todo lo expuesto, lo más lógico, a primera vista, conceptual y sistemáticamente, de cara a una reforma normativa, hubiese sido arbitrar la deducción de las cuotas pagadas por el IAE en la cuota del IRPF y del Impuesto sobre Sociedades. Sería la cuota de un impuesto que, como crédito de impuesto, se habría deducido de la cuota de otro, total o parcialmente, para eliminar o atenuar, respectivamente, la doble imposición interna por tales impuestos.

Ahora bien, aunque la deducción del IAE en cuota habría eliminado la doble imposición, un análisis profundo de las repercusiones de tal deducción en cuota podría hacernos ver que no serían todo ventajas y sí podría tener algún inconveniente. Se podrían traer aquí a colación y reproducirse, en lo que a la naturaleza de este otro impuesto local son aplicables, los argumentos apuntados por SIMÓN ACOSTA en relación a las técnicas de coordinación entre el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y los impuestos estatales ⁴⁹.

Así pues, si nos fijamos en los argumentos apuntados por SIMÓN ACOSTA en favor del sistema que propone como solución de integración entre el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y los impuestos estatales ⁵⁰, vemos que tales argumentos pueden en gran medida encontrar acomodo en la problemática de la integración del IAE con los impuestos estatales citados. Por ello un buen sistema de resolución de la doble imposición entre este último impuesto local y el IRPF o el Impuesto sobre Sociedades hubiese sido el de permitir la deducción en la cuota de estos impuestos estatales de la cuota mínima del IAE que según la normativa estatal se debía exigir por los Ayuntamientos. Y por aquello en lo que las cuotas por este impuesto local excediesen –obviamente, siempre dentro de los límites que marcara la normativa estatal reguladora de las Haciendas Locales– de esas cuotas mínimas –exceso establecido por los Ayuntamientos–, se hubiese podido practicar una deducción en la base. Y así, téngase en cuenta que con este sistema se habría conservado la responsabilidad política de las Corporaciones municipales por su posible influencia en el aumento de la carga fiscal por la citada doble imposición, dado que al deducirse el mencionado exceso en la base no se eliminaría totalmente la doble imposición en relación al mismo, sino que simplemente se atenuaría.

Eso sí, debemos precisar aquí que la deducción que se hubiese debido realizar en base, entendemos que lo más respetuoso con la lógica conceptual de los impuestos en juego habría sido disponer que se hubiese practicado en la base imponible para calcular la base liquidable y no en los rendimientos íntegros para calcular los rendimientos netos que se integran en la base imponible. Ello por las razones apuntadas al desarrollar la crítica a la inclusión del IAE dentro del antiguo concep-

⁴⁹ La aplicación en relación al problema de la doble imposición entre el IAE y los impuestos estatales de la solución propuesta por SIMÓN ACOSTA con respecto a la doble imposición entre el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y estos últimos, es aceptada por GARCÍA LUIS, quien reconoce que algunas de las razones apuntadas por aquel autor en relación a la problemática del Impuesto sobre Bienes Inmuebles –en su integración con los impuestos estatales– serían trasladables a la que estamos analizando en relación al IAE –la de su integración con los impuestos estatales, obviamente– («Impuesto sobre Actividades Económicas», en *La Reforma de las Haciendas Locales*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 1991, págs. 455 y 456).

⁵⁰ Véanse tales argumentos en *El Proyecto de Ley reguladora de las Haciendas Locales*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1988, págs. 45 a 48.

to de gasto deducible en cuanto necesario para la obtención de los ingresos. En cierto modo, la modificación que se introdujo en el artículo 41 de la Ley 18/1991 por la Ley 66/1997, suprimiendo la referencia a gastos necesarios, mitigó en cierto modo el problema, dejando simplemente una remisión a la disciplina del Impuesto sobre Sociedades y así al resultado contable; esta remisión se mantuvo en el artículo 26 de la Ley 40/1998.

Lo que sí resulta altamente criticable es el sistema que se ha venido aplicando en relación a la atenuación de la doble imposición por el IAE, que podría haber creado en el ciudadano-contribuyente de no afianzada cultura tributaria la «ilusión» de que, al poder «restar» de alguna manera (en sede de base) las cuotas por este impuesto local al determinar la deuda tributaria del correspondiente impuesto estatal, sólo habría cargado económicamente una vez con la deuda tributaria –por el gravamen sobre la renta– que se corresponde con el montante de la cuota del impuesto local, lo cual, obviamente, sólo se habría producido si la deducción se hubiese podido practicar en cuota.

El legislador, en la Ley 40/1998, lejos de recoger las propuestas que de *lege ferenda* había venido realizando la doctrina sobre la integración del IRPF con el IAE, vino a seguir una línea continuista de la que regía en la Ley 18/1991, sin avanzar, pues, en la solución del problema descrito y hasta llegar a la situación actual, fruto de la referida reforma. Situación normativa que, obviamente, podemos seguir contemplando al poner en relación el citado Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales con el Texto Refundido de la Ley del IRPF, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, y con el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

E. La debida toma en consideración de la renta: posibles vías para plasmarla.

Como hemos expuesto, en relación a las personas físicas, profesionales o empresarios individuales, se ha eliminado la doble imposición entre el IRPF y el IAE, al dejarlas exentas de éste. Pero, como también hemos visto *supra*, quedan supuestos en los que se sigue dando una doble imposición entre el IAE y la imposición estatal sobre la renta. Se trata de los supuestos de entidades que superan una determinada cifra de negocios y que están sometidas al Impuesto sobre Sociedades o al IRNR y de entidades sin personalidad jurídica que superen igualmente dicha cifra, dándose en este último supuesto la doble imposición con el impuesto estatal por el que tenga que tributar cada comunero o partícipe de este último tipo de entidades en función de su condición: IRPF, Impuesto sobre Sociedades o IRNR.

Pues bien, en todos esos supuestos en que se sigue pagando el IAE se debería permitir una deducción en la cuota de los citados impuestos estatales de las cuotas satisfechas por el analizado Impuesto local. Incluso en el supuesto de comuneros personas físicas residentes, cuya comunidad de bienes tenga que pagar el IAE, se les debería permitir deducir en la cuota del IRPF la parte, de la cuota del IAE satisfecha por la entidad, correspondiente a la participación del comunero en ésta.

En todos los supuestos en que entendemos que se debe permitir la deducción de la cuota del IAE en la cuota del Impuesto sobre Sociedades, en la cuota del IRNR o incluso, en los casos apuntados, en la cuota del IRPF, tal deducción se debería practicar en la cuota líquida para determinar la cuota diferencial, dado el carácter impositivo del concepto que debería dar derecho a la deducción.

Obviamente, en el caso de sujetos exentos del IAE no se debería dar ninguna deducción en la cuota de los citados impuestos estatales, pues eso supondría un doble beneficio fiscal no justificable, al no haberse soportado el citado impuesto local.

De otro lado, cuando se tiene que pagar el IAE, es el Estado el que provoca la doble imposición, pues es éste el que ha creado el IAE, aunque su titularidad sea local. Para ello, su actuación debería centrarse en los impuestos estatales, a través del establecimiento de la deducción propuesta en la cuota de éstos. La deducción en base, como gasto, dentro de la contabilidad de la entidad, que sigue quedando para los sujetos pasivos que continúan tributando por el IAE, no elimina la doble imposición de este Impuesto local con el correspondiente impuesto estatal, por lo que se debería avanzar en el sentido de sustituirla por la deducción en cuota que se propone.

Pero esto por lo que respecta al problema de la doble imposición que sigue generando el IAE en relación a la imposición estatal sobre la renta, en los supuestos descritos. Tal perspectiva no nos hace perder de vista el problema de la configuración del IAE como impuesto que grava rentas potenciales o presuntas y que, por tanto, no se presenta como lo más acorde con los principios constitucionales de justicia tributaria ⁵¹.

Por ello, en aquello para lo que queda el IAE, debería reformarse éste para convertirlo en un impuesto que sólo gravase rentas reales y sólo en función de la cuantía de éstas, pagándose hoy día incluso por entidades que no obtienen ninguna renta real, al poderse tratar de entidades que en el correspondiente ejercicio sólo hayan tenido pérdidas.

El hecho de que en el artículo 87 de la Ley de Haciendas Locales ⁵² se estableciese que «sobre las cuotas municipales, provinciales o nacionales fijadas en las tarifas del impuesto se aplicará, en todo caso, un coeficiente de ponderación, determinado en función del importe neto de la cifra de negocios del sujeto pasivo», no supuso que el IAE se ajustase a la verdadera capacidad económica del sujeto pasivo. Téngase en cuenta que se parte de la cifra de negocios y no de la

⁵¹ No mucho antes de la referida reforma del IAE, CHECA GONZÁLEZ señaló que «en una futura Ley reguladora del sistema tributario local este impuesto, en su configuración y estructura actual, debiera suprimirse en atención a las exigencias ínsitas en la propia noción de justicia tributaria, y sustituirse por otro que grave, en una u otra forma, la verdadera renta real del sujeto pasivo» («El Impuesto sobre Actividades Económicas: presente y futuro», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 5, 2002, pág. 46).

De todos modos, aunque un impuesto sobre las rentas reales empresariales de las entidades sustituyese al criticable IAE actual, la problemática de su doble imposición con la imposición estatal sobre la renta seguiría existiendo y podría ser afrontada desde los parámetros expuestos.

⁵² Este artículo fue modificado por el artículo vigésimo sexto de la Ley 51/2002.

renta real generada por la actividad de la entidad, debiendo remitirnos aquí a lo ya expuesto, en páginas anteriores, sobre la toma en consideración del «importe neto de la cifra de negocios» dentro de la disciplina del IAE.

Todo lo expuesto nos deja ver una serie de problemas que siguen girando en torno al IAE y que van a hacer que este impuesto local continúe siendo una de las figuras más criticables de nuestro sistema tributario. Pero tales críticas se pueden hacer, no sólo en relación a la articulación en sí del IAE, sino también en relación a su falta de integración con los impuestos estatales sobre la renta. Y así, en este último sentido, la solución no vendría dada por la vía de la actuación sobre la normativa reguladora de este impuesto local, sino que la actuación del legislador se debería dar sobre la regulación de los citados impuestos estatales, de la forma expuesta.

Pero volviendo a la articulación en sí del IAE, debemos tener en cuenta que, frente a la utilización del expediente de la cifra de negocios, podemos encontrar, de forma aislada e insuficiente, alguna referencia expresa a la renta en la regulación de este impuesto local. El artículo vigésimo octavo de la Ley 51/2002 modificó el artículo 89 de la Ley de Haciendas Locales. En el párrafo primero de la letra d) del apartado 2 de este artículo se estableció que, cuando las ordenanzas fiscales así lo establezcan en relación al IAE, se aplicará «una bonificación de hasta el 50 por 100 de la cuota correspondiente para los sujetos pasivos que tributen por cuota municipal y tengan una renta o rendimiento neto de la actividad económica negativos o inferiores a la cantidad que determine la ordenanza fiscal, la cual podrá fijar diferentes porcentajes de bonificación y límites en función de cuál sea la división, agrupación o grupo de las tarifas del impuesto en que se clasifique la actividad económica realizada».

A nuestro entender, en aquellos casos de pérdidas o resultados negativos en un determinado ejercicio, más que una bonificación de hasta un 50 por 100 de la cuota, debería haberse establecido una exención total del impuesto, mientras no existan rentas positivas en la entidad. Es decir, entendemos que sólo una bonificación del 50 por 100 en los casos de rentas negativas es insuficiente.

Al mismo tiempo, la citada bonificación del 50 por 100 se presenta como una medida que se deja en manos de las correspondientes ordenanzas fiscales, de forma que queda a elección de cada municipio el decidir si la aplica o no. Creemos que la aplicación de la misma no debería quedar a la elección de cada municipio, de manera que una medida como ésta debería establecerse en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de forma generalizada para todos los municipios, sin que las ordenanzas fiscales pudiesen establecer lo contrario. Es más, la exención que proponemos en el supuesto de pérdidas en la entidad, en caso de algún día establecerse, también debería presentarse como preceptiva en cualquier municipio, sin que a través de las ordenanzas fiscales se pudiese establecer la no aplicación de la misma.

Con las soluciones propuestas, además de avanzar en la mayor efectividad de los principios constitucionales de justicia tributaria, se conseguiría una mayor neutralidad fiscal en el plano interno, pues el efecto económico final de la imposición sobre el sujeto pasivo no dependería de la forma de organización empresarial elegida.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos analizado varios supuestos de plurimposición dentro de nuestro sistema impositivo, que se dan con respecto a diferentes formas de organización empresarial, rompiendo, en algún caso, con la neutralidad impositiva que se debería dar en relación con las diversas opciones empresariales.

Quizás la más evidente quiebra de la neutralidad impositiva en relación a tales opciones se dio con la citada reforma del IAE. Este impuesto actualmente sólo se exige a las entidades que superen una determinada cifra de ingresos o volumen de operaciones. Las personas físicas no tributan ya por este impuesto local con independencia de cuál sea su cifra de ingresos. De esta forma, el IAE se ha convertido en un límite o condicionante a la libre elección entre la forma empresarial societaria o la forma de empresario individual.

Las entidades no van a tributar en el IAE cuando no superen una determinada cifra de ingresos. A nuestro entender, el hecho de que se parta para conceder la exención de la cifra de ingresos o volumen de operaciones y no de la renta o ganancia real de la entidad resulta sumamente criticable, pues puede darse la situación de que una entidad con menor renta que otra tenga que tributar por este Impuesto, por el hecho de que su cifra de ingresos sea mayor, aunque su ganancia efectiva sea menor. Así pues, esto no se presenta como lo más justo, ni como lo más conveniente para la neutralidad impositiva, pues condiciona enormemente el volumen de operaciones que se quiera adoptar para la empresa.

De otro lado, un empresario persona física no va a tributar en el IAE aunque su cifra de ingresos esté muy por encima de la que la Ley fija para conceder la exención de este Impuesto a las entidades. Por otra parte, en la práctica, se podría dar el caso de que un empresario persona física con una renta real superior a la renta de una sociedad quede exento del IAE, mientras que la segunda sí quede sometida a este Impuesto.

Si quisiéramos individualizar cuál es la manifestación de capacidad económica que se quiere gravar con el IAE, no tendríamos más remedio que afirmar que es la renta empresarial, es decir, las ganancias de la empresa, aunque se trata de meras rentas presuntas e incluso a veces ficticias, pues se puede dar el caso de que una entidad llegue a tributar en este Impuesto local, sin haber llegado a tener una ganancia efectiva, habiendo tenido sólo pérdidas. Esto resultaría confiscatorio para el patrimonio empresarial.

Una vez determinado que el IAE es en el fondo un impuesto sobre la renta, queda en evidencia que se da una doble imposición entre este impuesto local y el correspondiente impuesto estatal sobre la renta: Impuesto sobre Sociedades, IRNR o IRPF, cuando, en relación a este último impuesto, se trate de comuneros o partícipes –personas físicas– en una comunidad de bienes que haya tributado por el IAE, dado que los resultados de ésta se atribuyen a aquéllos, que deben tributar por los mismos.

La solución que nosotros proponemos para resolver tal doble imposición consistiría en deducir en la cuota del correspondiente impuesto estatal la cuota satisfecha por el referido impuesto local. De tal forma que lo que va a parar a las arcas de la Corporación Local fuese una cantidad que ya no se le tuviese que pagar al Estado, al restarse de los impuestos de titularidad de éste. Se trataría de una solución que debería aplicarse con independencia del tipo de empresa de que se tratase.

Si el Estado quiere cargar económicamente con la supresión del IAE, en principio, el mismo coste le supone dejar exentas a las empresas y después compensar por otra vía a los municipios, que permitir que se pague este impuesto local y después recibir tal cantidad de menos en sus impuestos, al permitir la deducción de aquél, no en la base de éstos, sino en su cuota. Además, este sistema respetaría en mayor medida la autonomía financiera de las Corporaciones Locales, que no tendrían que depender en tanta medida de las transferencias del Estado.

De todos modos, lo más respetuoso con la neutralidad impositiva sería que la solución que se adoptase fuese la misma con independencia de la forma empresarial elegida.

Por otra parte, el análisis desarrollado, en relación a la incidencia del factor fiscal en el ámbito empresarial, nos demuestra cómo tal factor constituye un elemento esencial a tener en cuenta en el desarrollo y organización de la empresa.

La incidencia del factor fiscal en materia empresarial no debe ser estudiada sólo desde la perspectiva de cada impuesto aisladamente considerado, sino a partir de las acumulaciones de impuestos que se dan sobre la actividad de una determinada empresa. Esto pone de manifiesto la relevancia de la incidencia de la doble imposición o plurimposición sobre las formas de organización empresarial.

Dependiendo de la forma de organización empresarial de que se trate puede variar considerablemente el alcance de la plurimposición sobre la actividad y resultados de la empresa.

El legislador fiscal, para un mayor desarrollo de la actividad empresarial en sus distintas formas, debe actuar en un doble sentido, en relación a la plurimposición. En primer lugar, se deben reducir al máximo los efectos económicos de la plurimposición sobre la empresa. Esto se puede hacer o bien reduciendo el número de tributos que inciden sobre una misma actividad empresarial o consiguiendo una integración entre los mismos, de forma que lo pagado por unos se pueda deducir en la cuota de otros y no simplemente en la base de éstos como mero gasto.

En segundo lugar, en relación a la incidencia de la plurimposición en las formas de organización empresarial, el legislador debería realizar las reformas necesarias para conseguir una mayor neutralidad fiscal con respecto a la empresa. Es decir, se deberían realizar las reformas fiscales necesarias para que el optar por una forma u otra de organización empresarial no provoque diferencias económicas en la empresa, en función de la opción elegida. El factor fiscal no debería presentarse

como un condicionante económico que determine la forma de organización de la empresa, sino que debería tenderse a una situación de neutralidad fiscal, de manera que la incidencia económica de la imposición, doble imposición o plurimposición sobre la empresa sea la misma con independencia de la forma de organización adoptada.

Proceder en el sentido que se propone representaría el impulso de un factor de certeza y seguridad para la empresa y un estímulo económico a su creación y desarrollo. Se alcanzaría con ello una mayor neutralidad fiscal, ya no sólo en el plano internacional, sino también en una dimensión interna.

TRIBUTACIÓN	EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN MATERIA TRIBUTARIA	Núm. 4/2005
-------------	---	----------------



FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO

Universidad Autónoma de Madrid

(Comentario a la STSJ de Madrid de 26 de marzo de 2004, rec. núm. 1045/2001) *

1. SUPUESTO DE HECHO

A partir de la entrada en vigor del Real Decreto 803/1993, de 28 de mayo, por el que se modifican determinados procedimientos tributarios (RD 803/1993), el transcurso del período máximo establecido para la tramitación del procedimiento sancionador en materia tributaria determina la caducidad de dicho procedimiento ¹. En este ámbito, la caducidad es el modo de extinción de un procedimiento administrativo que se encuentra inactivo o suspendido y que tiene por finalidad evitar la pendencia indefinida del referido procedimiento, eliminando así la consiguiente inseguridad jurídica ².

Para determinar si ha transcurrido el plazo de tramitación del procedimiento, hay que establecer cuál es el *dies a quo* y el *dies ad quem* a los efectos del cómputo de dicho plazo. Respecto al *dies a quo* puede señalarse que coincide con la fecha en la que se notifica al contribuyente el inicio del procedimiento sancionador. Por su parte, por lo que se refiere al *dies ad quem*, las dos fechas que podrían tenerse en cuenta son las siguientes: la fecha en que se dicta la resolución por la que termina el procedimiento sancionador y la fecha en que esta resolución se notifica al contribuyente.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*, CEF, núm. 262, enero 2005.

¹ Como ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de junio de 2002, recurso 2551/1998, «hasta la aparición del Real Decreto 803/1993 no existía la caducidad en los procedimientos tributarios, como figura conectada al abandono de su derecho por la Administración o por los particulares por el transcurso de un determinado plazo de tiempo» (fundamento jurídico 6). No obstante, esta consecuencia no era de aplicación a la imposición de sanciones por infracciones tributarias graves por parte de la Inspección de los Tributos hasta la entrada en vigor de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes (LDGC) (véase el punto 3 del Anexo 2 del RD 803/1993). Como es sabido, tras la entrada en vigor de esta norma se establece la obligación de que la imposición de sanciones se realice en un procedimiento separado del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria del sujeto infractor. Vid. GARCÍA BERRO, F., *Los procedimientos tributarios y la Ley 30/1992 desde la nueva perspectiva de la Ley 1/1998, de derechos y garantías de los contribuyentes*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 130.

² MELÓN MUÑOZ, A. (dir.), *Memento Práctico Administrativo 2002-2003*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2001, pág. 234.

La nueva Ley General Tributaria (LGT) (Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria) resuelve de manera clara esta cuestión en su artículo 211.2: «*el procedimiento sancionador en materia tributaria deberá concluir en el plazo máximo de seis meses contados desde la notificación de la comunicación de inicio del procedimiento. Se entenderá que el procedimiento concluye en la fecha en que se notifique el acto administrativo de resolución del mismo*». Como se puede comprobar, la LGT de 2003 ha optado por la fecha de la notificación de la resolución ³. Esta cuestión, sin embargo, no se resolvía con claridad en la normativa anterior, pues no se deriva claramente de la misma si la fecha que debía tenerse en cuenta era la de la resolución o la de la notificación de la misma.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 26 de marzo de 2004, recurso 1045/2001, que es la que da lugar al presente comentario, considera que la fecha que debe tenerse en cuenta es la fecha de la resolución. No obstante, esta solución, como establece la propia sentencia, solamente sería aplicable a los procedimientos sancionadores en materia tributaria tramitados conforme al Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla el régimen sancionador tributario (RD 1930/1998). Por el contrario, la fecha que debía tenerse en cuenta en los procedimientos tramitados conforme a la normativa anterior, y en particular los tramitados a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 803/1993, era la contraria: el *dies ad quem* coincide con la fecha de la notificación y no con la fecha de la resolución. En el asunto analizado por la STSJ de Madrid, al no resultar aplicable el Real Decreto 1930/1998, se toma como *dies ad quem* la fecha de la notificación. En ese momento, a tenor de los datos del supuesto, había transcurrido el plazo de tramitación del procedimiento sin que se hubiera efectuado la notificación de la resolución, produciéndose, por tanto, la caducidad ⁴.

Como veremos inmediatamente, esta cuestión, con anterioridad a la LGT de 2003, distaba bastante de estar clara, pues existen pronunciamientos de otros órganos judiciales que ofrecen soluciones muy diversas. Sin perjuicio de que con posterioridad nos referiremos a ellas con mayor detenimiento, a continuación sintetizaremos la posición de cada una de las sentencias que también analizaremos en el presente comentario.

Por un lado, la STSJ de Cantabria de 30 de mayo de 2002, recurso 518/2001 (*Normacef Fiscal*, NFJ013276), considera que el *dies ad quem* es la fecha de notificación, incluso en los procedimientos sancionadores a los que les es aplicable el Real Decreto 1930/1998. Por otro, la STSJ de Baleares

³ Como no podía ser de otra manera, el artículo 24.4 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del régimen sancionador tributario, prevé la misma solución que el artículo 211.2 de la LGT de 2003.

⁴ Como se desprende del fundamento jurídico 3 de la STSJ de Madrid, la apertura del expediente sancionador se notificó el 14 de noviembre de 1997. El acuerdo sancionador se dictó el 13 de marzo de 1998 y se notificó el 21 de diciembre de 1998. Hay que señalar que la sentencia aborda otra cuestión, que se refiere a si se ha practicado o no correctamente la notificación del acuerdo sancionador. La sentencia indica que en el expediente administrativo no consta intento de notificación alguno debidamente firmado por el agente notificador, pues sólo figura un volcado informático que no puede ser considerado válido a los efectos de ser tenido como un intento de notificación. El defecto de la notificación posibilita que la sentencia pueda entrar a conocer la cuestión de la caducidad, ya que el recurso se había interpuesto contra la providencia de apremio derivada del impago de la sanción impuesta, y no contra el propio acuerdo sancionador.

de 2 de septiembre de 2003, recurso 848/2001 (*Normacef Fiscal*, NEJ017760), parece pronunciarse en los mismos términos que la STSJ de Madrid. No obstante, introduce el siguiente matiz: los procedimientos tramitados conforme al Real Decreto 1930/1998, pero que hayan iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de marzo, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el *dies ad quem* coincide con la fecha de la notificación y no con la fecha de la resolución.

Como se puede comprobar, los procedimientos iniciados entre el 13 de septiembre de 1998 –fecha de la entrada en vigor del RD 1930/1998– y el día 14 de abril de 1999 –fecha de la entrada en vigor de la Ley 4/1999–, el *dies ad quem* es la fecha de la resolución y no la de su notificación. Por su parte, los procedimientos iniciados a partir del día 14 de abril de 1999, el *dies ad quem* del plazo de tramitación es el de la notificación.

A continuación analizaremos esta cuestión que, aunque ya está resuelta por la LGT de 2003, todavía tiene trascendencia respecto a los procedimientos sancionadores tramitados conforme a la normativa anterior, y que hayan sido objeto de impugnación, en aquellos casos en los que tomando como referencia la fecha de notificación –y no la fecha de la resolución– hubiera transcurrido el plazo máximo de seis meses establecido para su tramitación.

2. EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN MATERIA TRIBUTARIA: ESPECIAL REFERENCIA AL *DIES AD QUEM*

El artículo 42.1 de la Ley 30/1992 contempla la obligación de la Administración de resolver los distintos procedimientos administrativos en el plazo establecido. El incumplimiento de la obligación de resolver en el plazo establecido determina una serie de consecuencias, que varían en función de que se trate, bien de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, bien de un procedimiento iniciado de oficio. Con carácter general, la consecuencia establecida para el primer supuesto es la estimación o desestimación de lo solicitado por silencio administrativo; para el segundo supuesto, la consecuencia es la caducidad del procedimiento.

La aplicación de estas consecuencias depende, como puede apreciarse, de que el procedimiento administrativo se haya tramitado o no en el plazo establecido. Para verificar lo anterior, la primera cuestión que hay que dilucidar es cómo se computa el plazo que, en cada caso, sea aplicable. Para ello hay que determinar cuál es el *dies a quo* y el *dies ad quem* del mismo. Nosotros vamos a prestar especial atención a la determinación de cuál es el *dies ad quem*.

Pues bien, como ya se ha indicado, en este punto existen básicamente dos soluciones: en primer lugar, considerar que el procedimiento se resuelve en la fecha en que se dicta la resolución en virtud de la cual se pone fin al mismo; y, en segundo lugar, tomar en consideración la fecha en que se notifica esa resolución al interesado.

En nuestra opinión, al igual que han manifestado otros autores, la fecha que debería tenerse en cuenta es la fecha de notificación y no la fecha de la resolución ⁵. La fecha en que se dicta un acto es una cuestión que el interesado difícilmente puede controlar, pues pertenece a la esfera interna de la Administración. Esta situación genera un riesgo evidente, toda vez que la Administración, en los casos en los que advierta que ha transcurrido el plazo de tramitación, puede verse tentada a «antedatar» la resolución, con el fin de que se considere que el procedimiento se ha tramitado en plazo ⁶. Pues bien, aunque no es de esperar un comportamiento anómalo por parte de la Administración, sí es cierto que tomar como referencia la fecha de la resolución provoca que las garantías del contribuyente se vean gravemente mermadas ⁷. Y ello porque mientras que la fecha de la notificación es algo que el interesado conoce y puede controlar perfectamente, es prácticamente imposible que el interesado pueda verificar si la resolución notificada se ha dictado verdaderamente en la fecha que se indica.

A la vista de lo anterior, puede sostenerse que la opción por la fecha de la notificación es la solución más adecuada. A ello no se puede oponer el hecho de que el interesado puede llevar a cabo comportamientos con el fin de retrasar la fecha en que la resolución se entienda notificada. En este sentido, para remediar este tipo de situaciones, y con el fin de buscar un equilibrio entre las garantías del administrado y la eficacia de la actuación administrativa, la propia Ley 30/1992 ha articulado algunos mecanismos para solucionar, por ejemplo, los efectos del rechazo de la notificación por el interesado, o la imposibilidad de practicarla por ausencia. Se impide con ello que se frustre la acción de la Administración cuando ésta ha actuado con la diligencia suficiente, y la defectuosa notificación es provocada por causas ajenas a la misma ⁸.

La utilización de la notificación de la resolución como referencia ha sido la solución que tradicionalmente ha adoptado el Derecho español ⁹. Sin embargo, esta tendencia parece romperse con la Ley 30/1992.

La redacción originaria del artículo 42 de la Ley 30/1992 no dejaba claro este extremo, pues se limitaba a señalar que «*el plazo máximo para resolver [el procedimiento] será el que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso*». Con esta redacción podía considerarse que el *dies ad quem* de referencia para determinar si un procedimiento se ha resuelto en plazo es el día de la fecha en que se resuelve el procedimiento y no la fecha en que se produce la notificación.

⁵ Véase lo que cita ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 88 a 91.

⁶ SALA ATIENZA, P., «La obligación de resolver»: SALA SÁNCHEZ, P. (coord.), *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 131.

⁷ CAYÓN GALIARDO, A., «Artículo 29»: VV.AA., *Estatuto del contribuyente*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 1999, pág. 184.

⁸ En este sentido debe comprenderse el artículo 211.2 de la LGT de 2003 al señalar que a efectos de entender cumplida la obligación de notificar y de computar el plazo de resolución del procedimiento sancionador tributario, serán aplicables las reglas contenidas en el artículo 104.2 de la misma Ley. Este precepto establece que «*a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución*».

⁹ Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La obligación de resolver...*, cit., pág. 90.

En este sentido, algunos autores consideran que ésta era la interpretación correcta, interpretación que se deducía, entre otros extremos, del hecho de la no aceptación por el poder legislativo de las enmiendas que pedían incluir en ese plazo la resolución y su notificación ¹⁰. Por lo tanto, podría considerarse que la redacción originaria de la Ley 30/1992 solamente exigía que la resolución fuera dictada dentro del plazo máximo de tramitación previsto.

Esta solución, desde luego, se separa de forma incomprensible de la solución más acorde con la necesaria seguridad jurídica de los interesados y más congruente con el contenido de la obligación de resolver. No obstante, los mismos autores que sostienen que la fecha que debe tenerse en cuenta es la de la resolución, han matizado el alcance de esta opción, señalando que la fecha de la notificación debe ser próxima a la de la resolución, pues la propia Ley 30/1992 establecía, y establece, en su artículo 58.2 que «*toda notificación deberá ser cursada en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado*» ¹¹. Con base en este precepto, podría sostenerse que en los casos de grave tardanza en la notificación por causas no imputables al interesado, sería posible introducir un elemento de control externo, con el fin de dotar de mayor consistencia al derecho a que las actuaciones se desarrollen en los plazos establecidos al efecto ¹². No obstante, a pesar de lo anterior, consideramos que quizás podría sostenerse, aunque la Ley no lo dijera expresamente, que el *dies ad quem* es la fecha de la notificación, como consecuencia de que la Ley 30/1992 vincula la eficacia de los actos administrativos a su notificación. En este sentido, desde la perspectiva de los plazos de tramitación, la resolución no debería entenderse dictada hasta el momento de su notificación. Esta solución, además, es la que mejor se acomoda al principio de seguridad jurídica reconocido por el artículo 9.º 3 de la Constitución. Algunos autores han señalado que la solución contraria plantea serias dudas acerca de su constitucionalidad ¹³.

Uno de los aspectos más sobresalientes de la Ley 4/1999, que reformó la Ley 30/1992, es que señala con toda precisión que en el plazo establecido para la tramitación del procedimiento la Administración debe realizar ambas operaciones: dictar la resolución y notificarla ¹⁴. A partir de esta modificación, queda claro que la obligación de resolver dentro de un plazo determinado comprende también la de notificar, dentro de dicho plazo, la resolución dictada. Como parece lógico, la interpretación de esta materia al amparo de la redacción originaria de la Ley 30/1992 depende en gran

¹⁰ SAINZ MORENO, F., «Obligación de resolver y actos presuntos»: LEGUINA VILLA, J.; SÁNCHEZ MORÓN, M. (dirs.), *La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 133 y ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La obligación de resolver...*, cit., págs. 88 a 90.

¹¹ SAINZ MORENO, F., «Obligación de resolver y actos presuntos», cit., pág. 133.

¹² CAYÓN GALIARDO, A., «Artículo 29», cit., pág. 184.

¹³ En este sentido se pronuncia PALAO TABOADA, C., «Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes: el texto definitivo», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, número 181, 1998, pág. 11, aunque no en relación a esta cuestión, sino al hecho de que el artículo 29 de la LDGC fijara como *dies ad quem* a efectos del cómputo del plazo máximo para tramitar el procedimiento de inspección la fecha en que se dicta el acto de liquidación. ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La obligación de resolver...*, cit., pág. 90 cita una serie de autores que propugnaron, antes de la Ley 4/1999, la notificación dentro del plazo máximo de resolución.

¹⁴ ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La obligación de resolver...*, cit., págs. 88 y 89 recoge una lista de todos los preceptos que han sido objeto de modificación en el sentido expuesto.

medida del valor que le otorguemos a las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999. La mayoría de la doctrina considera que en este punto se establece una verdadera innovación ¹⁵. De ser así, con anterioridad a la misma, la obligación de resolver en plazo solamente exigiría que la resolución se dictara en plazo.

Llegados a este punto debemos analizar cómo debe resolverse esta cuestión en los procedimientos tributarios y, en particular, en el procedimiento para la imposición de sanciones. En primer lugar debemos poner de relieve que, de acuerdo con la disposición adicional quinta de la Ley 30/1992, esta norma se aplica de modo supletorio a los procedimientos tributarios ¹⁶. En nuestra opinión, las disposiciones de la Ley 30/1992 que regulan cómo deben computarse los plazos de tramitación son directamente aplicables a los procedimientos tributarios. No existe, en principio, ninguna razón que justifique que en esta materia la normativa tributaria establezca reglas especiales. Por lo tanto, las reglas de la Ley 30/1992 sobre el cómputo de plazos se aplican directamente en el ámbito de los procedimientos tributarios porque son normas sobre régimen jurídico y no normas de procedimiento ¹⁷. En este sentido, hay que destacar que la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (LGT de 1963), no establece una regulación específica en esta materia. Siendo esto así, entendemos que durante el tiempo que ha sido aplicable esta norma, el régimen del cómputo de los plazos en materia tributaria debía ser precisamente el contemplado en la Ley 30/1992 ¹⁸. El régimen de la Ley 30/1992 no sería de aplicación en el ámbito de los procedimientos tributarios cuando su normativa específica estableciera una regla específica. No obstante, consideramos que la posibilidad de establecer un régimen específico en esta materia solamente sería viable a través de una norma con rango de Ley. En principio, de no establecerse un régimen específico a través de una norma con dicho rango, la solución que debería aplicarse es la de la Ley 30/1992 ¹⁹. Con ello se garantiza y se evita que cada reglamento en materia tributaria adopte una solución específica en esta materia.

¹⁵ Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La obligación de resolver...*, cit., pág. 89 y MELÓN MUÑOZ, A. (dir.), *Memento Práctico Administrativo...*, cit., pág. 226.

¹⁶ La redacción originaria de esta disposición adicional era la siguiente: «los procedimientos administrativos en materia tributaria y, en particular, los procedimientos de gestión, liquidación, comprobación, investigación y recaudación de los diferentes tributos se regirán por su normativa específica y, subsidiariamente, por las disposiciones de esta Ley». Como es sabido, la redacción de la misma se modificó en virtud de la Ley 4/1999, siendo el tenor de la disposición el siguiente: «los procedimientos tributarios y la aplicación de los tributos se regirán por la LGT, por la normativa sobre derechos y garantías de los contribuyentes, por las Leyes propias de los tributos y las demás normas dictadas en su desarrollo y aplicación. En defecto de norma tributaria aplicable, regirán supletoriamente las disposiciones de la presente Ley. En todo caso, en los procedimientos tributarios, los plazos máximos para dictar resoluciones, los efectos de su incumplimiento, así como, en su caso, los efectos de la falta de resolución serán los previstos en la normativa tributaria». Como se puede comprobar, la redacción originaria utiliza el término subsidiariedad y la redacción actual el de supletoriedad.

¹⁷ GARCÍA BERRO, F., *Los procedimientos...*, cit., pág. 51. La STSJ de Baleares de 2 de septiembre de 2003, recurso 848/2001 (*Normacef Fiscal*, NFJ017760), considera que la disposición adicional quinta de la Ley 30/1992 no alcanza a este ámbito porque el procedimiento sancionador no es ni un procedimiento tributario ni un procedimiento de aplicación de los tributos.

¹⁸ La LGT de 2003, a diferencia de la LGT de 1963, establece expresamente una regulación en esta materia, que debe ser aplicada con preferencia respecto al de la Ley 30/1992. Hay que destacar, sin embargo, que el régimen de la LGT de 2003 es muy similar al previsto por la Ley 30/1992.

¹⁹ En términos similares parece pronunciarse GARCÍA BERRO, F., *Los procedimientos...*, cit., pág. 52.

A la vista de lo anterior, nos encontramos con tres intervalos de tiempo. En primer lugar, el período de tiempo que transcurre entre la entrada en vigor del Real Decreto 803/1993 y el Real Decreto 1930/1998. Durante este período de tiempo, la normativa tributaria no contemplaba ninguna disposición específica sobre el *dies ad quem* del plazo de seis meses para la tramitación del procedimiento sancionador en materia tributaria. Ello obliga a adoptar necesariamente la solución prevista en la Ley 30/1992. Como hemos visto, la mayoría de la doctrina ha considerado que sólo se exigía que se dictara la resolución en el plazo máximo de tramitación. La otra solución posible, la fecha de la notificación, no parecía tener cabida a la vista del tenor literal de la Ley.

El segundo período de tiempo es el que transcurre entre la entrada en vigor del Real Decreto 1930/1998 y la Ley 4/1999, que reforma la Ley 30/1992. El artículo 36 del Real Decreto 1930/1998 establecía que «*transcurrido [el plazo de seis meses para tramitar el procedimiento sancionador en materia tributaria] sin que la resolución haya sido dictada, se entenderá caducado el procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones*». Como claramente se deriva del tenor literal del precepto, el Real Decreto 1930/1998 hace coincidir el *dies ad quem* con la fecha de la resolución. En principio, la solución adoptada por esta norma es correcta, pues esa es la que se desprende de la regulación originaria de la Ley 30/1992. De ser así, este reglamento simplemente estaría «recordando» lo que establece la norma general en este ámbito. Por el contrario, si pudiera sostenerse que la solución de la redacción originaria de la Ley 30/1992 era la contraria (fecha de la notificación), la previsión del artículo 36 del Real Decreto 1930/1998 podría considerarse ilegal, especialmente porque el artículo 34.3 de la Ley 1/1998, que es la norma que establece el plazo de tramitación del expediente, no señala expresamente cómo debe computarse dicho plazo.

El tercer período de tiempo transcurre desde la entrada en vigor de la Ley 4/1999, hasta el momento presente, habida cuenta de que tanto esta norma como la LGT de 2003 establecen de forma clara que el plazo de tramitación lo es tanto para dictar la resolución como para notificarla.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede analizarse sin mayores problemas cómo se ha interpretado esta cuestión en las sentencias a las que nos hemos referido al inicio de este trabajo y, en particular, en la del TSJ de Madrid.

El procedimiento sancionador analizado por esta sentencia se sitúa en el primer período de tiempo, es decir, en el que no era aplicable el Real Decreto 1930/1998, sino el Real Decreto 803/1993. La sentencia señala que al no ser aplicable el artículo 36 del Real Decreto 1930/1998, «*pues no había entrado en vigor en la fecha en las que se producen los indicados actos administrativos de notificación de inicio de expediente sancionador y de imposición de la sanción, teniendo que dicho precepto es interpretado por la Sala de forma diferente al Real Decreto 803/1993, [pues el art. 36 del RD 1930/1998] vincula la caducidad a la fecha en la que se dicta la resolución, constituyendo una norma especial que modifica la norma general de la Ley 30/1992*» (fundamento jurídico 3). Como se desprende del párrafo transcrito, la sentencia parece dar a entender que al no resultar aplicable el Real Decreto 1930/1998, la solución que debería adoptarse es la que establece con carácter general la Ley 30/1992, toda vez que el Real Decreto 803/1993 no establecía nada al respecto. Para la sentencia, la fecha que ha de considerarse «*es la fecha de notifi-*

cación del acuerdo de imposición de la sanción y no la fecha en que fue firmado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley 30/1992» (fundamento jurídico 3). Aunque la sentencia no lo diga expresamente, implícitamente lo que viene a sostener es que incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, el *dies ad quem* tenía que vincularse a la notificación y no a la fecha de la resolución. Como puede comprobarse, ésta no es la solución que parece deducirse de la redacción originaria de la Ley 30/1992, según dijimos anteriormente ²⁰. No obstante, si ello fuera así, entendemos que la misma solución debería aplicarse a los procedimientos tramitados al amparo del Real Decreto 1930/1998, pues consideramos que esta norma reglamentaria no podría establecer por sí misma una regla sobre el cómputo de los plazos diferente a la aplicable con carácter general al resto del ordenamiento.

La STSJ de Cantabria de 30 de mayo de 2002, recurso 518/2001 (*Normacef Fiscal*, NFJ013276), se sitúa en el segundo período de tiempo, es decir, en el que el Real Decreto 1930/1998 era aplicable. En su fundamento jurídico 3 la sentencia señala que «*tiene razón el demandante cuando entiende que en el referido plazo de seis meses la Administración [se refiere al art. 36 del RD 1930/1998] no sólo tiene la obligación de resolver, sino también de notificar su decisión. En este sentido, a efectos puramente interpretativos, puede servir lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 30/1992, en cuyo apartado primero se establece que la Administración está obligada a dictar la resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación, añadiendo en el apartado segundo que el plazo máximo para notificar la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Es decir, que el plazo que se concede en cada caso a la Administración para resolver el procedimiento lo es, realmente, para resolverlo y notificarlo, lo que encuentra sentido, como bien señalan las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cantabria que aquí se recurren, para garantizar la seguridad jurídica*» (fundamento jurídico 3).

En nuestra opinión, esta sentencia resuelve este asunto partiendo de un error significativo. Como se desprende de la transcripción anterior, el TSJ de Cantabria maneja la redacción del artículo 42 de la Ley 30/1992 introducida por la Ley 4/1999, que con toda claridad establece como *dies ad quem* la fecha de la notificación. La referencia a la nueva redacción no es correcta, pues aten-

²⁰ El hecho de que la STSJ de Madrid mencione el artículo 57.2 de la Ley 30/1992, y no el artículo 42 de la misma norma, es muy revelador. El artículo 57.2 no ha sido modificado por la Ley 4/1999, a diferencia de lo que sucede con el artículo 42 de la Ley 30/1992. Como es sabido, el artículo 57.2 de la Ley 30/1992 establece que es la notificación la que determina el comienzo de la eficacia de los actos administrativos. En este sentido, podría deducirse que el TSJ de Madrid considera que el *dies ad quem* debe ser la fecha de la notificación, pues es en ese momento cuando comienza la eficacia de la resolución que resuelve el procedimiento. Si esto es así, la modificación arbitrada por la Ley 4/1999 no tendría ningún consecuencia material en este ámbito, pues podía llegarse a la misma solución con la redacción anterior en aplicación del artículo 57.2. En nuestra opinión, aunque la notificación produce la eficacia del acto administrativo, no tiene que afectar necesariamente a cómo debe computarse el plazo de tramitación, en especial respecto al *dies ad quem*. Porque nada impediría que se tomara en consideración la fecha de la resolución, a efectos de comprobar si el procedimiento se ha tramitado en plazo, sin perjuicio de que la eficacia de dicha resolución se posponga hasta el momento de su notificación. Lo más probable es que la STSJ de Madrid no haya mencionado el artículo 42 de la Ley 30/1992, para evitar que pudiera ponerse objeciones a su argumentación, como consecuencia de que dependiendo de que nos refiramos a la redacción anterior o posterior a la Ley 4/1999, se derive una solución distinta.

diendo al momento en que sucedieron los hechos, la redacción aplicable era la originaria ²¹. Por este motivo, la sentencia, si quería pronunciarse en el sentido que lo hizo, debería haber argumentado del modo siguiente:

- a) Que la solución que establece la redacción originaria de la Ley 30/1992 es la misma que con toda claridad se desprende tras su modificación por la Ley 4/1999.
- b) Que el Real Decreto 1930/1998 debía ser interpretado conforme a lo que dispone la Ley 30/1992 en esta materia.

La STSJ de Baleares de 2 de septiembre de 2003, recurso 848/2001 (*Normacef Fiscal*, NFJ017760), se sitúa en el tercer período de tiempo. El procedimiento sancionador se tramitó al amparo del Real Decreto 1930/1998, pero una vez que había entrado en vigor la modificación de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999. El fundamento jurídico 2 de la sentencia señala lo siguiente: «*Pues bien, con el punto de partida de que el plazo máximo para resolver el procedimiento sancionador del caso era de seis meses, y aceptado también que el inicio del cómputo se sitúa en la fecha en que se produce la notificación del acuerdo de iniciación, por lo que respecta a la fecha de finalización del plazo, si bien el artículo 36 del Real Decreto 1930/1998 la sitúa en aquella en que se dicta la resolución, conforme a lo previsto en los artículos 42 y 44 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999 –norma posterior al RD 1930/1998, de rango superior y de aplicación al procedimiento sancionador aquí seguido–, debe atenderse a la fecha de la notificación de la resolución, y habiéndose producido esa notificación transcurrido con exceso el plazo de caducidad, ha de concluirse que, pese a lo que se sostiene en la contestación a la demanda y en la resolución aquí recurrida, en el procedimiento sancionador seguido se produjo la caducidad*».

La interpretación que mantiene la sentencia nos parece adecuada. Nótese que la argumentación es parecida a la de la STSJ de Cantabria, aunque en este caso no se produce el error indicado, pues la Ley 4/1999 había entrado en vigor. Esta sentencia vendría a confirmar que el Real Decreto 1930/1998 no podía adoptar una solución sobre cuál debía ser el *dies ad quem* distinta de la contemplada por la Ley 30/1992. Por este motivo, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999, este precepto debía ser interpretado conforme a la nueva redacción. En este sentido, esta sentencia también podría servir para considerar que la solución prevista por la redacción originaria de la Ley 30/1992 era la contraria: el *dies ad quem* era la fecha de la resolución y no la fecha de la notificación.

En suma, aunque la solución que nos parece más adecuada consiste en entender que tanto bajo la redacción originaria de la Ley 30/1992, como la introducida por la Ley 4/1999, el *dies ad quem* es la fecha de la notificación y no la fecha de la resolución, parece que sólo puede considerarse que

²¹ Según se desprende del fundamento jurídico 4 de la sentencia, el inicio del procedimiento sancionador se notificó el 27 de julio de 1998. La resolución se adoptó el 18 de diciembre del mismo año. El primer intento de notificación se produjo el 10 de diciembre de 1998.

el *dies ad quem* es la fecha de la notificación a partir de la Ley 4/1999. La modificación introducida por esta norma debe afectar también a los procedimientos sancionadores en materia tributaria y, en particular, al Real Decreto 1930/1998, que es la norma que los regula. Por este motivo, la interpretación sostenida por la STSJ de Madrid no nos parece del todo correcta, pues a pesar de que el Real Decreto 1930/1998 no era aplicable, la aplicación de la Ley 30/1992, en su redacción anterior a la Ley 4/1999, llevaba inexorablemente a considerar que el *dies ad quem* era la fecha de la resolución. Si esto es así, el TSJ de Madrid no debería haber anulado la sanción, pues en la fecha en que se dictó la resolución todavía no había transcurrido el plazo de seis meses.

3. CONCLUSIÓN

Aunque pueda parecer que no es la solución más adecuada, bajo la redacción originaria de la Ley 30/1992, el *dies ad quem* para el cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos era la fecha de la resolución y no la de su notificación. La Ley 4/1999, que modifica la Ley 30/1992, cambia esta cuestión señalando claramente que el *dies ad quem* es la fecha de la notificación. Como consecuencia de ello, a partir de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, para determinar si los procedimientos sancionadores en materia tributaria se han tramitado en el plazo establecido (seis meses), la fecha de referencia es la fecha de la notificación y no la de la resolución, y ello a pesar de que el Real Decreto 1930/1998 establezca la solución contraria.

La STSJ de Madrid comentada considera, sin embargo, que antes de la entrada en vigor del Real Decreto 1930/1998, el *dies ad quem* era la fecha de notificación y no la de la resolución. Esta interpretación no nos parece que sea la correcta, pues esa no es la solución que adoptaba la Ley 30/1992. Esta sentencia no se pronuncia acerca de lo que debe suceder a partir de la entrada en vigor de la Ley 4/1999. No obstante, como establece la STSJ de Baleares mencionada, a partir de esa fecha debe entenderse que el *dies ad quem* se vincula con la notificación y no con la resolución. Esta modificación afecta también al procedimiento sancionador en materia tributaria, a pesar de que el Real Decreto 1930/1998 disponga lo contrario.

TRIBUTACIÓN	A VUELTAS CON LA MOTIVACIÓN SUFICIENTE QUE DEBE PRESENTAR TODA COMPROBACIÓN DE VALORES	Núm. 5/2005
-------------	--	----------------



JUAN CALVO VÉRGEZ

Profesor Ayudante. Universidad de León

(Comentario a la STSJ de Castilla y León de 13 de febrero de 2004, rec. núm. 491/2001) *

La presente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Castilla y León objeto de análisis resuelve un recurso Contencioso-Administrativo interpuesto contra Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla y León, a través de la cual se desestimaba una reclamación económico-administrativa planteada contra Resolución del Servicio de Economía y Hacienda de la Delegación Territorial de la provincia de Segovia. En virtud de esta última Resolución, quedaba aprobado expediente de comprobación de valores por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) iniciado en relación con la adquisición de un inmueble con plaza de garaje por parte del recurrente.

Tanto en el recurso económico-administrativo interpuesto en su momento por la parte actora como en el presente recurso contencioso-administrativo solicitaba el recurrente la anulación de las respectivas resoluciones dictadas al efecto por considerar que las mismas eran nulas de pleno derecho, **al faltar los hechos y elementos adicionales en base a los cuales la Administración motivaba el aumento de la base tributaria correspondiente a la modalidad de TPO.**¹

La ausencia de los citados hechos y elementos esgrimidos por la Administración originan, a juicio de la parte actora, un quebrantamiento de la normativa tributaria, creándose una **situación de indefensión jurídica** ante el desproporcionado aumento de la valoración del bien objeto de la comprobación en relación con otra valoración del mismo inmueble realizada por la propia Administración apenas trece meses antes.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF, núm. 262, enero 2005.

¹ El TS tiene declarado a este respecto en Sentencia de 28 de julio de 1993 que «la omisión de la notificación del resultado del expediente de comprobación de valores o la ausencia de motivación del mismo, siquiera sea sucinta, debe entenderse como un vicio procesal susceptible de acarrear la nulidad de actuaciones posteriores y, por tanto, de la liquidación girada como consecuencia de la nueva base notificada, en cuanto produce indefensión al contribuyente a quien, al desconocer los motivos del aumento de la base, se le priva de la posibilidad de defenderse».

En el Informe a través del cual se notificaba al recurrente el resultado de la comprobación de valores efectuada por la Junta de Castilla y León (que se fundamentaba a su vez en un informe pericial efectuado por el Arquitecto Técnico de la Administración) comenzaba identificándose el inmueble en base a los siguientes criterios: la localidad, el sitio de su ubicación, la naturaleza del bien y los usos considerados al efecto.

Exponía a continuación el citado Informe lo que se denomina «metodología de valoración», en la que se explicaba que se había tomado como base otra relativa a un inmueble de similares características tomada del archivo histórico de valoraciones y actualizada a la fecha del hecho imponible por el Técnico de la Junta en ejercicio de sus competencias y atribuciones.

Asimismo habían sido tenidos en cuenta diversos valores de realización contemplados en estudios de mercado efectuados por la Junta de Castilla y León y ubicados en las oficinas del Servicio Territorial (a disposición de los particulares). Todo ello sin olvidar circunstancias tales como las características de la localidad de ubicación del inmueble, los servicios urbanísticos de la zona o el criterio del Arquitecto Técnico de la Administración, fundamentado en su propia capacitación, así como en su conocimiento del mercado local y las características del bien objeto de valoración. El Informe de la Junta de Castilla y León calculaba la valoración multiplicando la superficie del suelo y de la construcción por los precios resultantes por metro cuadrado.

Como es de sobra conocido, una reiteradísima doctrina jurisprudencial –no ya sólo del TS sino también de los distintos TSJ– ha puesto de manifiesto que **toda comprobación y valoración efectuada por la Administración exige siempre una motivación suficiente para que el interesado pueda tener pleno conocimiento de la valoración realizada al efecto, pudiendo solicitar (en su caso) tasación pericial contradictoria.**

Exigía el artículo 124.1 de la antigua Ley General Tributaria (LGT) que la notificación del aumento de la base tributaria expresara de forma concreta los hechos y elementos que motivasen la misma. Esta circunstancia resulta asimismo recogida en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, al declarar su artículo 134.3 que «*si el valor determinado por la Administración tributaria es distinto al declarado por el obligado tributario aquélla, al tiempo de notificar la propuesta de regularización, comunicará la propuesta de valoración debidamente motivada, con expresión de los medios y criterios empleados*».

El artículo 103.3 de la nueva LGT establece además que «*los actos de comprobación de valor serán motivados con referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho*». Ciertamente el contenido de la motivación puede variar en cada caso concreto en función del medio de comprobación empleado. Pero existen unos mínimos que deben ser aplicables a toda comprobación de valores.

Así, en el acto de comprobación ha de constar siempre de manera clara y sin posibilidad de confusión con los restantes medios de comprobación cuál ha sido el medio escogido por la Administración. Con la finalidad de que el sujeto pasivo pueda comprobar la competencia del elemento subjetivo productor del acto, debe constar la firma, el nombre y los apellidos del funcionario titular del órgano tributario que realiza la comprobación y del funcionario que efectúa la comprobación.

La justificación del valor comprobado obtenido debe ser precisada en toda comprobación de valores con la finalidad de que el interesado pueda conocer, a efectos de posibles recursos, los criterios que han conducido a otorgar al bien un valor concreto.

La valoración debe referirse siempre a la fecha de devengo, indicándolo así expresamente. El dictamen del perito deberá realizarse por tanto atendiendo al estado de los bienes a dicha fecha, no antes ni después.

Toda valoración debe consignar claramente el bien objeto de la misma. Así, por ejemplo, en las fincas urbanas es necesario la consignación completa de su situación, debiendo constar la calle, número, planta y puerta del inmueble, y resultando además conveniente adjuntar un croquis de la ubicación del inmueble. Y en las fincas rústicas es imprescindible el croquis de emplazamiento, siendo aconsejable además consignar el número de parcela y polígono en el catastro.

La valoración debe expresar todos los datos físicos del inmueble tenidos en cuenta por el perito. En este sentido, mientras en las fincas urbanas han de hacerse constar los elementos relativos a su situación, superficie (con indicación de si es útil o construida), antigüedad, estado de conservación, uso o destino, circunstancias urbanísticas, calidades de la edificación y estado del mercado, en las fincas rústicas deben tenerse presentes las circunstancias de su situación, superficie, uso o destino, calidad del suelo y estado del mercado, así como otras posibles circunstancias confluyentes tales como riegos, caminos, etc.

Por otra parte, en la valoración han de constar todas las circunstancias jurídicas que hayan sido tenidas en cuenta para la misma. Es el caso, por ejemplo, de la existencia de cargas y gravámenes tales como servidumbres, censos, derechos de superficie o derechos de sobre y subedificación. También la situación arrendaticia debe hallarse reflejada en la valoración, en tanto en cuanto la presencia de arrendamientos sujetos a diferentes legislaciones incide sobre el valor de los bienes transmitidos, debiendo ser en consecuencia objeto de ponderación por el perito. Y lo mismo sucede con las circunstancias urbanísticas del terreno, su destino o el aprovechamiento asignado por el planeamiento.

Dispone el artículo 108.5 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado mediante Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, que *«cuando para la comprobación de valores se recurriere al dictamen de peritos de la Administración, la oficina remitirá a los servicios técnicos correspondientes una relación de los bienes y derechos a valorar para que, por personal adecuado a la naturaleza de los mismos, se emita, en el plazo de 15 días, el dictamen solicitado, que deberá estar suficientemente motivado»*.

Los dictámenes periciales han de estar motivados, debiendo expresar con claridad aquellas bases y elementos que permitan su contradicción. Únicamente si las valoraciones realizadas por los Técnicos de la Administración se encuentran suficientemente motivadas los interesados pueden tener conocimiento de los hechos y elementos adicionales que justifican el aumento de la base tributaria. Es precisamente por ello por lo que la Administración ha de llevar a cabo la comprobación expo-

niendo todas aquellas circunstancias que permitan incrementar el valor de lo declarado, siendo necesaria al efecto la práctica de las oportunas pruebas que demuestren que los datos utilizados por la Administración son los correctos.

Afirma el TS en su Sentencia de 12 de noviembre de 1999 ² que «(...) *el deber de los Peritos de la Administración es: 1. Comprobar en cada caso los bienes. 2. Describirlos. 3. Facilitar a los órganos administrativos y jurisdiccionales los antecedentes de hecho suficientes para admitir o rechazar las valoraciones. Por todo ello, mientras no se cumplan estas garantías por desconocimiento de los datos e imposibilidad de analizar y contrastar la valoración, ésta ha de rechazarse*» ³. No resulta suficiente, por ejemplo, la simple manifestación de haber tenido en cuenta la situación, calidad y edad de la construcción. ⁴

Y mediante Sentencia de 3 de diciembre de 1999 ⁵ precisa el Alto Tribunal, refiriéndose a la debida motivación de las comprobaciones de valores realizadas por la Administración Tributaria, que «(...) *todo informe pericial (y los tributarios también) que han de servir de base a la comprobación de valores deben ser:*

- 1. Fundados, lo cual equivale a expresar los criterios, elementos de juicio o datos tenidos en cuenta para que el contribuyente pueda conocer sus fundamentos técnicos y prácticos.*
- 2. La fundamentación constituye una garantía tributaria ineludible.*
- 3. Aun pudiendo ser lacónica y sucinta, la fundamentación no es admisible, ex artículo 121 de la LGT, si se omiten o se consignan meras generalizaciones sobre los criterios de valoración o sólo referencias genéricas a los elementos tenidos en cuenta mediante fórmulas repetitivas proformadas. Debe ser individualizada.*
- 4. Debe ser notificada al contribuyente»* ⁶.

Con carácter general, **la valoración podrá consistir en el razonamiento analítico de las circunstancias tenidas en cuenta por el perito o bien en la aplicación de determinados índices o coeficientes**. En todo caso resulta necesario que se razone tanto el valor del que se parte (con referencia a registros fiscales, precios de mercado, etc.) como el por qué de la aplicación de determinados índices correctores y la cuantía de los mismos. ⁷

² *Normacef Fiscal*, NFJ008327.

³ Con anterioridad el TS ya había seguido este mismo criterio jurisprudencial en sus Sentencias de 7 de mayo de 1998 (*Normacef Fiscal*, NFJ006415) y de 30 de mayo y 19 de octubre de 1995 (R.J. 1995\2423 y R.J. 1995\7414).

⁴ Véase STS de 4 de diciembre de 1993 (R.J.1993\10058).

⁵ R.J. 1999\9271.

⁶ El propio TSJ de Castilla y León se ha pronunciado en este sentido, entre otras, en sus Sentencias de 11 y 16 de octubre de 2002 y de 11 y 18 de noviembre del mismo año.

⁷ En esta línea, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de febrero de 1994 (*Normacef Fiscal*, NFJ003287) procedió a la anulación de una valoración obtenida mediante la aplicación de coeficientes no individualmente justificados, rechazando la posible utilización en los dictámenes de peritos del coeficiente 1,4 previsto en el Real

Una práctica administrativa de comprobación de valores bastante extendida ha sido aquella consistente en la aplicación de un determinado coeficiente sobre el valor catastral del inmueble obteniendo un valor coincidente con un presunto precio de mercado. La Administración puede así conocer, sin necesidad de costosas valoraciones, el valor de mercado aproximado de los inmuebles objeto del acto gravado.

Desde nuestro punto de vista, no existe ningún inconveniente en que la Administración establezca unos coeficientes sobre valores catastrales para cada municipio con la finalidad de determinar qué bienes quedan sujetos a comprobación. La comprobación de valores es una facultad de la Administración que ésta puede reglar de acuerdo a criterios generales y objetivos. Ahora bien, debe producirse en todo caso una pericia individualizada de cada inmueble con ponderación de sus circunstancias individuales.

¿Puede tener lugar la aplicación de «precios medios» de mercado presumiendo la certeza de los mismos? La respuesta ha de ser necesariamente negativa. Se requiere siempre una justificación de las razones de su formulación y de su aplicación a los bienes concretos, especificándose la forma en que deban tomarse en consideración de un modo detallado. La existencia de unos valores medios de mercado no puede excusar a la Administración de realizar una auténtica comprobación de valores para desvirtuar los valores declarados por los interesados en caso de discrepancia. El coeficiente sobre el que se aplique el valor catastral no podrá además fijarse unilateralmente por la Administración, sin respetar ningún procedimiento reglado en su formación y sin permitir la impugnación por los interesados.⁸

No se cumple, por tanto, con el requisito de la motivación aludiendo a criterios generales tales como los «precios de mercado». Una resolución es suficientemente motivada cuando muestra criterios concretos que han determinado la obtención del precio real como pueden ser el estado de conservación del inmueble, su antigüedad, la situación, superficie, fachada o fondo del mismo, los materiales empleados en la construcción, su situación urbanística, los valores asignados a otros inmuebles semejantes, los precios de venta de enajenaciones con los que pueda resultar susceptible de comparación, etc.

Pues bien, al amparo de todas estas consideraciones, declara el TSJ de Castilla y León en la presente Sentencia que *«es inadmisble que el inmueble, aun cuando es descrito por el perito de la Administración, lo hace sin el suficiente detalle y sin haber sido examinado personalmente, resultando también censurable que toda la valoración venga apoyada en valores unitarios obtenidos de los estudios de mercado efectuados por la Junta de Castilla y León sin ser aportados al expediente administrativo»*.

Decreto 1020/1993 para la obtención de los valores catastrales por considerarlo una yuxtaposición de medios de comprobación no admitida por el ordenamiento jurídico. Por su parte, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de mayo de 1996 (*Normacef Fiscal*, NFJ004146) rechazó los dictámenes constituidos por la simple expresión de un valor obtenido por aplicación de valores medios y coeficientes no relacionados específicamente con el inmueble objeto de la pericia.

⁸ En esta línea, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2000 (*Normacef Fiscal*, NFJ009261) rechaza explícitamente la aplicación de coeficientes sobre los valores catastrales como medio de comprobación.

Estamos de acuerdo con el Tribunal en esta apreciación. **La valoración debe aportarse expresamente en todo expediente.** Piénsese que de otro modo el administrado no puede verificar, por ejemplo, si se ha producido un error aritmético o de mera transcripción. Y **en ningún caso circunstancias tales como el volumen o la complejidad física que la valoración pueda representar en el expediente constituyen un impedimento para su aportación,** dado que no es necesario que la misma se realice de un modo total, sino sólo en relación con los valores concretos de que se trate. No se trata de aportar al expediente la totalidad del estudio, sino sólo de aquella parte que vaya a ser utilizada.

Una circunstancia sobre la que el Tribunal pone un especial énfasis al analizar la cuestión es la relativa a la **inadmisibilidad de aquellas remisiones que puedan efectuarse a los registros o estudios con la finalidad de poder comprobar un determinado dato fáctico esencial para la valoración que se discute.** Tal y como subraya el TSJ de Castilla y León, «(...) sólo los hechos notorios o los admitidos por el interesado quedan exentos de su prueba y, por tanto, de su aportación al expediente administrativo».

Si no existe copia documental, certificado o cualquier otro documento público u oficial, así como cualquier dato de significación tributaria en el expediente administrativo que pueda ser tenido en cuenta por la Administración y explicitado en su acto y que acredite la valoración fiscal o de mercado, aquélla no estará motivando correctamente su valoración. **No puede imponerse al administrado la carga de tener que acudir al estudio de mercado o al registro fiscal de que se trate para poder constatar unos datos que han sido omitidos o que no han sido aportados al expediente.**⁹

Lo anterior no significa que la Administración no pueda servirse de procedimientos concretos de aplicación, ponderación, actualización, extrapolación o individualización. Ahora bien, mientras los mismos no se expresen de un modo concreto y suficiente en sus valoraciones que permita tomar conocimiento de las operaciones realizadas por el Perito de la Administración, no podrá admitirse la validez de las comprobaciones realizadas.

Puesto que en el supuesto de autos no constaban en el expediente los estudios de mercado tomados como base para la determinación de los valores unitarios (cuyos resultados tampoco se empleaban directamente sino que eran objeto de una mera actualización y ponderación a la fecha del hecho imponible), el Tribunal decide estimar parcialmente el recurso interpuesto por la parte actora, procediendo a anular las resoluciones impugnadas al no ser conformes a derecho.

⁹ Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto, entre otras, en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de abril de 2001 cuando se afirma que «(...) tiene lugar una falta de indicación del modo en que se ha obtenido el valor de referencia que se aplica a la superficie de las parcelas, ya que la remisión a unos estudios de mercado efectuados por la Administración que ni siquiera se aportan resulta insuficiente, quedando imposibilitado el contribuyente para rebatirlos».

Ahora bien, ¿estamos ante un supuesto de nulidad relativa (anulabilidad) o por el contrario ante un caso de nulidad absoluta (nulidad de pleno derecho)? Tradicionalmente, la jurisprudencia administrativa ha venido considerando este supuesto como de anulabilidad, al constituir un defecto de forma que ocasiona la indefensión de los interesados conforme al artículo 48.2 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, actual artículo 63.2 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC).

Son varias las consecuencias de su catalogación como supuesto de anulabilidad. En primer lugar, podrá subsanarse por la Administración en trámite de recurso o reclamación económico-administrativa. Esta declaración no obsta además para privar de firmeza al valor declarado, al interrumpir el plazo de prescripción. La anulabilidad sólo podrá ser alegada en los plazos de los pertinentes recursos, transcurridos los cuales sin impugnar el acto se entiende producido un «acto consentido». En todo caso la Administración queda obligada a repetir su actuación de forma motivada, con la pertinente reposición de actuaciones.

Se ha defendido, no obstante, la posibilidad de considerar las comprobaciones de valores carentes de motivación como un supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 e) de la LRJAP y PAC, precepto que declara nulos de pleno derecho los actos *«dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido»*, entendiendo que ha resultado omitido un trámite esencial del mismo ¹⁰. Este criterio no es, sin embargo, el dominante en la doctrina de los Tribunales Económico-Administrativos, ni tampoco en la del TS.

Incluso se ha planteado su consideración como un supuesto de nulidad de pleno derecho pero no en base a lo dispuesto en la letra e) del citado precepto, sino por la vía de la letra a) del artículo 62.1 de la LRJAP y PAC, dado que la falta de motivación, en cuanto genera indefensión y priva a los sujetos pasivos de la posibilidad de contradecir las bases resultantes de la comprobación, infringe el derecho a la tutela efectiva sancionado por el artículo 24 de la Constitución Española y, por consiguiente, lesiona el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

En nuestra opinión, no parece que pueda hablarse de un supuesto de nulidad de pleno derecho. La consideración de la falta de motivación como un supuesto de nulidad de pleno derecho originaría además unas consecuencias prácticas distintas a las expuestas anteriormente al referirnos a la anulabilidad. En primer lugar, no podría ser subsanada en trámite de recurso o de reclamación económico-administrativa.

¹⁰ Así, por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 7 de enero de 2000 (*Normacef Fiscal*, NFJ009952) considera nula de pleno derecho toda comprobación de valores no motivada, estimando además que no queda interrumpida la prescripción.

El acto nulo de pleno derecho no produce ningún tipo de efectos, por lo que no interrumpiría el plazo para la prescripción. Significa ello que los valores declarados devendrían firmes si ganan la prescripción de no haberse producido otro acto de la Administración susceptible de quebrar el plazo de prescripción. La nulidad podría ser además invocada aunque no hubiesen transcurrido los plazos de recursos, puesto que no queda sujeto a plazo preclusivo alguno.

En cualquier caso, la Administración puede proceder a realizar una nueva comprobación de valores salvo si considera que la comprobación de valores nula no interrumpe la prescripción y que se ha ganado la misma. La nueva valoración que efectúe la Administración no podrá, sin embargo, fijar un valor superior al contenido en la valoración impugnada, en base a la aplicación del principio de prohibición de la *reformatio in peius*.

Pretende el recurrente en esta Sentencia objeto de análisis que, además de anularse la valoración efectuada por la Administración debido a la falta de motivación, se declare como valor del bien objeto del expediente de comprobación el asignado por aquél en el informe pericial aportado con su escrito de demanda.

En relación con este punto, aclara de entrada el Tribunal que no existe precepto legal alguno que prohíba la práctica de la prueba pericial dentro del proceso Contencioso-Administrativo con la finalidad de poder contradecir lo valorado en su momento por el Perito de la Administración. En efecto, no parece existir razón alguna que impida hacer frente a las valoraciones efectuadas por los peritos de la Administración en los expedientes de comprobación de valores mediante la práctica de prueba pericial solicitada y acordada en período probatorio del recurso Contencioso-Administrativo.

Disponía el artículo 52 de la vieja LGT en su apartado 2.º que *«el sujeto pasivo podrá, en todo caso, promover la tasación pericial contradictoria (...) dentro del plazo de la primera reclamación que proceda contra la liquidación efectuada sobre la base de los valores comprobados administrativamente o, cuando así estuviera previsto, contra el acto de comprobación de valores debidamente notificado»*.

Como es sabido la nueva LGT elimina de su artículo 57, relativo a los medios de comprobación, la referencia al procedimiento de tasación pericial contradictoria contenida en la regulación anterior. Dicho procedimiento queda actualmente recogido en una Subsección denominada «Procedimientos de comprobación de valores», dentro del Título III, relativo a la «La aplicación de los tributos». Deja de concebirse, por tanto, como un medio más de comprobación de valores para pasar a constituir un mecanismo destinado a corregir las valoraciones resultantes de los restantes medios de comprobación.

Tras la nueva LGT el plazo para solicitar esta tasación correctora, que con anterioridad era de 15 días, pasa a ser de un mes en virtud de la modificación de los plazos de interposición del recurso de reposición y de la reclamación económico-administrativa que recogen los artícu-

los 223.1 y 235.1 de la nueva Ley, pudiéndose promover la tasación pericial contradictoria contra la liquidación efectuada de acuerdo con los valores comprobados administrativamente o contra el acto administrativo de comprobación debidamente notificado, siempre que la norma específica así lo prevea.¹¹

Considera, no obstante, el TSJ de Castilla y León que, en el presente caso, deben prevalecer los términos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la práctica de la prueba pericial en la vía Contencioso-Administrativa sin restricción o limitación alguna. Únicamente modula la citada Ley la admisión de la prueba en función de dos circunstancias, como son la conformidad o discrepancia de las partes sobre los hechos y que éstos resulten o no trascendentes de cara al fallo. Es precisamente la práctica de esta prueba lo que confiere al proceso contencioso las garantías necesarias para poder erigirse en un instrumento al servicio de la Administración de Justicia.

A juicio del Tribunal, el informe aportado a los autos por la parte actora adolece de los mismos defectos de motivación denunciados en relación con el informe del perito de la Administración. Y es que el citado informe se fundamenta exclusivamente en criterios tales como la experiencia profesional del Arquitecto que lo suscribe, la información obtenida sobre el estado real del inmueble en la fecha del hecho imponible, su conocimiento del mercado inmobiliario o las características del bien objeto de valoración.

El hecho de que el mismo nivel de motivación exigido a la Administración deba aplicarse al resto de informes periciales termina por conducir al Tribunal a considerar que el informe aportado por el recurrente con la demanda no puede ser utilizado para declarar el valor obtenido.

De este modo, si bien queda anulada la comprobación de valores realizada por la Administración al no estar suficientemente motivada, se decide retrotraer las actuaciones para que aquélla pueda motivarse adecuadamente. Porque la falta de motivación constituye un defecto de carácter formal que a lo que da lugar es a la retroacción de las actuaciones, sin que pueda hablarse al efecto de nulidad radical.¹²

¹¹ Contempla además la nueva Ley en su artículo 135.1 la posibilidad que tiene el contribuyente de reservarse el derecho a promover la tasación pericial cuando existan vicios invalidantes de la liquidación, disponiendo que «en los casos en que la normativa propia del tributo así lo prevea, el interesado podrá reservarse el derecho a promover la tasación pericial contradictoria cuando estime que la notificación no contiene expresión suficiente de los datos y motivos tenidos en cuenta para elevar los valores declarados y denuncie dicha omisión en un recurso de reposición o en una reclamación económico-administrativa. En este caso el plazo a que se refiere el párrafo anterior se contará desde la fecha de firmeza en vía administrativa del acuerdo que resuelva el recurso o la reclamación interpuesta».

¹² Así lo tiene declarado el TS en Sentencias de 8 y 29 de noviembre de 1996.

A nuestro juicio, sin embargo, esta retroacción de las actuaciones derivada del rechazo de los actos de valoración efectuado por los órganos de revisión administrativa (ya sea en vía de reposición o económico-administrativa) o, como es el caso, por los Tribunales de Justicia, no suele solucionar el problema, sino que más bien tiende a agravarlo. La reposición del acto tiene lugar, en la mayoría de los casos, en términos análogos al originariamente impugnado. **El procedimiento resulta más caro y lento, sin que ello se traduzca en una mayor seguridad jurídica para el contribuyente.**

TRIBUTACIÓN	DECLARACIÓN DE LESIVIDAD Y APLICACIÓN DE DEDUCCIONES EN EL CASO DE SEPARACIÓN DE LA SOCIEDAD DEL GRUPO FISCAL	Núm. 6/2005
-------------	--	----------------



MIGUEL WERT ORTEGA

Inspector de Hacienda del Estado

(Comentario a la Sentencia de la AN de 30 de junio de 2004, rec. núm. 933/2001) *

La sentencia de la Audiencia Nacional (AN) que vamos a comentar, de fecha 30 de junio de 2004, resulta especialmente interesante por el rigor y profundidad con los que se enfrenta a un complicado supuesto en el que se plantean fundamentalmente dos cuestiones: los requisitos para que un acto administrativo pueda ser revisado a instancia de la propia Administración mediante la declaración de lesividad seguida de la impugnación en la vía contencioso-administrativa y la aplicación o compensación de las deducciones pendientes en el Impuesto sobre Sociedades (IS) en los casos de separación de una sociedad del grupo fiscal al que pertenecía. Respecto a la primera cuestión, la sentencia desgrana pormenorizadamente los requerimientos, tanto de carácter procedimental como los de tipo material que deben concurrir en el acto, exigidos para utilizar la declaración de lesividad con el propósito de conseguir la anulación del acto. En cuanto a la segunda, sin embargo, como veremos más adelante, la sentencia no llega a formular todas las conclusiones, no llega a resolver la totalidad de cuestiones que plantea la delimitación de las deducciones pendientes a que tiene derecho la entidad separada del grupo, sino simplemente enuncia el problema y pospone su solución a la resolución de otro proceso que se sustancia en la misma AN.

Previamente al examen de los criterios y fundamentos del Tribunal sobre esas cuestiones conviene hacer una breve descripción del supuesto fáctico sobre el que versa la sentencia. En síntesis, los hechos que se enjuician son los siguientes: una sociedad que hasta el año 1996 pertenecía a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y estaba encuadrada en su grupo fiscal pasa en 1997 a pertenecer e integrarse en otra sociedad y, por tanto, a partir de ese año deja de tributar dentro del grupo de la SEPI. Hasta 1996 la sociedad transmitida había generado unas deducciones por inversiones que no habían podido ser aplicadas por la SEPI por insuficiencia de cuota. Esas deducciones pendientes, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 43/1995, del IS, correspondían a la sociedad que se separa y podría, en principio, aplicarlas en sus declaraciones futuras la sociedad sucesora en la que se integra. En julio del año 2000 la Inspección incoa un acta a la

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF, núm. 261, diciembre 2004.

sociedad sucesora con la conformidad de la misma en la que se aplican las deducciones que tenía la separada pendientes de aplicar en las declaraciones del grupo SEPI. En diciembre del mismo año 2000 se incoa un acta a la SEPI referida al año 1996, ejercicio en el que todavía tributaba dentro del grupo la sociedad a la que nos referimos. La SEPI había declarado una base de cero pesetas y al no existir cuota no había podido aplicar las deducciones que tenía derecho la sociedad separada. Sin embargo, como resultado de la comprobación se fijó una base positiva y una cuota íntegra positiva, pero se aplicaron las deducciones que tenían pendientes las sociedades del grupo, entre ellas las de la separada, de manera que se consumen la totalidad de las deducciones pendientes de las sociedades que lo integraban. De estas dos actuaciones resulta una incompatibilidad evidente, pues se están deduciendo en las dos sociedades las mismas deducciones, lo cual es obviamente contrario a derecho, en perjuicio de los intereses de la Hacienda Pública. Ahora bien, las dos actas fueron suscritas de conformidad por las entidades comprobadas, por lo que no fueron objeto de reclamación por los interesados. La Administración entendía que la regularización procedente era la que efectuó a la SEPI, mientras que la efectuada a la otra sociedad de 1997 no era conforme a derecho porque había aplicado deducciones indebidamente ya que fueron agotadas en la liquidación a la SEPI, por lo que optó por instar su revisión a través del mecanismo de la declaración de lesividad como paso previo a su impugnación en la jurisdicción contencioso-administrativa.

1. LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD COMO PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO

La declaración de lesividad constituye una de las modalidades de lo que la Ley llama procedimientos de revisión de oficio (también conocidos como procedimientos especiales de revisión), mediante los cuales la Administración autora de un acto que vulnera el ordenamiento jurídico pretende restablecer la legalidad lesionada. En el ámbito tributario, según la normativa actual, estos procedimientos son: la nulidad de pleno derecho (reservada para casos en los que el vicio que afecta al acto es más grave –como los constitutivos de infracción penal, los dictados por órganos manifiestamente incompetentes o prescindiendo totalmente del procedimiento, etc.–); la revocación (aplicable en los casos en que existe infracción manifiesta de la ley y siempre que se produzca en beneficio de los interesados); la declaración de lesividad previa a la impugnación del acto en la vía jurisdiccional (cuando el acto que infringe el ordenamiento jurídico tiene efectos favorables para el sujeto) y la rectificación de errores materiales o de hecho. Los supuestos y requisitos de cada una de estas modalidades de revisión de oficio se desarrollan en los artículos 217 a 220 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

Los procedimientos de revisión suponen una excepción al principio general del derecho de que nadie puede ir contra sus actos propios, y como tal excepción debe interpretarse restrictivamente y cumplir los requisitos legales necesarios para su validez. En el caso de la declaración de lesividad son los de tipo procesal (entre otros, que no haya transcurrido el plazo de cuatro años desde que se dictó el acto para la declaración de lesividad y el de dos meses desde esta misma para la interposición del recurso contencioso), y los intrínsecos al acto en sí de que implique una infracción del ordenamiento jurídico y suponga una lesión a los intereses públicos.

Estos procedimientos especiales de revisión se encuentran regulados en las normas administrativas generales, especialmente en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), y también en normas de tipo tributario, anteriormente en la Ley 230/1963, General Tributaria y en diversas normas reglamentarias y actualmente en la Ley 58/2003, nueva LGT, y lo estará en el futuro Reglamento de revisión en vía administrativa.

Para el caso planteado en la sentencia, la ley vigente en el momento en que se tramita la declaración de lesividad era la antigua LGT de 1963 y este procedimiento estaba contemplado en el artículo 159 de la misma, según el cual: «Fuera de los casos previstos en los artículos 153 a 156, la Administración Tributaria no podrá anular sus propios actos declarativos de derecho, y para conseguir su anulación deberá previamente declararlos lesivos para el interés público e impugnarlos en vía contencioso-administrativa con arreglo a la ley de dicha jurisdicción». La misma previsión se contiene en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998) que en su artículo 43 dice: «Cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público».

Sin embargo, la LGT se limitaba a enunciar la posibilidad de acudir a la declaración de lesividad, sin disponer nada sobre el procedimiento aplicable. La ausencia de normas específicas en el ámbito tributario se suplía acudiendo a la normativa administrativa, principalmente a la LRJAP y PAC en cuyo artículo 103 se establecía, en resumen, la siguiente regulación: ¹

1. Procede contra actos favorables para el interesado (para los actos que no supongan derechos o beneficios a favor de los interesados cabe la revocación del acto por la propia Administración sin necesidad de su impugnación en la vía jurisdiccional).
2. El acto debe ser anulable, lo que se asimila a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. ²

¹ Artículo 103 de la LRJAP y PAC:

«Las Administraciones Públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 84 de esta Ley.

3. Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo.»

² Artículo 63 de la LRJAP y PAC:

«Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.»

3. El plazo para poder acudir a la declaración de lesividad se limitaba temporalmente a 4 años desde que fue dictado el acto.
4. La tramitación del procedimiento por el que la Administración declara la lesividad del acto debe desarrollarse en un plazo máximo de 3 meses desde que se inicia formalmente el procedimiento (si bien este plazo se ha ampliado por la Ley 62/2003 a 6 meses).
5. El recurso contencioso debía interponerse en el plazo de 2 meses desde la declaración de lesividad.

La nueva LGT, aprobada por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, tiene el propósito de unificar la ordenación de estos procedimientos en el ámbito tributario con la que rige en la normativa administrativa, por lo que amplía notablemente la regulación que contenía la Ley anterior incorporando esencialmente la recogida en la Ley 30/1992. En la Exposición de Motivos se indica que: «Respecto a los procedimientos especiales de revisión, destaca la aproximación a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tanto en la enumeración de las causas de nulidad de pleno derecho como en la desaparición del procedimiento de revisión de actos anulables, exigiéndose para obtener su revisión la previa declaración de lesividad y la posterior impugnación en vía contencioso-administrativa. También destaca la regulación en el ámbito tributario del procedimiento de revocación para revisar actos en beneficio de los interesados».

En lo que respecta a la declaración de lesividad, el artículo 218 de la nueva Ley dispone:

- «1. Fuera de los casos previstos en el artículo 217 y 220 de esta ley, la Administración tributaria no podrá anular en perjuicio de los interesados sus propios actos y resoluciones.

La Administración tributaria podrá declarar lesivos para el interés público sus actos y resoluciones favorables a los interesados que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a fin de proceder a su posterior impugnación en vía contencioso-administrativa.

2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se notificó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el procedimiento.
3. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo.
4. En el ámbito de la Administración General del Estado, la declaración de lesividad corresponderá al Ministro de Hacienda.»

Como vemos se acoge básicamente la regulación administrativa existente, si bien hay que apuntar dos matizaciones:

- a) La competencia para dictar la declaración de lesividad en el ámbito de la Administración tributaria estatal corresponde al Ministro de Economía y Hacienda. Antes, aunque en la LGT no se decía nada, se interpretaba (Elisa DE LA NUEZ y Eusebio PÉREZ)³ que había que distinguir entre los actos de gestión y las resoluciones de reclamaciones económico-administrativas. Mientras que en relación con estas últimas, tratándose de resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) la competencia se atribuía al Ministro, para los actos de gestión dictados por la Administración Tributaria, en aplicación de la disposición adicional 16.^a de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/1997) en relación con la disposición adicional 9.^a, la competencia correspondía al Presidente de la Agencia Tributaria o Secretario de Estado de Hacienda, como ocurrió en el caso examinado.
- b) Llama la atención que la Ley 62/2003 modificase en la Ley 30/1992 el plazo de caducidad del procedimiento de la declaración de lesividad en materia administrativa general, ampliándolo a 6 meses y una norma contemporánea, la LGT aprobada por la Ley 58/2003, estableciese ese plazo en 3 meses. Es un caso de diferenciación en materia tributaria que no tiene mucho sentido. No hay razón ni especialidad alguna que justifique esa distinción. Lo más probable es que se deba a una simple descoordinación legislativa.

2. CRITERIO DEL TRIBUNAL SOBRE LAS EXIGENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD

En la sentencia se realiza un repaso bastante completo de la mayoría de las cuestiones que suscita la declaración de lesividad. Se analizan tanto los requisitos de procedimiento para declarar válidamente la lesividad como los requisitos materiales que afectan al acto al que se refiere la declaración de lesividad, esto es, la infracción del ordenamiento jurídico y la lesión de los intereses públicos.

A) Requisitos de procedimiento de la declaración de lesividad.

La declaración de lesividad exige una determinada tramitación en la que se deben cumplir los requisitos antes enunciados, respecto a los que en la sentencia que estamos comentando se plantean las siguientes cuestiones:

³ DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. y PÉREZ TORRES, E.: *Revisión de actos y solución de conflictos tributarios*. Aranzadi Editorial 2000. Pág. 152.

- a) Audiencia de los interesados. La declaración de lesividad es un procedimiento que se inicia de oficio, no a instancia de los interesados, porque la Administración advierte que un acto suyo pudiera ser contrario al ordenamiento jurídico y pretende su anulación previa declaración de ser lesivo para los intereses públicos. Los interesados adoptan la posición de demandados, pues ellos son los perjudicados con la anulación del acto. Pero, pudiera ocurrir, como en el presente caso, que hubiera otras personas que compartieran con la Administración el interés en la anulación del acto, porque su situación jurídica dependiese de la invalidación del acto. En este caso, podría pensarse que tales personas actuaran como codemandantes o coadyuvantes junto a la Administración. Sin embargo, a juicio del Tribunal, la única forma de intervención de terceros en el proceso de lesividad es la de demandado. Ésta es la posición que se le reconoce a la SEPI, porque lo que para el Tribunal no admite discusión es que tiene derecho a intervenir en este proceso. De otro modo sus derechos quedarían afectados por la cosa juzgada de la sentencia y el resultado final del proceso sería susceptible de alterar la liquidación girada a la SEPI.
- b) Plazo de tramitación. La declaración de lesividad requiere la tramitación de un procedimiento sujeto a un plazo de caducidad, que según el art. 103.3 de la LRJAP y PAC en su redacción vigente en el tiempo en que acaecieron los hechos era de tres meses (como indicamos anteriormente ahora es de seis meses, aunque en el ámbito tributario sigue siendo de tres meses según el art. 218 de la LGT). Este procedimiento requiere la audiencia de los interesados para lo que se precisa la comunicación de la propuesta de declaración a las partes a efectos de que presenten alegaciones. Pues bien, en la sentencia que comentamos se alegó por parte de la entidad demandada que se había producido la caducidad pues, en primer lugar, existió un Informe de la Oficina Nacional de Inspección, en el que esta Oficina manifestaba la necesidad de declarar la lesividad del acta incoada a la entidad demandada y desde la fecha de emisión de ese informe hasta el acuerdo de lesividad se consumió un plazo superior a 3 meses. Sin embargo, ese informe, lo mismo que otros actos [como el informe del Servicio Jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT)], debe ser considerado como mero acto preparatorio o actuación preliminar que no se debe computar a efectos de la caducidad. Para ello, hay que contar desde que formalmente se toma el acuerdo de iniciar el procedimiento de declaración de lesividad. En el caso tratado en la sentencia el plazo comienza a contarse desde la resolución del Director del Departamento de Inspección de la AEAT que acuerda la incoación del expediente de declaración de lesividad.
- c) Otros requisitos formales. La influencia del incumplimiento de otros requisitos formales a efectos de que pudiera prosperar la pretensión de nulidad de la declaración de lesividad depende, como reiteradamente han reconocido los Tribunales, de que los vicios alegados hubieran causado indefensión.

En cualquier caso, lo que es importante puntualizar, como en la sentencia se hace, es que sean cuales sean los vicios formales alegados frente a la declaración de lesividad, ésta no constituye un acto administrativo propiamente dicho, ni es susceptible de impugnación, como ha reconocido en

varias ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo ⁴ sino un requisito preprocesal. Las razones que puedan aducirse frente a la declaración de lesividad deben ser hechas valer en el propio proceso. Es un acto que carece de contenido declarativo propio, pues está limitado a la constatación de un hecho que carece de validez y trascendencia por sí mismo y que no es nada sin el proceso que le sigue, donde ha de definirse el ámbito propio de la impugnación. No tiene otra virtud que la de solicitar de los Tribunales la anulación de un acto que ella no puede declarar. Por ello, aunque tradicionalmente la declaración de lesividad se regula en la ley como uno de los procedimientos de revisión de oficio, no se trata propiamente de una modalidad de éstos, pues la Administración no puede revisar por sí misma el acto declarado lesivo, sino que se trata de un requisito previo para que la revisión del acto pueda realizarse en vía jurisdiccional.

B) Requisitos de fondo de la declaración de lesividad.

El examen de los requisitos materiales del acto que se declara lesivo es inseparable del fondo de la cuestión debatida: la infracción del ordenamiento jurídico y la lesión de los intereses públicos. Lo que pretenden, más que la inadmisión de la declaración, es la desestimación del fondo del recurso.

1. Infracción del ordenamiento jurídico.

El debate se centra en la regulación en la normativa del IS de la aplicación de las deducciones pendientes en el caso de separación de sociedades del grupo fiscal. Lo que se discute es cuál de las dos sociedades tiene derecho a aplicar las deducciones por inversiones pendientes, si el grupo fiscal de la SEPI al que pertenecía la sociedad que las generó hasta 1996 o la sociedad en la que se integró en 1997, teniendo en cuenta que en el momento de la separación el grupo fiscal no las había practicado por insuficiencia de cuota.

La norma que disciplina el derecho de compensación de estas deducciones en el caso de la separación de una sociedad del grupo es el art. 95 de la Ley 43/1995 (ahora es el art. 80 del Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el TRIS) que en su apartado 1 c) dispone: «Las sociedades que integren el grupo fiscal en el período impositivo en que se produzca la pérdida o extinción de este régimen asumirán el derecho a la compensación pendiente de las deducciones de la cuota del grupo fiscal, en la proporción en que hayan contribuido a la formación del mismo» y el apartado 3 del mismo artículo que señala: «Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplica-

⁴ Así, en las Sentencias de 26 de junio de 1984 y de 18 de julio de 2000. En esta última se dice que la declaración de lesividad «constituye un mero presupuesto procesal para la interposición del recurso contencioso-administrativo por parte de la Administración contra sus propios actos favorables o declarativos de derechos, siendo en el proceso que se promueva con base en esa declaración de lesividad donde se dilucidará si efectivamente concurre causa de anulabilidad en el acto declarado lesivo... siendo lógica esta declaración de inadmisibilidad, ya que no tiene sentido admitir la interposición de un recurso contra la Administración sin más objeto que evitar que la misma Administración interponga un recurso, en el cual la parte podrá hacer plena defensa de sus derechos, incluida la argumentación en que funda ahora su pretensión».

ción cuando alguna o algunas de las sociedades que integran el grupo fiscal dejen de pertenecer al mismo». Así pues, se otorga el derecho a practicar las deducciones pendientes de aplicar por el grupo en el momento de la separación a la sociedad que deja de pertenecer al grupo.

No obstante, en el asunto contemplado en la sentencia concurre una circunstancia especial y es que la Ley 5/1996 que regula el Estatuto de la SEPI establece una norma que excepciona esa regla para la tributación de su grupo fiscal, atribuyendo el derecho de compensar las deducciones pendientes al grupo y no a la sociedad que se separa, pero únicamente cuando la sociedad hubiera contribuido con bases imponibles negativas generadas durante los períodos en que perteneció al grupo. Por el contrario, si la sociedad del grupo SEPI que generó las deducciones tuvo bases imponibles positivas durante el tiempo que permaneció en el grupo no se aplica la regla especial, se aplica la regla general del artículo 95 Ley del IS, y la sociedad que se separa tiene derecho a «llevarse» las deducciones pendientes.

Como en la sociedad a la que se refieren las actuaciones se da la circunstancia de que obtuvo bases imponibles positivas no hay confrontación de normas, no hay lugar a la aplicación del régimen especial de la SEPI, aplicándose, por tanto, la norma de la Ley del IS. Por consiguiente, la solución que se adopte sirve por igual a cualquier sociedad que se separe de un grupo fiscal.

El interrogante que se plantea en relación con este tema es cómo se definen las deducciones pendientes a que tiene derecho la sociedad en el momento de su separación del grupo. Teniendo en cuenta que al existir un límite en la aplicación de las deducciones de la cuota del IS, fijado en un porcentaje sobre ésta, la deducción practicada y la pendiente dependerán de la cuantía de dicha cuota. En principio, las deducciones pendientes serán las que no se aplicó el grupo en las declaraciones del IS presentadas hasta el mismo período en que deja de pertenecer al grupo. Pero, nada impide que el grupo pueda presentar declaraciones complementarias en las que incrementa las deducciones inicialmente aplicadas e incluso puede ser que como consecuencia de actuaciones de comprobación e investigación de la Inspección se regularice la declaración del sujeto pasivo dando lugar a nuevas cuotas que posibiliten la aplicación de mayores deducciones.

La sentencia que comentamos admite la conclusión anterior y se hace eco de cómo ha sido acogido el criterio por el TEAC en sus resoluciones de 21 de noviembre de 1989 (*Normacef Fiscal*, NFJ000657) –en la que reconoce que en la nueva liquidación se practique la deducción por inversiones en función de la nueva cuota, siempre que el crédito fiscal no se hubiera deducido en los ejercicios siguientes–⁵ y las de 8 de noviembre de 1994 y de 21 de febrero de 1996 (*Normacef Fiscal*,

⁵ En esta resolución se manifiesta que: «... del examen de los artículos 26 de la Ley 61/1978 y 41 y siguientes del Real Decreto 3061/1979 no se desprende que la deducción por inversiones sea un derecho que el sujeto pasivo sólo pueda practicar en el momento de formular su declaración y consecuentemente con el coeficiente límite de las cuotas que resulten de la misma, sino que, por el contrario, establecidos los porcentajes de deducción sobre la cuota líquida del impuesto, es obvio que ésta comprende tanto la resultante de la autoliquidación como la originada por las liquidaciones provisionales o definitivas que practique la Administración Tributaria; que tampoco puede ser obstáculo para la ampliación de la deducción por inversiones el hecho de que la cuota resultante de la liquidación lleve aparejada sanción por infracción de omisión,

NFJ005452) –en la que se impone a la Inspección la obligación de incluir en la regularización los beneficios fiscales de los que podía disfrutar y no lo hizo– ⁶.

En resumen, el grupo SEPI tenía derecho a aplicar las deducciones generadas por la sociedad hasta el momento de su separación del grupo, no sólo las que correspondiesen según la declaración del impuesto, sino también las que resultasen de las liquidaciones posteriores, ya se derivasen de declaraciones complementarias que pudiera presentar el grupo posteriormente como de regularizaciones derivadas de actuaciones de comprobación e investigación, siempre que se produzcan dentro del plazo de prescripción.

Ahora bien, desde la perspectiva de la sociedad que se separa la pregunta que se formula es si el reconocimiento al grupo del derecho a aplicar las deducciones pendientes en el plazo de prescripción supone o no una subordinación de su derecho durante ese plazo a que no lo aplique la separada. El artículo 95 Ley IS no establece ninguna limitación temporal al derecho de la separada y, por tanto, en principio, esta pugna entre el derecho de la entidad separada de practicar las deducciones pendientes en el momento de su separación y el del grupo de regularizar las deducciones que había aplicado en los períodos en los que la sociedad pertenecía al grupo es lo que se discute en este caso.

La AN en la sentencia que estamos viendo no resuelve la incógnita. El caso que se somete a su juicio versa únicamente sobre la validez jurídica de la aplicación de las deducciones por la entidad separada. No se plantea, en cambio, si la norma otorga un mejor derecho a una u otra entidad y, en consecuencia, no se pronuncia sobre la conformidad a derecho de la aplicación de deducciones por el grupo. Advierte de la necesidad de evitar el enjuiciamiento frontal del derecho del grupo, y anuncia que está sujeto a enjuiciamiento en otro proceso que se sustancia ante la misma Sala de la AN.

Del acto que sí se somete a su análisis, de la aplicación de las deducciones por la sucesora de la separada, el Tribunal, y en el mismo sentido se argumenta por la Administración en su Informe, afirma que el acto «era originariamente válido pero estaba condicionado o supeditado en su eficacia definitiva a que no se cumpla la condición resolutoria de que el grupo proceda a aplicarse deducciones de las que en su momento no hizo uso. Sería un acto que ha devenido ineficaz por cumplimiento de la condición resolutoria».

pues la no admisión de aquel beneficio fiscal implicaría la imposición de una sanción, accesoria a la pecuniaria, no prevista legalmente, y por tanto procede que en la nueva liquidación, consecuencia de esta resolución, se practique la deducción por inversiones en función de la cuota resultante, con los límites legales pertinentes y previa comprobación de que el remanente existente en concepto de crédito fiscal no ha sido deducido en su totalidad en los dos ejercicios inmediatos siguientes».

⁶ En la de 21 de febrero de 1996 el TEAC señala que: «... una de las funciones primordiales de la Inspección de los Tributos en relación con los sujetos pasivos de los distintos impuestos es la "regularización" de la situación tributaria de los mismos, determinando las deudas tributarias que correspondan mediante la correcta aplicación de las normas, incluidas, lógicamente, las que establecen beneficios fiscales. Ello supone que si durante el proceso de comprobación se pone de manifiesto que el sujeto pasivo, en el ejercicio inspeccionado, podía disfrutar de un determinado beneficio fiscal que no aplicó en el momento de efectuar la correspondiente declaración impositiva, por desconocimiento o por cualquier otra razón, la Inspección, una vez que verifique que concurren todos los requisitos necesarios para disfrutar de aquel beneficio, deberá tenerlo en cuenta a la hora de concretar la correspondiente deuda tributaria, ya que, de no hacerlo así, la regularización tributaria no sería completa».

Lo que se considera clave del litigio es que si se acepta que la lesividad sólo podrá iniciarse frente a actos que adolezcan de defectos constitutivos de anulabilidad y ni siquiera esta circunstancia permitiría por sí sola proceder a la invalidación, menos aún puede predicarse tal efecto respecto de un acto jurídico que, en la propia demanda, así como en los dictámenes en que se funda el acto declarativo de la lesividad, se reputa inicialmente válido.

Pero, además, hay otro dato que influye en la naturaleza del acto que se cuestiona y es que aunque la regularización a la SEPI se realizó mediante un acta que se calificó inicialmente como definitiva, hubo acuerdo de la Inspección que transformó el acta de definitiva en previa porque «se va a iniciar un proceso de lesividad y la decisión si las deducciones son conformes a derecho no corresponde a la Administración, sino a la Jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que si entienden que la entidad ha practicado correctamente las deducciones, las practicadas al grupo no se ajustan a la legalidad». Es decir, se reconoce que hay una interdependencia en la validez de los actos de modo que si cualquiera de ellos se considera válido esto convierte al otro en ineficaz, por lo que en la medida que el proceso de lesividad se resuelva reconociendo la validez del acto que se impugna eso determinará que la aplicación de las deducciones por el grupo no se ajusta a la legalidad.

2. *Lesión de los intereses públicos.*

Además de la infracción del ordenamiento jurídico, la otra premisa para utilizar el proceso de lesividad es el que el acto sea lesivo o perjudicial para los intereses públicos. En principio, la lesión de los intereses públicos en el caso sometido a discusión radica en que la entidad se beneficia de unas deducciones que la Administración entiende que no le corresponden.

La lesión de los intereses públicos fue en un primer momento el elemento fundamental de la declaración de lesividad, ya que se utilizaba incluso para actos perfectamente válidos, pero cuyas consecuencias causaban perjuicios patrimoniales. Después este elemento fue perdiendo importancia, que se desplazó a la infracción legal, de la cual, eso sí, se derivase un perjuicio para los intereses públicos.⁷ Además, también se adoptó el criterio de que la lesión no tiene que ser necesariamente económica, pero sí, como ha subrayado la jurisprudencia, evidente y concreta.

Sin embargo, el Tribunal pone sobre la mesa la duda de cuál es el acto verdaderamente perjudicial para esos intereses, si el acto que se declara lesivo o el segundo acto, el de liquidación a la SEPI. La respuesta es que el efecto dañoso no está localizado en el acto mismo sino en su consideración conjunta o colisión con el acto sobrevenido en el que también se acreditarían deducciones por inversiones. El acto que se discute ni es contrario al ordenamiento jurídico ni tampoco puede ser considerado lesivo para los intereses públicos, pues tal lesión necesita no sólo del propio acto sino del complemento de un acto posterior y, además, el perjuicio patrimonial hecho patente con la concurrencia de deducciones sobre un mismo objeto.

⁷ CALVO ORTEGA, R. y otros: *La nueva Ley General Tributaria*. Civitas Ediciones 2004. Pág. 842.

C) Otras exigencias del procedimiento de lesividad.

Pero, además de incurrir en las dos circunstancias que acabamos de examinar, el acto susceptible de ser impugnado por la Administración previa su declaración de lesividad, a juicio del Tribunal, debe cumplir un requisito adicional: la subordinación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y equidad, y a la prohibición de ir contra los actos propios, recogida en el art. 106 de la LRJAP y PAC.⁸ Éste es un mandato que vincula tanto a la Administración como límite para la declaración de lesividad como al Tribunal para negar la invalidación del acto si atentase contra alguno de esos principios. Para evitar que puedan dañarse los derechos de terceros cuando la naturaleza de la infracción al ordenamiento jurídico o la intensidad del daño a los intereses públicos no justifiquen la conveniencia de sacrificar los derechos individuales que se pretende mediante el proceso de lesividad y la consustancial a ella anulación de los actos en que tales derechos o intereses se reconozcan.

Por último, para el Tribunal hay otro factor que influye en la decisión a tomar sobre el asunto y es que la anulación del acto que se pretende beneficia de modo directo a una entidad que pertenece al propio Estado, lo cual estima contrario al principio de neutralidad de la Administración en las relaciones «inter privativos». De aquí infiere que el principio de buena fe tuvo que mover a la Administración a abstenerse de promover la lesividad de un acto que beneficia a su titular. En la sentencia se dice: «Si los intereses de una y otra empresa son concurrentes, se refieren a las mismas deducciones y, por ello, son incompatibles entre sí, la promoción de la nulidad de uno de los actos constituirá, objetivamente, un beneficio correlativo para el otro sujeto pasivo afectado, cuya condición de integrante del sector público no puede desconocerse».

No compartimos el argumento del Tribunal. No se juzga una relación privada entre dos sujetos sino una relación jurídico-pública que liga a cada una de las sociedades con la Administración y en esa relación la Administración siempre desempeña el papel de velar por los intereses públicos en el cumplimiento de la norma tributaria y defiende sus intereses que son públicos.

Así pues, este cúmulo de razones inducen a la AN a considerar no procedente la impugnación por la Administración a través de la declaración de lesividad de la liquidación efectuada a la sucesora de la entidad separada del grupo SEPI. La causa fundamental es que esta modalidad de revisión requiere que el acto declarado lesivo constituya una manifestación inequívoca de una vulneración del ordenamiento jurídico y en el caso que se considera no se produce tal circunstancia, pues el acto se considera válido aunque sujeto a una hipotética ineficacia al cumplirse la condición resolutoria de que el grupo haga uso de las mismas deducciones. En palabras del Tribunal: «no puede emplearse una vía tan excepcional como la impugnación jurisdiccional de un acto firme que otorga derechos definitivos a los particulares para viabilizar a través de ese cauce impugnatorio una respuesta judicial a una controversia interpretativa a una duda razonable que se presente sobre cualquier cuestión».

⁸ Este precepto dispone:

«Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las Leyes.»

3. CONCLUSIONES

- a) El objeto del recurso al que se refiere la sentencia comentada es la decisión sobre qué se consideran deducciones pendientes a que tiene derecho la entidad separada en el momento en que deja de pertenecer al grupo fiscal. El art. 95 de la Ley del IS establece con total claridad la atribución de esas deducciones a la entidad separada que las generó, pero no regula qué se entiende por deducciones pendientes.

Caben dos soluciones extremas:

- El grupo tiene un derecho, sólo limitado por el plazo de prescripción, a aplicar las deducciones generadas por la separada hasta el momento de su separación, tanto en la autoliquidación inicial como en complementarias o regularizaciones consecuencia de actuaciones de comprobación. Esta solución implicaría limitar el derecho de la separada a practicar deducciones a que no lo hubiese hecho el grupo al que perteneció.
- La separada tiene derecho a practicar las deducciones pendientes en el momento de la separación sin que este derecho esté condicionado por la aplicación posterior que haga el grupo. Éste tiene derecho a efectuar deducciones adicionales siempre que no haya hecho uso de su derecho la separada.

Por supuesto, entre ambas posiciones extremas caben otras intermedias.

De la jurisprudencia no podemos deducir un criterio asentado en la materia. Aunque no se refieran específicamente a la separación del grupo, como vimos anteriormente ha habido pronunciamientos en que a una sociedad a la que se le efectúa una regularización en la que se incrementa la cuota se le permite incrementar las deducciones sólo en la medida en que no se hubiesen ya aplicado en las liquidaciones de los ejercicios posteriores (TEAC de 21 de noviembre de 1989) y otros en los que, en cambio, se permite practicar mayores deducciones aunque ya se hubieran deducido en los ejercicios posteriores, lo que implicaría la necesidad de rectificar esas liquidaciones posteriores (TEAC de 7 de febrero de 2003 –*Normacef Fiscal*, NFJ014038–).⁹

⁹ En ésta se señala:

«En cuanto a la tercera cuestión planteada, relativa a determinar si la Inspección debe aplicar en un período, a solicitud del sujeto pasivo, deducciones de la cuota pendientes, que el propio sujeto pasivo aplicó en sus declaraciones de ejercicios posteriores, hay que señalar que, en el presente caso, la Inspección no admitió aumentos en las deducciones aplicables en el período que nos ocupa, por entender que la entidad ya hizo uso de su derecho a practicar las deducciones generadas en dicho período mediante su aplicación en la declaración-liquidación correspondiente al período de 1 de julio de 1993 al 30 de junio de 1994. El Inspector-Jefe justifica la aplicación del citado criterio, por una parte en lo dispuesto en el informe de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria, de 8 de noviembre de 1990, según el cual: "1.º Que si de la comprobación inspectora resulta un incremento de base imponible, con el consiguiente aumento de los límites para las deducciones por inversiones, pueden aplicarse los que quedaron pendientes para ejercicios futuros en la declaración-liquidación presentada por el sujeto pasivo. 2.º Que no podrán admitirse aumentos en la deduc-

El Tribunal no se define claramente. Su criterio definitivo lo aplaza a la resolución del recurso contra la liquidación del grupo. No obstante, sí se puede conjeturar que lo que no va a hacer es condicionar el derecho de la entidad separada, pues en la sentencia anticipa que: «... la contradicción padecida por la Administración a la hora de intentar atribuir a la SEPI un derecho ilimitado y preferente sobre la aplicación de las deducciones por inversiones, que orillase los inconvenientes prácticos derivados de la claridad con que tal derecho viene reconocido a favor de las entidades que, habiendo generado las inversiones correspondientes cuando pertenecían al grupo, pretenden efectuar las pertinentes deducciones en ejercicios posteriores a su salida».

- b) La solución al conflicto de derechos a practicar las deducciones estaba en manos del legislador si hubiese desarrollado de forma más pormenorizada la aplicación de las deducciones pendientes: si éstas son las que en el momento de la separación no hubiese aplicado el grupo, lo cual otorgaría preferencia a la separada, o si son las que no hubiera aplicado el grupo o no aplicase posteriormente, lo que daría preferencia al grupo.

Con independencia de que de *lege ferenda* fuese conveniente concretar qué se consideran deducciones pendientes, en la medida que el Tribunal se pronuncie sobre la aplicación que se hizo en la liquidación del IS de 1996 al grupo de las deducciones generadas por la separada se estará resolviendo la cuestión: si se confirma y da por buena esta liquidación se reconoce al grupo un derecho preferente no condicionado por la aplicación que hiciera la separada y si se considera improcedente la aplicación de deducciones por el grupo la preferencia la tiene la separada.

ción, en el caso de que el sujeto pasivo haya agotado la totalidad del saldo de la deducción por inversiones en declaraciones de ejercicios posteriores" y, por otra parte, en la doctrina jurídica de los "actos propios", al entender que el obligado tributario al ir aplicando las deducciones en sus declaraciones, fue ejercitando unos derechos que tenía, y que al ejercitarse desaparecieron.

A este respecto, resulta necesario destacar que del examen del artículo 26 de la Ley 61/1978 no se desprende que la deducción por inversiones sea un derecho que el sujeto pasivo sólo puede practicar en el momento de formular su declaración, sin posibilidad de rectificación posterior. Este Tribunal considera que el sujeto pasivo ejerce la opción de aplicar o no en su declaración de un ejercicio deducciones pendientes de ejercicios anteriores, pero siempre contando con el límite de la cuota resultante de su autoliquidación, de modo que si la Inspección regulariza su situación tributaria, produciéndose un aumento de la cuota líquida del ejercicio, debería en ese momento disponer de la opción de aplicar las deducciones por inversiones que en dicho ejercicio tuviera acreditadas, aun cuando dichas deducciones hubieran sido practicadas en declaraciones de ejercicios posteriores, lo que conlleva la necesidad de rectificar, a su vez, dichas declaraciones posteriores. Esta conclusión resulta avalada por el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico tributario permite rectificar las autoliquidaciones presentadas por los obligados tributarios, excepto en aquellos casos en que las normas reguladoras de los Impuestos establecen de forma expresa que, una vez ejercitada determinada opción, ésta no podrá ser modificada. En consecuencia, procede estimar en este punto las pretensiones de la reclamante y, de acuerdo con las conclusiones alcanzadas en este fundamento de derecho y en los precedentes, la Oficina Gestora deberá practicar nueva liquidación, aplicando las deducciones por inversiones acreditadas en el ejercicio considerado y en el inmediatamente anterior, aplicando su respectivo límite, independientemente de que la interesada hubiese o no aplicado dicho saldo en declaraciones-liquidaciones posteriores.»

- c) No obstante, el objetivo de la sentencia no era decidir cuál de las dos liquidaciones era la correcta, sino únicamente enjuiciar la validez jurídica de la que se efectuó a la sucesora de la separada. Y a este respecto, la AN considera que para acudir a la vía de la declaración de lesividad no basta con que la Administración considere que el acto lesiona sus intereses y que es irregular, sino que es preciso una irregularidad cualificada: que exista una infracción notoria del ordenamiento jurídico, es decir, que el acto sea inválido desde su origen. Y a esto sí da respuesta el Tribunal, pues considera que la aplicación de las deducciones por la separada era un acto válido que devino ineficaz por la aplicación de esas mismas deducciones por el grupo y esta circunstancia no puede fundamentar la utilización de la vía de la declaración de lesividad.

TRIBUTACIÓN	CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONFIGURACIÓN DE LA OCULTACIÓN EN NUESTRO RÉGIMEN SANCIONADOR	Núm. 7/2005
--------------------	---	------------------------



CLARA JIMÉNEZ JIMÉNEZ

Inspectora de Hacienda del Estado, excedente

(Comentario a la STS de 22 de junio de 2004, rec. núm. 7927/1999) *

La sentencia a la que dedicamos las presentes líneas plantea dos cuestiones. La primera podemos decir que tiene carácter sustantivo y que, a su vez, presenta una doble vertiente: el cómputo o no de las indemnizaciones por despido a efectos de la retención por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) sobre esos rendimientos del trabajo y, para el caso de que no se hubieran computado y, según el órgano actuante procediese tal cómputo, la procedencia o no de aplicar el mecanismo de elevación al íntegro. Y la segunda afecta a la sanción impuesta por el órgano actuante, la Oficina Nacional de Inspección (ONI), sobre la cuota considerada como cuota dejada de ingresar.

La sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de la que la sentencia del Tribunal Supremo (STS) que ahora se comenta trae causa fue dictada con fecha 7 de octubre de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFJ018350) y en la misma (i) se confirma el criterio de la ONI en materia de sujeción a retención de las indemnizaciones por despido en la medida en que las mismas excedan de las cuantías señaladas por el ordenamiento jurídico (Estatuto de los Trabajadores), cualesquiera que sean las fijadas por la partes, (ii) se confirma igualmente el criterio administrativo en cuanto a la procedencia de aplicar el mecanismo de la elevación al íntegro y (iii) se declara nula la sanción impuesta al recurrente.

El Abogado del Estado recurre en casación apreciando infracción de las normas del ordenamiento jurídico por lo que a los artículos 77.4 d) y 88.3 de la Ley 230/1963, General Tributaria (LGT) (hoy derogada) se refiere. La entidad que recurre en cambio aprecia tal infracción en relación con el artículo 5.º y la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Nos interesa de manera clara el pronunciamiento del TS acerca de la no sancionabilidad de una conducta por la falta de ocultación en la misma. Será ése el objeto principal de este comentario. Resulta extremadamente interesante el pulso que algunos percibimos que existe entre una Administración

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF, núm. 262, enero 2005.

que muchas ocasiones actúa de una manera cuasi-automática en materia de imposición de sanciones y unos tribunales de justicia que se ven avocados a una revisión casi sistemática de esos actos de imposición de sanción. Algunos habíamos pensado que la separación del procedimiento sancionador iba a servir para que la Administración tributaria tuviera más fácil el cambio y analizase con más detenimiento y sosiego que no todas las conductas objeto de regularización han de ser objeto de sanción, pero el balance no ha sido positivo en este punto.

No pretenden estas líneas ser un análisis estadístico de las sanciones impuestas en vía administrativa y que son objeto de un pronunciamiento judicial desfavorable, sino simplemente analizar una clara y rotunda línea jurisprudencial que creemos se está instaurando y que toma como fundamento un elemento clave hasta ahora no demasiado protagonista de los pronunciamientos jurisprudenciales: la ocultación como circunstancia cuya concurrencia resulta imprescindible para apreciar la sancionabilidad de una conducta.

Hay una frase del TS, contenida en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia que analizamos, que nos ha movido a destinar a la misma este artículo:

«Este punto, el de no ocultación, es capital en nuestra jurisprudencia a la hora de valorar la conducta del no recurrente.»

No podemos encontrar una frase con la que estar más de acuerdo que ésta, y aún más con el adjetivo, la ocultación es **capital**. En el caso enjuiciado resulta esclarecedor el análisis de la sentencia de la AN de la que la del TS trae causa. En ella, la Audiencia no baraja la falta de ocultación como elemento clave para justificar la improcedencia de sancionar la conducta del contribuyente, sino que lo apoya en la existencia de una interpretación razonable.

El TS en un curioso razonamiento analiza por el siguiente orden dos cuestiones: la ocultación y la interpretación razonable. Y en virtud de la ausencia de uno y la presencia del otro coincide con la apreciación de la Audiencia y considera que no procede sanción. ¿No podía el TS sencillamente haberse pronunciado sobre la existencia de interpretación razonable y por la misma haber mantenido la improcedencia de la sanción? Creemos que sí, pero ello no obsta que haya que atender a lo curioso que resulta que el Tribunal haya elevado la ocultación al mismo nivel que la interpretación razonable para justificar la ausencia de comportamiento sancionable.

Hay que decir que si bien compartimos que la conducta del contribuyente era en los años en los que se produjo fruto de una interpretación razonable, queremos dedicarnos aquí a estudiar el otro factor: la ocultación.

¿La equiparación de la ausencia de ocultación con la presencia de interpretación razonable comporta que ambas circunstancias son circunstancias cuya ausencia y presencia respectivamente impiden apreciar la existencia de una infracción? Está claro que la interpretación razonable lo es [art. 77.4 d) de la Ley 230/1963 y 179.2 d) de la vigente Ley 58/2003] pero ¿lo es también la ocultación?

Al respecto vamos a intentar analizar: (i) la evolución legislativa del concepto de ocultación, (ii) el concepto de ocultación, y (iii) cómo actúa la ocultación ¿como criterio de graduación? ¿como elemento constitutivo del tipo de la infracción? ¿como circunstancia cuya presencia exonera de responsabilidad?

Para el análisis de estas cuestiones hay que partir de una breve referencia al tratamiento que a la ocultación han dedicado los diversos textos legales (y reglamentarios) que se han sucedido en esta materia.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL CONCEPTO DE OCULTACIÓN

Resulta importante el análisis de esta evolución en la medida en que evidencia las distintas etapas por las que la circunstancia de ocultación ha pasado, y que fundamentalmente oscilan entre su consideración como elemento constitutivo del tipo infractor (Ley 230/1963 y actual Ley 58/2003) o su calificación como criterio de graduación (Ley 25/1995).

Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, en su redacción original.

El artículo 79 establecía que «*constituyen infracciones tributarias de omisión: a) Las acciones u omisiones que tiendan a ocultar a la Administración, total o parcialmente, la realización del hecho imponible o el exacto valor de las bases liquidables mediante 1.º La falta de presentación de las declaraciones tributarias a que se refiere el artículo 102. 2.º La presentación de declaraciones falsas o inexactas que no sean consecuencia de errores aritméticos*».

Está claro que la ocultación formaba parte del tipo infractor y curiosamente lo hacía con una especial relevancia, dado que su presencia se exigía en el elemento subjetivo («*acciones u omisiones que tiendan a ocultar*») y, simultáneamente en el objetivo, dado que la ocultación, entendida como la falta de presentación de declaraciones o las presentaciones de aquellas que sean falsas o inexactas, es el medio por el que deben cometerse las infracciones.

Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la LGT.

La ocultación desaparece como elemento constitutivo del tipo. Cabe la duda de cuáles debieron ser las consecuencias de la desaparición del tipo. ¿Pasó a ser considerado criterio de graduación? Conceptualmente no creemos que ello ocurriera, sin perjuicio de que la aplicación práctica del régimen sancionador haya provocado que, en ocasiones, el criterio de graduación por perjuicio económico (que era de carácter automático en función de la cuantía defraudada) haya utilizado la ocultación como base para afirmar su concurrencia.

Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la LGT.

El artículo 82.1 de la LGT en su nueva redacción establecía que *«las sanciones tributarias se graduarán atendiendo en cada caso concreto a: (...) d) La ocultación a la Administración mediante la falta de presentación de declaraciones o la presentación de declaraciones incompletas o inexactas, de los datos necesarios para la determinación de la deuda tributaria, derivándose de ello una disminución de ésta»*.

A este respecto cabe destacar tres notas:

- (i) La ocultación se configura como un criterio de graduación, es decir, su presencia va a obligar a incrementar necesariamente la sanción mínima.
- (ii) Se amplía su ámbito puesto que de apreciar ocultación cuando la misma se refiere a la realización del hecho imponible o al exacto valor de las bases liquidables, se pasa a apreciar tal circunstancia cuando viene referida a los «datos necesarios para la determinación de la deuda tributaria», alcanzando así a todos los datos relativos por ejemplo a la aplicación de un tipo impositivo u otro, a las deducciones, etc.
- (iii) Se genera una discusión parlamentaria clara que ya evidencia que la ocultación, tal como se defina, se integra y forma parte del tipo, y no se trata de una mera circunstancia de graduación. Toda esa discusión gira en torno a la indebida configuración de la ocultación como criterio de graduación puesto que forma parte del tipo.¹

La discusión del punto 3 es fundamental por una doble razón. En primer lugar porque de ella depende que puedan sancionarse o no conductas en las que la ausencia de la ocultación imposibilitaría la sanción si fuera elemento integrante del tipo y sólo dejaría la sanción en su grado mínimo si fuera circunstancia de graduación.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La vigente LGT clasifica las infracciones que comportan perjuicio económico (arts. 191, 192 y 193) en infracciones leves, graves o muy graves según su importe y la concurrencia de determinadas circunstancias. En este sentido, la ocultación se configura como un elemento constitutivo de las infracciones graves, las cuales se definen como aquellas en las que la cuota dejada de ingresar y/o cuya devolución se hubiera obtenido indebidamente supera los 3.000 euros y se aprecia ocultación en su comisión.

¹ Para el análisis de esa esclarecedora discusión parlamentaria nos remitimos al reflejo de la misma en nuestro trabajo publicado en el número 77/1995 de Crónica Tributaria *«Consideraciones sobre la ocultación de datos mediante la falta de presentación de declaraciones o la presentación de declaraciones incompletas»*.

Según el artículo 184.2 de la misma norma se aprecia ocultación «*cuando no se presenten declaraciones o se presenten declaraciones en las que se incluyan hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos, o en las que se omitan total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier otro dato que incida en la determinación de la deuda tributaria, siempre que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación en relación con la base de la sanción sea superior al 10 por 100*».

Notas destacables del nuevo marco normativo serían las siguientes:

- (i) Su ámbito se delimita en principio con mayor precisión, dado que frente a considerar ocultación la de cualesquiera datos que sean necesarios para la determinación de la deuda tributaria, pasa a considerarse ocultación la falta de presentación de declaración o la presentación de la misma en casos concretos que enumera, pero después establece como cláusula de cierre la de la Ley 25/1995 «... o cualquier otro dato que incida en la determinación de la deuda tributaria».
- (ii) Pero el auténtico nudo gordiano de la Ley 58/2003 en esta materia es el tratamiento que hace de la ocultación al considerar que respecto de las infracciones leves la ocultación no forma parte del tipo, y respecto de las graves o muy graves sí lo forma (necesariamente en las graves y puede estar presente también en las muy graves).

En relación con este último punto creemos que la Ley ha desaprovechado la oportunidad de incorporar una línea jurisprudencial que si no podemos decir que sea absoluta y rotunda, sí creemos que, como luego se expondrá, empieza a tener un peso claro, contando ya con varios pronunciamientos del TS, entre otros el que hoy motiva este comentario.

Esa línea jurisprudencial todavía no acatada por la Administración (ni por la Agencia Estatal de Administración Tributaria ni por los Tribunales Económico-Administrativos) señala que la ocultación forma ineludiblemente parte del tipo infractor y que si la misma no está presente no puede apreciarse infracción alguna.

CONCEPTO DE OCULTACIÓN

En un extremo puede definirse la ocultación como aquella conducta del obligado tributario consistente en la falta de presentación de declaraciones o la presentación de las mismas con inclusión de hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos, o en las que se omitan total o parcialmente datos que incidan en la determinación de la deuda tributaria. Nos hemos limitado a reproducir casi literalmente el texto del artículo 184.2 de la vigente LGT.

¿A qué problema nos enfrentamos? Al problema clave en este tema: definida así la ocultación, resulta prácticamente imposible encontrar supuestos en los que la conducta defraudadora no se realice a través de la ocultación. ¿Cómo es posible defraudar si se presenta una declaración con todos los datos que inciden en la determinación de la deuda correctos? Es casi ontológicamente imposible.

En el otro extremo, podemos definir ocultación como aquella circunstancia presente en la conducta del infractor por la cual el mismo sustrae del conocimiento de la Administración tributaria competente los datos necesarios para que ésta determine la deuda tributaria. Así considerada no habría ocultación cuando de la conducta del obligado tributario la Administración puede determinar el importe de la deuda tributaria, aunque éste haya declarado incorrectamente. Pongamos un ejemplo: la Administración se empeña en sancionar meros errores de cumplimentación de la declaración cuando de la lectura de la misma la Administración puede determinar la deuda tributaria sin necesidad de actuación investigadora alguna. Es el caso de deducir en la declaración anual del Impuesto sobre Sociedades (IS) unos pagos a cuenta erróneos, o de declarar correctamente en la declaración los rendimientos, pero al llevarlos a la hoja de liquidación incurrir en algún error. Puede estar seguro el lector de que en estos casos la Administración sigue pretendiendo la imposición de sanciones ².

Bajo nuestra consideración el concepto de ocultación se corresponde con la segunda formulación expuesta, de manera que sólo hay ocultación cuando la conducta del contribuyente realmente hurta del conocimiento del órgano administrativo competente los datos necesarios para la determinación de la deuda. Apoya nuestro punto de vista entre otras la STS de 10 de noviembre de 1999 (Normacef Fiscal, NFJ015136):

«Según esta interpretación del artículo 79 a) en relación con el artículo 123.1 de la LGT, siempre que la Administración tributaria practique o deba practicar una liquidación provisional de oficio de las denominadas comprobaciones abreviadas (art. 121 de la misma LGT), no habrá, por supuesto, infracción tributaria grave, en la medida en que no hay ocultación.»

² Así la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2001 (Normacef Fiscal, NFJ010763) establece que «no puede desprenderse responsabilidad constitutiva de la infracción tributaria por la que se sancionó, pues el contribuyente en su autoliquidación, no ocultó ningún dato que impidiese una futura investigación fiscal, de hecho se produjo la correspondiente revisión en base a los datos de la misma, sin que pueda entenderse que existió ánimo defraudatorio, pues la alegación de la parte actora es perfectamente razonable y coherente con los hechos objetivos acreditados (multiplicar por cinco los pagos fraccionados realizados en lugar de por cuatro) que acreditan un error aritmético y que por razones puramente lógicas no tendría ningún sentido haber realizado intencionalmente la operación y exponerse a una comprobación segura con las responsabilidades tributarias que la misma conllevaría».

Y en similares términos, el TSJ de la Comunidad Valenciana en su sentencia de 26 de diciembre de 2002 (Normacef Fiscal, NFJ015618) establecía que «el carácter evidente y flagrante de un error informático como el que ha dado origen a las presentes actuaciones (dejar de teclear la tecla 8 de las centenas de millar en una declaración del Impuesto sobre el Valor Añadido) enerva toda posibilidad de sanción... Pensemos que, aunque no se aceptaran los argumentos anteriores, estaríamos ante una culpa tan levisima que aplicar incluso la sanción mínima del 50% de la cuota sería notablemente excesivo y desproporcionado; por lo que es evidente que la LGT no estaba pensando en casos como éste al decir que las infracciones tributarias asimismo se castigarán a título de simple negligencia».

En el caso enjuiciado en dicha STS, y dado que se había presentado ante el Ayuntamiento competente el proyecto de obras y el presupuesto de las mismas y liquidado y pagado la correspondiente tasa de licencias urbanísticas, la falta de presentación de la declaración-autoliquidación, a efectos del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO), se consideró que no constituía infracción tributaria grave, porque el Ayuntamiento tenía todos los datos para practicar una liquidación provisional abreviada, de conformidad con el artículo 123 de la LGT, resultando especialmente esclarecedor el Fundamento de Derecho Tercero:

«Como confirmación de la tesis interpretativa anterior, la Sala debe acudir a principios fundamentales del Derecho sancionador, como es el de que la infracción tributaria se predica de la conducta del sujeto pasivo autor de los hechos, pero tal hipótesis no puede depender de la conducta de la Administración Tributaria, concretamente de que ésta, ante la falta de presentación de la declaración-autoliquidación decidida, en lugar de practicar la liquidación provisional de oficio, mediante comprobación abreviada, en cuyo caso no habría infracción tributaria, ni imposición de sanciones pecuniarias, actúe por medio de la Inspección de los Tributos, e interpretando el artículo 79.1 de la LGT, sin las debidas salvedades, considere que sí existe infracción tributaria grave, imponiendo al sujeto pasivo una sanción del 50 por 100, lo cual pugna con los más elementales principios de imputabilidad y responsabilidad, propios del Derecho sancionador.»

No obstante, el Tribunal, suponemos que consciente de lo oscuro del tema aclara que «por supuesto, y para evitar equívocos, sí existirá infracción tributaria grave, según el artículo 79.1 de la LGT, según la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, cuando el sujeto pasivo deje de ingresar por falta de presentación de la declaración-autoliquidación, sin que la Administración Tributaria conozca la realización del hecho imponible o sus principales elementos y necesite de dicha declaración para conocerlos y para el ingreso de la obligación tributaria correspondiente, por lo que, si no se presentan, sólo puede conocer estos hechos y cobrar el tributo mediante la función investigadora, y de igual modo cuando la declaración-autoliquidación se ha presentado pero lo ha sido de modo no veraz o incompleto» y, en la misma línea añade que «la Sala debe aclarar que la doctrina interpretativa expuesta es válida en el caso concreto, tratado en esta sentencia, o sea respecto del ICIO, siempre que se cumplan los siguientes requisitos, como ocurre en el caso de autos 1. Que se haya presentado proyecto de obras y presupuesto de las mismas, visado por el colegio oficial. 2. Que se haya solicitado y obtenido la correspondiente licencia de obras. 3. Que, en consecuencia, la Administración Tributaria del Ayuntamiento de que se trate tenga pleno conocimiento de los datos necesarios para practicar la liquidación provisional».

Pero además, y en la misma línea podemos citar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de Madrid, de 14 de junio de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ015047) y la del TS de 29 de abril de 2004 (*Normacef Fiscal*, NFJ017076).

Creemos así que es imprescindible para apreciar ocultación en la conducta de un contribuyente que, bien por dolo, bien por culpa o cuando menos por negligencia se produzca el resultado de evitar el conocimiento de un elemento determinante de la deuda ³. De esta manera si la ocultación finalmente no se produce y la Administración puede ser conocedora del importe de la deuda tributaria, lo liquide o no, no es apreciable ocultación en la conducta. En esta línea de ligar la ocultación con el desconocimiento producido en la Administración cabe mencionar la STS de 20 de enero de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ013549). En ella el Tribunal considera no sancionable la conducta de una sociedad transparente que, si bien no había presentado declaración por el IS por el ejercicio 1984, sí había reflejado en su contabilidad los beneficios habidos en el mismo, y cuyos socios habían imputado en sus declaraciones de IRPF sin ocultación alguna la parte correspondiente a cada uno.

CÓMO ACTÚA LA OCULTACIÓN

Anticipando ya nuestra opinión hemos de decir que a nuestro entender la ocultación se configura como parte del tipo infractor, por lo que su ausencia impide considerar como sancionable la conducta del contribuyente. Si bien esta interpretación sólo es posible partiendo de un concepto estricto del término ocultación en la línea definida en el apartado anterior.

Pero las posibilidades teóricas son tres, ya que la ocultación se puede configurar como elemento de tipificación de la infracción, como circunstancia que exonera de responsabilidad o como criterio de graduación.

Consideración de la ocultación como elemento del tipo infractor.

Si la disminución de la deuda tributaria, o la obtención de la devolución indebida, se realizan sin sustraer del conocimiento de la Administración tributaria los datos para la determinación de la deuda de manera que la misma pueda dictar una liquidación provisional con los datos que obren en su poder procedentes del propio contribuyente ⁴ (es decir, partimos del concepto antes defendido de ocultación) no procede apreciar infracción.

No precisamos entrar en qué órgano, o en qué tipo de procedimiento ha de realizarse o ser posible la regularización por la Administración, porque ello dependerá de la concreta distribución de funciones y facultades que en cada momento existan, y no tiene trascendencia alguna al efecto. Debemos aclarar no obstante a qué Administración tributaria es exigible que se le haya dado conocimiento de los datos para evitar que se aprecie ocultación. En principio, destaquemos que se parte

³ Nos resultaría excesiva dada la actual dicción de la LGT que exigiéramos un especial ánimo específico de ocultación como hacía la jurisprudencia en relación con la infracción de omisión [*vid.* STS de 20 de noviembre de 1991 (*Normacef Fiscal*, NFJ001405)].

⁴ No defendemos la consideración de los datos declarados por terceros a efectos de evitar la apreciación de ocultación.

de que no basta con la declaración o la presentación de la documentación acreditativa de los hechos y datos con trascendencia tributaria ante cualquier Administración. De esta manera, la presentación de documentación ante una Administración distinta de la tributaria no tiene trascendencia, pero, *a sensu contrario*, la declaración de los datos o la presentación de documentación acreditativa de los mismos ante cualquier Administración evita la apreciación de ocultación.

La jurisprudencia que avala nuestra postura es abundante y podemos clasificarla en dos bloques: aquellas sentencias que niegan la procedencia de la sanción impuesta por la Administración por razón de la ausencia de ocultación y aquellas que niegan la procedencia de aplicación del criterio de graduación porque consideran que la ocultación efectivamente existe, pero la misma lo que da lugar es a la aplicación de la sanción misma, no del criterio de graduación, ya que ello comportaría una sanción que automáticamente se situaría en el importe de la sanción mínima más el incremento por ocultación.

a) Improcedencia de la sanción por ausencia de ocultación.

Tanto la AN en muy numerosos pronunciamientos [9 de diciembre de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFJ009351), 15 de marzo de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ012853), 16 de octubre de 2003 ó 20 de noviembre de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ016174) entre otras] como los TSJ [TSJ de Aragón de 3 de diciembre de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFJ009003), TSJ de Asturias de 29 de marzo de 2000 (*Normacef Fiscal*, NFJ009633), TSJ de Baleares de 7 de septiembre de 2001 (*Normacef Fiscal*, NFJ011439), TSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de abril de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ013827) entre otras] y el propio TS [sentencia de 21 de septiembre de 1987 (*Normacef Fiscal*, NFJ000313)] han mantenido esta postura.

Así cabe destacar la sentencia de la AN de 9 de diciembre de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFJ009351) que, en relación con la improcedencia de sancionar la conducta de un contribuyente que aplicó la exención por reinversión a la plusvalía generada en la venta de determinados terrenos cuando, por no estar los mismos relacionados con la actividad en el momento de la transmisión, no era procedente dicho beneficio fiscal, considera que la ausencia de ánimo de ocultación a la Hacienda Pública resulta clave para negar la posibilidad de aplicar sanción al contribuyente:

«En el caso que nos ocupa, según se desprende del expediente, los datos que han permitido a la Inspección practicar la correspondiente liquidación han sido obtenidos de la propia entidad inspeccionada, sin que se observe en la conducta de esta última ánimo de ocultar hechos a la Hacienda Pública, corroborado por el hecho de llevar una contabilidad ajustada a la normativa vigente y en la que no se apreciaron, a juicio de los actuarios, anomalías sustanciales en orden a la exacción del tributo, ello unido a cierta dificultad en la interpretación de las normas a aplicar, con la existencia de criterios interpretativos diferentes, incluso en el propio Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en resoluciones anteriores respecto de un supuesto de análoga naturaleza, conduce a este Tribunal a entender que no existe elemento intencional o voluntad de defraudar a la Hacienda Pública, procediendo, en consecuencia, calificar el expediente de rectificación sin sanción y con intereses de demora.»

Por su parte, el TSJ de Aragón de 3 de diciembre de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFJ009003) en una línea muy similar señala, en relación con una serie de gastos no deducibles declarados por el contribuyente como si lo fueran, «*que frente al criterio mantenido por la Administración del Estado en las resoluciones impugnadas, no existió ocultación de la base imponible por el sujeto pasivo del impuesto, sino que declarando la base exacta, tal como se reconoce en el acta de la Inspección levantada a dicha mercantil por el funcionario actuante, procedió a detraer de la misma, al considerarlos deducibles, determinados gastos que se han analizado anteriormente y que no lo eran, o por mejor decir, que aun siendo discutible la procedencia de dicha deducción no pudieron ser calificados como tales más por falta de prueba que por motivos de procedencia o improcedencia en cuanto a su deducción, lo que impide estimar concurrente el requisito subjetivo de culpa, al menos, necesario para la existencia de toda infracción tributaria*».

En relación con la práctica de retenciones por importe inferior al correcto y la pretendida aplicación por la Administración de la elevación al íntegro (supuesto similar al enjuiciado en la STS que se comenta), la AN en su sentencia de 20 de noviembre de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ016174) ya lo deja claro:

«Al no haber existido ocultación de dato alguno por parte de la sociedad recurrente, sino una aplicación errónea de las normas, que no han impedido que la Inspección haya procedido a regularizar su situación tributaria en base a los datos y conceptos declarados por el sujeto pasivo en su autoliquidación, procede la aplicación de lo establecido en el artículo 77.4 d), de la LGT que dispone:

"Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios. En particular, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el contribuyente haya presentado una declaración veraz y completa y haya practicado, en su caso, la correspondiente autoliquidación, amparándose en una interpretación razonable de la norma".

Este precepto se ha de interpretar en el contexto del Impuesto, del mecanismo de la "autoliquidación", de la "declaración" del Impuesto presentada por el contribuyente, como el propio precepto indica, sin que los errores en la aplicación de los tipos o de los límites legales puedan elevarse a la categoría de sanción, siempre en el contexto de una "declaración veraz", es decir, en la que por el contribuyente no se ha sustraído dato alguno que pueda inducir a engaño a la Administración Tributaria o a la pretensión de obtener un beneficio fiscal improcedente, o a un aprovechamiento ilícito, sin que exista ánimo defraudatorio o pretensión de incumplir con las obligaciones tributarias, debiéndose distinguir entre incumplimiento de la obligación de retener y cumplimiento defectuoso de dicha obligación, siendo la primera de las conductas la sancionable.»

Igualmente en materia de retenciones, cabe mencionar la sentencia de la AN de 16 de octubre de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ014999), según la cual la declaración de las bases y la diferencia por razón de la aplicación de tipos de retención inferiores a los correctos, no puede ser sancionada, plan-

teándose la alternativa de haber ido por infracción simple: «*al no haber existido ocultación de dato alguno por parte de la sociedad recurrente, sino una aplicación errónea de las normas, además de la correcta conducta contable de la sociedad (como se expresa en las actas por parte de la Inspección), que no han impedido que la Inspección haya procedido a regularizar su situación tributaria en base a los datos y conceptos declarados por el sujeto pasivo en su autoliquidación, si bien no procede la aplicación de lo establecido en el artículo 77.4 d) de la LGT que dispone: "Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios. En particular, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el contribuyente haya presentado una declaración veraz y completa y haya practicado, en su caso, la correspondiente autoliquidación, amparándose en una interpretación razonable de la norma", si hubiera procedido, en su caso, la aplicación del artículo 78 de la LGT, que tipifica la "infracción simple"*».

En una línea que se repite también en otras muchas sentencias, la AN liga la falta de ocultación y la existencia de una interpretación razonable de manera que se trata de requisitos cuya apreciación debe ser simultánea para que la conducta sea sancionable, así la sentencia de 15 de marzo de 2002 (Normacef Fiscal, NFJ012853) dispone lo siguiente en relación con este punto:

«El TEAC sostiene que la norma es clara y que no existía ninguna duda sobre su interpretación. Ahora bien, la cuestión se plantea ante un cambio normativo que afecta a particulares no expertos en derecho y que además han de actuar en el ámbito tributario de manera activa en aplicación de la norma. Pues bien, en tales circunstancias, cuando ni ha existido ocultación, ni repercusión y cuando el cambio normativo es muy reciente, es admisible un error justificable en cuanto a la aplicación del régimen que de manera reiterada venía siendo el exigido.»

En la misma línea resulta especialmente clara la STSJ de Baleares de 7 de septiembre de 2001 (Normacef Fiscal, NFJ011439), según la cual en un caso en que el contribuyente declara como gasto el ingreso de un plan de pensiones, adjuntado el certificado al efecto, no procede apreciar sanción:

«Debe darse la razón al recurrente por cuanto el error se desprende de la propia documentación adjuntada a la declaración de tal modo que no existe ocultación de datos merecedora de sanción, sino error involuntario que excluye la culpabilidad desde el momento en que el sujeto pasivo facilita todos los datos y factores necesarios para cuantificar la liquidación. No es el caso de que el sujeto pasivo hace ocultaciones que son descubiertas por la actividad comprobadora de la Administración, en el que no cabe pensar en una violación del principio de presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, al existir una actividad probatoria de cargo que ha permitido acreditar la realidad del hecho y de la cuota tributaria no ingresada en su momento.»

Pero la sentencia con la que debe cerrarse esta consideración acerca de la ocultación como parte integrante del tipo infractor es la del TS de 21 de septiembre de 1987 (Normacef Fiscal, NFJ000313), en la que dicho Tribunal mantiene que «*el núcleo de la infracción consiste en la ocultación, total o*

parcial, del hecho imponible o del exacto valor de las bases liquidables, según la configuración genérica del primero de los supuestos tipificados como infracciones de omisión en la versión originaria del artículo 79 de la ley general tantas veces aludida, modificada en 1985. Por tanto, cuando el declarante como en este caso expone todos los datos y factores que, a su juicio, han de ser tenidos en cuenta para cuantificar la base imponible y obtener así la cuota, no cabe calificar tal conducta como constitutiva de contravención alguna. La complitud y veracidad eliminan la malicia y convierten la discrepancia entre la Administración y el ciudadano en un debate cuya última palabra es la nuestra, y nunca la de cualquiera de los sujetos activo o pasivo de la relación jurídica».

b) Improcedencia de aplicar la graduación por ocultación cuando la misma está presente en la conducta del contribuyente por formar parte del tipo infractor.

Todas las sentencias dictadas en este sentido presentan una aspiración común: dado que la ocultación forma parte del tipo y que en las conductas enjuiciadas tanto la ocultación como las restantes circunstancias del mismo están presentes, procede la imposición de la sanción, pero nunca el agravamiento de la misma por la ocultación dado que eso significaría, en primer lugar, que un mismo elemento se utiliza para afirmar la sancionabilidad de la conducta y simultáneamente para su agravamiento, y, en segundo lugar, un consecuente automatismo en la imposición de una sanción mínima que se alejaría del mínimo legal y se fijaría en el mínimo más el incremento por ocultación.

En este bloque debe destacarse el protagonismo casi absoluto de la AN, aunque hay alguna especialmente clara del TSJ de Madrid al respecto, siendo este Tribunal el que quizá de manera inicial elabora la crítica al automatismo derivado de que la ocultación se configure como criterio de graduación tras la Ley 25/1995.

Así, en la STSJ de Madrid, de 15 de enero de 1997 (*Normacef Fiscal*, NFJ005088), y en relación con un supuesto clásico en el estudio de la ocultación (el ICIO al que antes nos hemos referido), el TSJ dispone que, si bien procede la imposición de sanción, «*cuestión distinta es si la cuantía de la sanción pecuniaria es la correcta. Por de pronto, el mismo Ayuntamiento demandado reconoce implícitamente su improcedencia en el escrito de contestación al reducirla al 50 por 100 de la cuota exigible, ajustándose, con ello, a los baremos indicados en los artículos 87 y concordantes de la LGT en su nueva redacción; pero se sostiene, no obstante, por la Administración demandada que sobre este 50 por 100 –notablemente inferior, desde luego al 150 por 100 impuesto y recurrido– habrá de aplicarse un recargo de un 10 por 100 ajustándose a lo dispuesto en el artículo 82.1 d) de la misma Ley citada, por estimar que en la conducta sancionada ha concurrido la circunstancia de agravación específica en ella recogida. El Tribunal no comparte ese criterio, por lo que se impone la revocación del mismo, ya que la simple circunstancia de la falta de presentación de la autoliquidación en plazo no puede integrar, a su vez y por sí sola, una conducta de ocultación mediante la falta de presentación de declaraciones, o presentación de declaraciones inexactas o incompletas que derive en una disminución de la deuda tributaria. Entenderlo así supondría una reduplicación inadmisibles del tipo descrito, y convertiría automáticamente cualquier infracción tributaria de omisión de ingreso por falta de declaración en una conducta agravada».*

Interesa destacar en relación con la sentencia que acaba de mencionarse que creemos que la misma, en cuanto a la sancionabilidad de la conducta, entra en conflicto con las SSTs de 10 de noviembre de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFJ015136) y 29 de abril de 2004 (*Normacef Fiscal*, NFJ017076), y con la del propio TSJ de Madrid de 14 de junio de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ015047), dado que estas tres sentencias en relación con la liquidación del ICIO, niegan la apreciación de sanción por falta de ocultación y la de 1997 (*Normacef Fiscal*, NFJ005088) aprecia infracción, aunque considera que no procede incrementar por ocultación porque dicha circunstancia ya ha sido tomada en consideración para considerar sancionable la conducta del contribuyente.

Acudiendo ya a la extensa doctrina de la AN debemos destacar entre otras las siguientes: 23 de marzo (*Normacef Fiscal*, NFJ009388), 29 de junio (*Normacef Fiscal*, NFJ010235), 28 de septiembre (*Normacef Fiscal*, NFJ010316), 10 y 15 de noviembre de 2000 (*Normacef Fiscal*, NFJ009882 y NFJ014618, respectivamente), 2 de octubre de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ015194) etc. Así, la primera de las sentencias mencionadas señala refiriéndose al incremento por ocultación propuesto por la Inspección que *«ha de rechazarse, en cambio, el incremento de los otros 10 puntos aplicados por la resolución recurrida al amparo del apartado d) del mismo artículo 82.1, que se refiere a la ocultación a la Administración mediante la falta de presentación de declaraciones o la presentación de declaraciones incompletas o inexactas, de los datos necesarios para la determinación de la deuda tributaria, derivándose de ello una disminución de ésta. Tal regulación constituye una suerte de automatismo, contrario al principio de legalidad tributaria, que imposibilita la aplicación del incremento porcentual de la sanción por dicha causa. En este sentido, existe una reiterada y consolidada doctrina de esta misma Sala (Sentencia de 8 de julio de 1999, entre otras muchas) que se pronuncia en los siguientes términos: sobre las circunstancias que permiten graduar la sanción, especialmente en el sentido de elevar su importe, ha de proyectarse también el principio de culpabilidad a fin de eliminar cualquier atisbo de responsabilidad objetiva, razonando la Administración el porqué de la aplicación de esta circunstancia que agrava la sanción mínima que ha querido establecer en 50 puntos el Legislador, pues en caso contrario se llega al resultado de incrementar con criterios de generalidad aquella sanción mínima en 10 puntos sobre la base de que la declaración presentada es inexacta, incremento automático que es contrario al referido principio de culpabilidad y que por ello ha de decaer»*.

Las restantes sentencias de la Audiencia mencionadas abundan en la misma línea.

Y también en esa línea, pero quizá mejorando en parte la línea jurisprudencial previa, la AN en sentencia de 2 de octubre de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ015194) dispone que *«sobre las circunstancias que permiten graduar la sanción, especialmente en el sentido de elevar su importe, ha de proyectarse también el principio de culpabilidad a fin de eliminar cualquier atisbo de responsabilidad objetiva, razonando la Administración el porqué de la aplicación de esa circunstancia que agrava la sanción mínima que ha querido establecer el legislador, pues en caso contrario se llega al resultado de imponer con criterios de generalidad la sanción incrementada en 10 puntos sobre la base de que la declaración presentada no fue exacta»*.

Consideración de la falta de ocultación como circunstancia que exonera de responsabilidad.

No existe en puridad una línea jurisprudencial que apoye esta construcción. De hecho, sólo hemos encontrado una resolución del TEAC en esta línea, pero dado el órgano del que procede y la relativa cercanía en el tiempo de la misma hemos considerado adecuado destinarle un epígrafe a este criterio.

Efectivamente, el TEAC, en su resolución de 8 de junio de 2001 (*Normacef Fiscal*, NFJ011356) señala lo siguiente:

«Por tanto, (...) hay que terminar diciendo que en este caso la conducta de la empresa reclamante estuvo amparada por una de estas interpretaciones (que sólo procedía retención sobre la indemnización que exceda del salario de 45 días por año de servicio) y dado que, además, proporcionó a la Inspección todos los datos necesarios para practicar la liquidación tributaria, sin que se aprecie ánimo de ocultar hechos a la Hacienda Pública, hay que aceptar la existencia de circunstancias que exoneran a la reclamante de responsabilidad, por lo que procede estimar en este punto la reclamación, declarando que no procede sanción por la insuficiente retención practicada sobre la indemnización por cese del alto directivo a que se refiere la liquidación impugnada.»

No compartimos esta consideración porque creemos que la ausencia de ocultación lo que evidencia es la ausencia de tipo, pero creemos que es loable que un órgano como el TEAC que, como veremos en el epígrafe siguiente se caracteriza por un nulo desarrollo del concepto de ocultación y una prácticamente total ausencia de motivación al efecto, haya intentado una alternativa que si bien no coincide con la que en estas líneas defendemos, produce un resultado similar ya que evita la imposición de sanción.

Consideración de la ocultación como criterio de graduación.

No compartimos este criterio y nos parece además un grave error la consideración de una misma circunstancia para afirmar la conducta sancionable a la par que para apreciar la presencia de un criterio de graduación.

Es el TEAC el que de una manera masiva mantiene tal postura, resultando curioso lo «bipolarizado» de este tema: la AN está masivamente a favor de la consideración como elemento constitutivo de la infracción, y el TEAC en cambio tiene claro que la ocultación es un criterio de graduación.

Ahora bien, hay que señalar que el TEAC, lejos de motivar su punto de vista, se limita a exponer que considera aplicable la ocultación como criterio de graduación e incrementa la sanción [TEAC de 22 de febrero (*Normacef Fiscal*, NFJ004296), 9 y 23 de octubre (*Normacef Fiscal*, NFJ000519)]

y 3 de diciembre de 1996 (*Normacef Fiscal*, NFJ005322), 12 de febrero (*Normacef Fiscal*, NFJ005582) y 24 de abril de 1997 (*Normacef Fiscal*, NFJ005603) o 13 de febrero de 1998 (*Normacef Fiscal*, NFJ006614)] o que no está presente tal circunstancia, a pesar de lo cual impone sanción pero sin agravar por tal criterio [TEAC de 29 de enero de 1997 (*Normacef Fiscal*, NFJ005364) y 22 de marzo de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ012829) entre otras].

Así en la de 29 de enero de 1997 (*Normacef Fiscal*, NFJ005364) la conducta no presenta ninguna clase de ocultación porque se trata de unas amortizaciones que, por tratarse de activos al margen de los integrados en la normativa del impuesto, el contribuyente debía proceder a probar la efectiva depreciación, y la misma no se pudo hacer, pero en todo caso los datos constaban expresamente en las declaraciones facilitadas a la Administración. Más claro es aún si cabe la de 22 de marzo de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ012829), en la que se regulariza como sancionable sin apreciar ocultación la realización de una revalorización contable en la que ningún dato se sustrajo del conocimiento de la Administración.

No obstante hay que resaltar la existencia de dos fallos de la AN que lejos de seguir la doctrina de dicho tribunal, se desmarcan de la misma y apoyan la postura del TEAC. Se trata de las sentencias de 20 de julio de 2000 (*Normacef Fiscal*, NFJ010774) y 7 de diciembre de 2000 (*Normacef Fiscal*, NFJ010564). En la primera la Audiencia concluye que *«aun siendo cierto que no hubo ninguna actuación de ocultación por el sujeto pasivo al efectuar su declaración, la actora en ningún momento ha alegado y desarrollado cuál era la norma jurídica controvertida y en qué consistía esa interpretación jurídica divergente pero razonable que permitiera entender que no obró si no ya dolosamente sí más que temerariamente en la amplia constatación como gastos deducibles en su auto-declaración por IS, ejercicio 1990, de partidas que carecían de este carácter»*.

El criterio de la segunda nos parece aun especialmente desacertado. Y ello porque si bien el planteamiento que hace es correcto, la conclusión en la que el mismo se plasma resulta desacertada y claramente opuesta al primero. Efectivamente, la Audiencia mantiene que *«según esta interpretación del artículo 79 a), en relación con el artículo 123.1 de la LGT, siempre que la Administración Tributaria practique o deba practicar una liquidación provisional de oficio de las denominadas comprobaciones abreviadas (art. 121 de la misma LGT), no habrá, por supuesto, infracción tributaria grave, en la medida en que no hay ocultación. (...) Sí existirá infracción tributaria grave, según el artículo 79.1 de la LGT, según la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, cuando el sujeto pasivo deje de ingresar por falta de presentación de la declaración-autoliquidación, sin que la Administración Tributaria conozca la realización del hecho imponible o sus principales elementos y necesite de dicha declaración para conocerlos y para el ingreso de la obligación tributaria correspondiente, por lo que si no se presentan, sólo puede conocer estos hechos y cobrar el tributo mediante la función investigadora, y de igual modo cuando la declaración-autoliquidación se ha presentado pero lo ha sido de modo no veraz o incompleto»*. Pero en virtud de tal argumentación, la conclusión a la que llega la Audiencia es que en el caso enjuiciado, en que la cifra de retenciones a cuenta consignadas en la declaración resumen anual correspondiente al ejercicio 1991, y los ingresos por dicho concepto efectivamente realizados en las declaraciones periódicas se apreciaba una diferencia, cuyo ingreso fue requerido y efectuado, hay ocultación. **¿Cómo puede pensarse que hay ocultación**

cuando la Administración ante la discrepancia entre lo declarado y lo ingresado se limita a exigir el ingreso de dicha discrepancia? Incomprensible a nuestro entender. Y la Audiencia concluye así que *«Por lo que en un caso como el presente en el que no se dan de base discrepancias interpretativas de carácter normativo, pese a que el declarante expone todos los datos y factores que conoce y a su juicio han de ser tenidos en cuenta para cuantificar la base imponible y obtener así la cuota, a criterio de la Sala concurre cuando menos imprudencia ya que la propia actora reconoce que las bases de cálculo sobre las que realizó las retenciones por IRPF a lo largo del ejercicio estaban indebidamente contabilizadas debiendo proceder a su ajuste a final del ejercicio y la consecuencia de ello no fue otra que la retención e ingreso de una cantidad inferior a la debida. Por ello ha de mantenerse la sanción impuesta»*.

CONCLUSIÓN

Está claro que existe una clara línea jurisprudencial opuesta al criterio de la Administración y a la doctrina del TEAC, está igualmente claro que el legislador al enfrentar este tema ha optado por una solución un tanto desconcertante: fijar la ocultación como elemento tipificador de una clase de infracción, la grave. No podemos sino decir que el legislador indirectamente contradice el criterio que mantenemos, y que la línea jurisprudencial es el único apoyo con que contamos, sin perjuicio de que la extraña configuración en la actual norma, y el peso cada vez mayor de esa jurisprudencia, que ya alcanza el TS, no puedan forzar un cambio tanto en la actuación administrativa, como, porque no esperarlo, un cambio normativo.

CONTABILIDAD	EL CONOCIMIENTO ORGANIZATIVO TECNOLÓGICO COMO FUENTE DE VENTAJA COMPETITIVA	Núm. 8/2005
--------------	---	----------------

INMACULADA AGUIAR DÍAZ
NIEVES LIDIA DÍAZ DÍAZ
PETRA DE SAA PÉREZ

*Profesora Titular, Profesora Asociada y Profesora Titular de
la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, respectivamente*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2004** en la Modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Luis CEA GARCÍA, don Álvaro CUERVO GARCÍA, don Prosper LAMOTHE FERNÁNDEZ, don Ignacio MARTÍNEZ CHURIAQUE, doña Clara MUÑOZ COLOMINA y don Jorge TUA PEREDA.

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

Extracto:

EN el contexto de la teoría de recursos y capacidades, así como de la visión de la empresa basada en el conocimiento, el presente trabajo se centra en el estudio del conocimiento tecnológico y su relación con la *performance* financiera de la empresa. Concretamente se plantea un triple objetivo: en primer lugar identificar y medir los activos de conocimiento organizativo tecnológico con distinto grado de codificación, en segundo lugar, analizar la incidencia de dichos activos sobre la capacidad de innovación de la empresa, y, por último, analizar la relación entre los activos de conocimiento y la *performance* financiera. Para ello partimos de la información contenida en la Encuesta sobre Estrategias Empresariales, referida a una muestra de 1.444 empresas industriales españolas, en el período 1998-2000. Los resultados revelan la importancia de los activos de conocimiento tecnológico tácitos, y en particular de las capacidades de conocimiento, pudiendo ser consideradas como el motor de la ventaja competitiva de la empresa. En cuanto a la relación entre conocimiento tecnológico y *performance*, en nuestra investigación abordamos conjuntamente la posible incidencia tanto directa como indirecta, resultando que si bien los activos de conocimiento ejercen una influencia negativa en la rentabilidad, cuando se plantea dicha incidencia a través de la innovación, se obtiene una asociación positiva con la *performance* financiera.

Sumario:

1. Introducción.
2. La gestión del conocimiento organizativo tecnológico.
 - 2.1. Adquisición y/o generación del conocimiento organizativo: activos de conocimiento tecnológico.
 - 2.2. La aplicación del conocimiento organizativo.
 - 2.3. El conocimiento organizativo tecnológico y la *performance*.
3. Los activos de conocimiento tecnológico en las empresas industriales españolas.
 - 3.1. Identificación y medición de los activos de conocimiento organizativo tecnológico.
 - 3.2. Grado de utilización de los activos de conocimiento tecnológico en las empresas industriales españolas.
4. Activos de conocimiento e innovación.
 - 4.1. Especificación del modelo.
 - 4.2. Activos de conocimiento e innovación: resultados.
 - 4.3. Conclusiones sobre la incidencia de los activos de conocimiento en la innovación.
5. Innovación y *performance*.
 - 5.1. Especificación del modelo.
 - 5.2. Resultados del análisis empírico sobre innovación y *performance*.
 - 5.3. Discusión de los resultados sobre innovación y *performance*.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

Anexos.

1. INTRODUCCIÓN

En la economía actual, caracterizada por una fuerte competencia, el conocimiento despunta como uno de los recursos de carácter intangible más valiosos para las organizaciones, ya que la consecución y sostenimiento de la ventaja competitiva de las empresas no se explica sólo por la posición de mercado, sino por la dificultad para replicar sus activos de conocimiento y la forma en la cual éstos son desarrollados al objeto de generar valor (GRANT, 1996; SALAS, 1996, TEECE, 2000). En esta línea, si bien la mayoría de los autores coinciden en la relevancia de los activos de conocimiento, también manifiestan la dificultad existente en la identificación y valoración de los mismos y, por tanto, de su gestión. Así, por ejemplo, como señalan VON KROGH, BACK, SEUFERT y VASSIALIDIS (2000: 10), «El conocimiento en las organizaciones ha sido considerado por muchos, definido por algunos, entendido por pocos y valorado formalmente por prácticamente nadie».

La teoría de recursos y capacidades, así como la visión de la empresa basada en el conocimiento, considera que los recursos intangibles de la empresa, y en concreto el conocimiento, constituyen la base a partir de la cual explicar la existencia y sostenibilidad de un comportamiento diferenciado, que se materializará en la obtención de una ventaja competitiva sostenible (GRANT, 1996; TEECE, 2000; BARNEY, 2001; BARNEY, WRIGHT, y KETCHEN, 2001; LEV, 2001). En esta línea, TEECE (2000) indica que la obtención de una rentabilidad diferenciada depende de la capacidad de la empresa de adquirir, generar y explotar activos de conocimiento.

Los escasos estudios empíricos sobre conocimiento se han centrado en la búsqueda, tanto en el ámbito internacional como nacional, de relaciones entre la gestión del conocimiento y la innovación de la empresa (ROBERTS, 1999; MARKMAN, BALKIN y SCHJOEDT, 2001; SCHROEDER, BATES y JUNTILA, 2002; GALENDE y DE LA FUENTE, 2003). En este sentido, diversos autores han abordado esta cuestión tratando de identificar medidas de conocimiento tecnológico y estudiar su influencia en la capacidad de innovación. Así, en los últimos años, se ha puesto de manifiesto una creciente preocupación por la medición de los resultados obtenidos de las inversiones en activos de conocimiento, surgiendo la necesidad de obtener mejores medidas de las actividades dirigidas a la generación y aplicación del conocimiento tecnológico. No obstante, autores como NONAKA, TOYAMA y KONNO (2000) reconocen la dificultad de esta medición debido, en parte, al carácter tácito del conocimiento, así como a la inexistencia de indicadores ampliamente aceptados, lo cual podría explicar por qué la mayoría de los trabajos realizados hasta la fecha han sido de carácter eminentemente teórico (NONAKA y TEECE, 2001). Por ello, uno de los principales retos de la investigación en el campo

de la gestión del conocimiento organizativo sigue siendo la realización de estudios que contrasten empíricamente el papel desarrollado por los activos de conocimiento tecnológico en la consecución de los objetivos corporativos.

Sobre la base de estas consideraciones, la presente investigación se plantea un triple objetivo. En primer lugar identificar y medir los activos de conocimiento organizativo tecnológico utilizados por las empresas industriales españolas; en segundo lugar, analizar la incidencia de dichos activos sobre la capacidad de innovación de la empresa; y por último, analizar la relación entre los activos de conocimiento y la *performance* financiera, tanto de forma directa como indirecta, a través de la innovación. Para ello, el trabajo está estructurado de la siguiente manera: después de esta introducción, en el segundo apartado se realiza una revisión de la literatura integrando los enfoques de recursos y capacidades y del conocimiento, lo que nos permite extraer los fundamentos teóricos sobre los que se sustentan las hipótesis. El tercer apartado, una vez expuesta la muestra utilizada, presenta un análisis descriptivo del grado de utilización de los activos de conocimiento. A continuación los apartados cuarto y quinto se dedican a contrastar las hipótesis planteadas, relativas a la incidencia de los activos de conocimiento en la capacidad de innovación de la empresa, y de dichos activos, así como la innovación en la *performance*, respectivamente. En ambos casos se presentan inicialmente los modelos econométricos propuestos para el contraste de dichas hipótesis. Por último, el apartado sexto sintetiza las conclusiones del estudio.

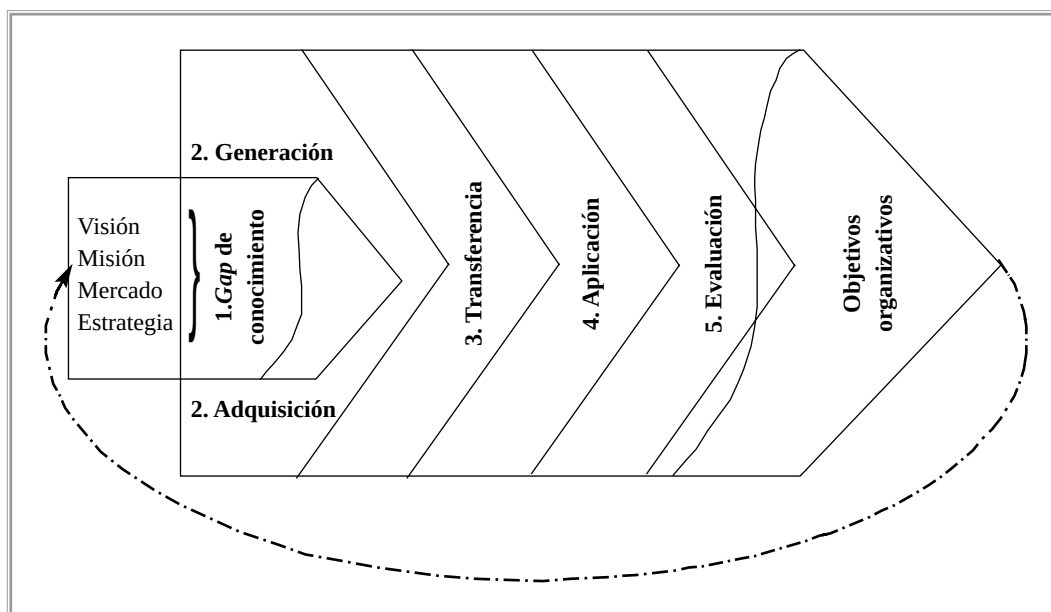
2. LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO ORGANIZATIVO TECNOLÓGICO

La teoría de recursos y capacidades, así como la visión de la empresa basada en el conocimiento, considera que los recursos intangibles de la empresa y, en concreto, el conocimiento, constituyen la base a partir de la cual explicar la existencia y sostenibilidad de un comportamiento diferenciado, que se materializará en la obtención de una ventaja competitiva sostenible (NONAKA, TOYAMA y NAGATA, 2000; BARNEY, 2001; BARNEY, WRIGHT y KETCHEN, 2001; LEV, 2001; MCGAUGHEY, 2002). En esta línea, TEECE (2000) señala que la obtención de una rentabilidad diferenciada depende de la capacidad de la empresa de adquirir, generar y explotar activos de conocimiento.

De acuerdo con SCHULZ y JOBE (2001), podemos establecer que las empresas disfrutan de una ventaja competitiva si saben gestionar el conocimiento organizativo, que puede ser concebido como algo superior a la suma del conocimiento individual de las personas, debido a las sinergias producidas por la interacción entre los individuos y entre éstos y su entorno. Si bien el conocimiento está arraigado en la experiencia y habilidades de los individuos, las empresas proporcionan la estructura física, social y la asignación de recursos para que el conocimiento pueda dar lugar a las capacidades, dependiendo de esto último los resultados competitivos de la empresa (TEECE, 1998). Así, es el conocimiento organizativo, y no tanto el individual, el que debe ser gestionado en orden a la consecución de una ventaja competitiva sostenible. En esta línea, la consecución de esta ventaja implica que las empresas sepan cómo expandir, diseminar y explotar el conocimiento organizativo internamente, cómo protegerlo de la expropiación y la imitación por los competidores, cómo compartir

efectivamente, transferir y recibir conocimiento de las empresas con las que colabora, y sean capaces de captar eficientemente el conocimiento desde localizaciones lejanas. Es decir, la gestión del conocimiento es un proceso dinámico, constituido por una serie de fases que se enmarcan dentro de la cadena de valor del conocimiento propuesta por WEGGEMAN [1997 en VAN DAAL, DE HAAS y WEGGEMAN (1998) y UIT BEIJERSE (1999)], la cual se representa en el **gráfico 1**.

Gráfico 1. Cadena de valor del conocimiento.



FUENTE: Adaptado de VAN DAAL, DE HAAS y WEGGEMAN (1998).

La cadena de valor del conocimiento consta de cinco fases que constituyen un proceso cíclico continuo. La primera fase conlleva la determinación del *gap de conocimiento*. La superación exitosa de esta fase precisa de la fijación previa de la misión, visión y estrategia de la organización respecto a la gestión de este activo, así como la vinculación de la estrategia de conocimiento con la estrategia global de la organización. En segundo lugar, una vez determinado el diferencial de conocimiento, este *gap* debe ser «cerrado» mediante la adquisición o generación del conocimiento organizativo necesario; pasando a la tercera fase, que implica la diseminación del conocimiento generado, adquirido y mantenido entre los miembros de la organización. Esta fase supone transferir y compartir este recurso estratégico de manera que pueda ser aplicado de forma productiva por la organización al objeto de alcanzar los objetivos organizativos inicialmente formulados, lo que constituye la cuarta fase de la cadena. Esta cuarta fase de aplicación del conocimiento es completada con la evaluación del mismo (quinta fase). No obstante, la cadena de valor no termina con dicha evaluación, ya que es importante remarcar que se trata de un proceso dinámico que va amplificando el valor de la cadena en forma de espiral.

En el proceso de gestión del conocimiento organizativo, los activos de conocimiento se constituyen como ejes centrales de todas las fases de la cadena de valor, ya que el conocimiento está constituido por la integración de los activos de conocimiento de carácter tácito y explícito; pudiendo la organización optar entre tres alternativas para alcanzar el *stock* de activos de conocimiento que necesita: 1) la internalización de las actividades de conocimiento, que implica la generación de sus activos de conocimiento tácitos y explícitos, 2) la adquisición en los mercados de estos activos y, 3) la vinculación con otras organizaciones (GRANT, 1996). La organización debe identificar qué activos de conocimiento necesita para competir y cuáles posee, lo que a su vez establecerá cuáles debe generar, bien internamente o acudiendo a fuentes externas a la organización. En cualquiera de las dos situaciones, la empresa partirá de los activos de conocimiento existentes, que se han acumulado a lo largo de la historia de la organización, para obtener nuevos activos, que serán compartidos y aplicados en la consecución de los objetivos estratégicos establecidos.

Concretamente, centrándonos en el concepto de conocimiento tecnológico ¹, hay que señalar que es asimilado por algunos autores al término de tecnología (*e.g.* ZANDER Y KOGUT, 1995). Así, HITT, IRELAND y LEE (2000) indican que la tecnología es una forma de conocimiento y que el cambio tecnológico puede ser entendido examinando el desarrollo del conocimiento. De igual forma, para HIDALGO (1999), la tecnología podría considerarse como la aplicación práctica del proceso dinámico de gestión del conocimiento en activos valiosos para la organización. En esta línea puede considerarse que «[...] la tecnología es un conjunto sistematizado de conocimientos aplicados a las diferentes áreas del ser humano, unidos para la consecución de un fin, que es la creación o invención de algo, que puede ser desde la fabricación o mejora de un producto hasta la simplificación o el cambio de un determinado proceso»; siendo la innovación tecnológica «[...] la aplicación de la tecnología a distintos aspectos de la empresa, como pueden ser productos, servicios o procesos» (NAVAS, 1994: 33). Sobre la base de estas definiciones, se vincula la innovación tecnológica con la aplicación del conocimiento –cuarta fase del proceso de gestión del conocimiento–, y la tecnología con los activos de conocimiento tecnológico a gestionar.

Por tanto, la gestión del conocimiento tecnológico como proceso dinámico (NONAKA, TOYAMA y NAGATA, 2000; TSOUKAS y VLADIMIROU, 2001), generador de una ventaja competitiva sostenible, no concluye con la adquisición, generación, obtención y transferencia de nuevo conocimiento tecnológico en la organización, sino que precisa de su materialización en la generación de rentas que permitan a la empresa mejorar su posición competitiva respecto a los rivales. De esta forma, la aplicación del conocimiento organizativo se convierte en un aspecto clave dentro del proceso. En este sentido, la mayoría de los autores coinciden en la asociación entre aplicación del conocimiento e innovación empresarial, que podemos considerar como una medida de capacidad de absorción tecnológica realizada (STOCK y McDERMOTT, 2001; ZAHRA y GEORGE, 2002). Así pues, la relación entre la gestión del conocimiento tecnológico y la consecución de la ventaja competitiva sostenible es analizada a través de la capacidad de innovación.

¹ El término de conocimiento tecnológico ha sido utilizado en la literatura por diversos autores, entre otros por ENSIGN (1999), FERNÁNDEZ, MONTES, PÉREZ-BUSTAMANTE y VÁZQUEZ (1999), TYLER (2001), BALCONI (2002).

A continuación expondremos los argumentos teóricos que conciernen a los objetivos planteados en el presente estudio, por lo que nos centraremos en la adquisición/generación de activos, la aplicación y la evaluación.

2.1. Adquisición y/o generación del conocimiento organizativo: activos de conocimiento tecnológico.

Una vez determinado el *gap* de conocimiento hay que actuar respecto al mismo, pasando a la segunda fase de la cadena de valor: adquisición y/o generación de conocimiento. Esta fase es una de las más importantes y en la que mayoritariamente se han centrado los investigadores, destacando NONAKA (1994) y NONAKA, TOYAMA y KONNO (2000) que proponen un modelo dinámico de creación de conocimiento formado por tres elementos: los instrumentos de conocimiento (SECI), el contexto de creación de conocimiento («*ba*») y los activos de conocimiento, como *inputs* y *outputs* del proceso.

Como señalan estos autores, el conocimiento se crea en una espiral que vincula conceptos aparentemente contrapuestos como el orden y el caos, la mente y el cuerpo, la deducción y la inducción, etc., mediante la interacción entre conocimiento tácito y explícito. A esta interacción entre conocimiento tácito y explícito se la denomina *conversión*, y se produce mediante la conjunción de los cuatro instrumentos de conocimiento (SECI): la socialización, la externalización, la combinación y la internalización. La socialización supone la creación de conocimiento tácito a partir de conocimiento también tácito; la externalización crea conocimiento explícito a partir de conocimiento tácito; la combinación parte de conocimiento explícito y obtiene conocimiento explícito y; la internalización implica la conversión de conocimiento explícito en tácito (véase **cuadro 1**). Estos instrumentos son renombrados por HALL y ANDRIANI (2002), quienes asocian la externalización con la *codificación* del conocimiento; la combinación con la *comunicación* del conocimiento explícito y la internalización es vinculada al *aprendizaje «por acción»*. Además, relacionan la localización de conocimiento explícito externo con la comunicación y la obtención de conocimiento tácito externo con la socialización.

CUADRO 1. EL PROCESO DE CONVERSIÓN DEL CONOCIMIENTO

Conversión del conocimiento:	A		
De		Tácito	Explícito
	Explícito	Internalización	Combinación
	Tácito	Socialización	Externalización



FUENTE: Adaptado de NONAKA, TOYAMA y KONNO (2000).

De esta forma, la socialización tiene lugar mediante la interacción entre individuos que comparten experiencias. La conversión de conocimiento tácito a explícito implica el uso de procesos sociales que combinan diferentes cuerpos de conocimiento explícito mantenidos por los individuos; dependiendo su éxito del uso de metáforas para el reconocimiento de las contradicciones y las analogías para su resolución (NONAKA, 1994). La combinación supone la conversión de conocimiento explícito a explícito, e implica la recopilación de conocimiento que existe en el interior de la organización y/o en el exterior para combinarlo, editándolo o procesándolo, y de esta forma obtener nuevo conocimiento ². El último proceso, la generación de conocimiento tácito a partir de explícito se relaciona con el «aprendizaje por acción»; por ejemplo, en un programa de formación de los empleados, éstos pueden leer un documento sobre su puesto de trabajo y reflexionando sobre el mismo pueden internalizar el conocimiento explícito dentro de su base de conocimiento tácito (NONAKA, TOYAMA y KONNO, 2000).

Por tanto, en relación con el proceso de generación de conocimiento, podemos señalar, siguiendo a BOIRAL (2002), que la creación de conocimiento organizativo resulta de un proceso continuo de intercambio y conversión entre aspectos tácitos y explícitos del conocimiento, y que esta interacción social entre tipos de conocimientos no tiene lugar dentro del individuo sino entre individuos dentro de la organización (UIT BEIJERSE, 1999). De esta manera, aunque cada uno de los instrumentos puede crear conocimiento de forma independiente, el énfasis del proceso de creación de conocimiento organizativo gira sobre la interacción dinámica entre las diferentes formas de conversión del conocimiento. De esta forma, NONAKA (1994) señala que la creación de conocimiento organizativo se diferencia del individual porque la organización gestiona la interacción de los cuatro instrumentos para formar un ciclo continuo de generación de nuevo conocimiento.

En relación con lo anterior, el conocimiento es creado por las interacciones de los individuos dentro de un contexto específico, ya que no existe creación de conocimiento si no impera un contexto en el cual desarrollar el proceso. En esta línea, KOGUT y ZANDER (1996) consideran la organización ³ como una comunidad especializada en la rapidez y eficacia de la generación y transferencia del conocimiento. Por tanto, este contexto constituye el segundo elemento del modelo de creación del conocimiento, permitiendo que la información pueda ser interpretada y así transformada en conocimiento.

Los cuatro instrumentos, actuando dentro de la estructura organizativa, permiten la generación de los activos de conocimiento que constituyen la base de todo el proceso, al configurarse tanto en *inputs* como *outputs* del mismo, lo cual refleja el carácter dinámico del proceso ⁴. Si bien varios investigadores hacen referencia a estos activos, son NONAKA, TOYAMA y KONNO (2000) y NONAKA, TOYAMA y NAGATA (2000) quienes los clasifican en cuatro clases vinculadas al tipo de conocimiento que engloban. Respecto a estos activos de conocimiento, TEECE (2000) establece la importancia

² Cuando un director recopila información de la organización y elabora un informe financiero está generando nuevo conocimiento (NONAKA, TOYAMA y KONNO, 2000).

³ NONAKA, TOYAMA y NAGATA (2000) señalan que la organización es la configuración orgánica del «*ba*», definiendo este vocablo como un contexto en el cual se comparte, crea y utiliza el conocimiento.

⁴ El término *activos de conocimiento* engloba tanto los recursos en sentido estricto como las capacidades de conocimiento.

de los mismos para la consecución de la ventaja competitiva, prestando especial atención a la necesidad que tienen las organizaciones de crearlos porque dada su naturaleza se hace difícil su adquisición en los mercados organizados.

En relación con los activos de conocimiento creados por la organización, no sólo hay que hacer referencia a los beneficios que generan al constituirse en conductores de la ventaja competitiva, sino también a los costes ocasionados. Estos costes determinarán los límites de la organización, influyendo en la decisión de generar o adquirir el conocimiento en el exterior de la empresa, que se instituye en una decisión de carácter estratégico de importantes consecuencias (BORG, 2001). Así, la consideración de los activos de conocimiento como *inputs* genera costes de adquisición y retención. Los costes de adquisición surgen de la obtención de algunos de los recursos de conocimiento a través de los mercados, como es el caso de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, el *outsourcing* de la investigación y desarrollo o la consultoría. No obstante, no todos los activos de conocimiento pueden ser adquiridos en los mercados, debido a la inexistencia de mercado o a los altos costes asociados a la transacción, por lo que ciertos recursos deben ser acumulados a través de actividades de conocimiento propias de la organización. Por ello, la organización debe incurrir en una serie de costes que le permitan retener a sus empleados al objeto de preservar el conocimiento que éstos poseen y motivarlos para que generen activos de conocimiento que sean propiedad de la organización. Además, la empresa incurrirá en costes para proteger los recursos de propiedad intelectual de otras instituciones que puedan intentar infringir las leyes y vulnerar sus derechos de propiedad.

Por otro lado, la empresa también tiene que considerar otros dos tipos de costes asociados a estos activos. En primer lugar, el coste de oportunidad de la creación de conocimiento, ya que si bien la organización puede optar por acudir a los mercados ⁵, esto la puede privar de la oportunidad que tendría de aprender y generar nuevo conocimiento relacionado (de carácter generalmente tácito y más valioso que el adquirido), en caso de haber optado por generarlo internamente. El segundo tipo de costes está vinculado al tiempo, ya que como se ha señalado previamente, la generación de conocimiento internamente es un proceso de acumulación en el tiempo. Es decir, es un proceso largo, por lo que comparar la adquisición de un conocimiento existente en el exterior con el proceso de su creación conlleva una diferencia en términos de tiempo y coste.

No obstante, la existencia de estos costes no implica que la mejor estrategia de conocimiento se basa en la adquisición del mismo en los mercados, ya que esta alternativa además de los costes de adquisición puede acarrear otras consecuencias negativas para la organización. Así, debe considerarse que ciertos recursos de conocimiento que la organización adquiere en los mercados también pueden ser adquiridos por los rivales, disipándose de esta forma la fuente de la ventaja competitiva. En esta misma línea, hay que recordar la importancia que adquiere la capacidad de absorción del conocimiento al objeto de explotar estos activos. Como se ha señalado en la literatura (COHEN y LEVINTHAL, 1990; ZHARA y GEORGE, 2002), la organización necesita generar cierto nivel de conocimiento interno que le permita absorber y explotar el adquirido.

⁵ DAVENPORT y PRUSAK (2001: 62) señalan que «[...] la manera más directa y con frecuencia más eficaz de adquirir conocimiento consiste en comprarlo, es decir, comprar una organización o contratar individuos que lo tengan».

Por consiguiente, la segunda fase de la cadena de valor del conocimiento (véase **gráfico 1**) resulta no sólo de la creación de conocimiento sino de la adquisición del mismo en los mercados, buscando una combinación óptima de activos de conocimiento generados internamente y adquiridos externamente que minimice los costes y maximice los beneficios. En esta línea, HALL y ANDRIANI (2002) enfatizan la importancia de la localización y adquisición de conocimiento externo explícito y tácito al establecer dos fases para cada una de estas tareas. No obstante, los autores no sólo resaltan la adquisición del conocimiento, sino que establecen también la importancia de la creación, poniendo de manifiesto que el proceso de gestión sin generación de conocimiento está incompleto.

En este estudio, en aras de integrar la tipología de conocimiento según el grado de codificación que distingue entre activos de carácter explícito y tácito (POLANYI, 1966; NONAKA, 1994; NONAKA, NAGATA y KONNO, 2000) y de acuerdo con los conceptos de recursos y capacidades (GRANT, 1991), establecemos una triple categoría de activos de conocimiento tecnológico: los recursos de conocimiento explícitos, los recursos de conocimiento tácitos y las capacidades de conocimiento; concebidas estas últimas como combinaciones de recursos e incluso de recursos y capacidades, por lo que son objeto de análisis diferenciado (GRANT, 1991). Así, la gestión del conocimiento organizativo tecnológico precisa tanto de la identificación de recursos, como de capacidades que permitan integrar los distintos recursos en aras de alcanzar la ventaja competitiva. Concretamente, en relación con las capacidades hay que hacer especial referencia a las capacidades dinámicas ⁶, que se definen como la habilidad de la empresa para reconocer y aprovechar las nuevas oportunidades, reconfigurar y proteger los activos de conocimiento, competencias, activos complementarios y tecnologías, seleccionando las formas organizativas apropiadas, al objeto de lograr una ventaja competitiva sostenible (TEECE, PISANO y SHUEN, 1997; EISENHARDT y MARTIN, 2000; TYLER, 2001).

Por consiguiente, el conocimiento organizativo está constituido por la integración de los recursos de carácter tácito y explícito y por las capacidades, pudiendo la organización optar entre tres alternativas para alcanzar el *stock* de activos que necesita: 1) la internalización de las actividades de conocimiento, que implica la generación de sus activos, 2) la adquisición en los mercados de estos activos y, 3) la vinculación con otras organizaciones. Generalmente, la política de la empresa se basa en la obtención de sus activos de conocimiento por estas tres vías, dependiendo del tipo de conocimiento a obtener y de la estrategia definida por la organización. De esta forma, si bien los activos de carácter tácito no pueden ser adquiridos en los mercados, pueden obtenerse mediante las otras dos vías; mientras que los activos de conocimiento explícito pueden generarse por las tres alternativas. En cualquier caso, la empresa debe aplicar sus capacidades actuales para alcanzar nuevo conocimiento y reconfigurar el existente para alcanzar nuevas capacidades (GRANT, 1996). Es decir, el valor de la propiedad del conocimiento no es lo fundamental para lograr la persistencia de la ventaja competitiva, sino que ésta depende de la capacidad de la empresa para amplificar el valor de sus activos de conocimiento.

⁶ En este sentido, ZOLLO y WINTER (2002: 344) afirman que «las capacidades dinámicas emergen de la coevolución de la acumulación de la experiencia tácita procesada con actividades de articulación y codificación de conocimiento explícito».

La organización debe identificar qué activos de conocimiento necesita para competir y cuáles posee, lo que a su vez establecerá cuáles debe generar, bien internamente o acudiendo a fuentes externas a la organización. En cualquiera de las dos situaciones, la empresa partirá de los activos de conocimiento existentes, que se han acumulado a lo largo de la historia de la organización, para obtener nuevos activos que serán compartidos y aplicados por los miembros de la empresa en la consecución de los objetivos estratégicos establecidos (ZAHRA, SISODIA y MATHERNE, 1999; ZACK, 1999).

De esta forma, resulta preciso profundizar en estos activos, base del proceso de gestión del conocimiento organizativo, identificando tanto los recursos de conocimiento de carácter explícito y tácito como las capacidades de gestión necesarias para que se alcancen los objetivos organizativos (BOHMER, EDMONDSON, WISLOW y PISANO, 2002; EDMONDSON *et al.*, 2003).

Recursos de conocimiento tecnológico explícito

El conocimiento explícito se caracteriza por su carácter codificable; se trata de un conocimiento objetivo y racional, que puede ser expresado por datos, fórmulas científicas, manuales, etc. A diferencia del resto de activos de conocimiento tecnológico, éstos constituyen la parte más visible del conocimiento. En esta línea, NONAKA, TOYAMA y NAGATA (2000) señalan que actualmente la gestión del conocimiento se centra, fundamentalmente, en estos recursos. Concretamente, en relación con el conocimiento tecnológico, los derechos de propiedad industrial ⁷ son recursos de conocimiento explícito, al ser considerados como representativos del *stock* de conocimiento organizativo por implicar manifestaciones codificadas de ideas innovadoras, técnicas y productos que recogen el conocimiento generado a partir de la interacción conjunta de los empleados de la organización (PATEL y PAVITT, 1997; DeCAROLIS y DEEDS, 1999; MICHALISIN, KLINE y SMITH, 2000; NONAKA, TOYAMA y NAGATA, 2000).

Los derechos de propiedad industrial constituyen un mecanismo diseñado para otorgar a la empresa, que ha invertido recursos financieros, humanos, etc., en la generación de conocimiento tecnológico, el derecho legal a excluir al resto de empresas de la producción y venta de sus productos o procesos durante un determinado período de tiempo. No obstante, a cambio de este monopolio legal, la organización que realiza la inversión difunde los detalles de la nueva tecnología, de forma que el resto de instituciones puedan aprender de ella (HELFAT, 1994).

Por tanto, este mecanismo adopta un doble papel en el proceso de gestión del conocimiento tecnológico; en primer lugar, son reconocidos como fuentes de protección legal de las rentas generadas por la aplicación del conocimiento respecto a los competidores y, en segundo lugar, constituyen una forma de difusión del conocimiento tecnológico (COHEN y WALSH, 2000; COHEN, GOTO, NELSON, NAGATA y WALSH, 2002); lo cual revela la importancia de la propiedad industrial de la empresa y de los competidores no sólo como mecanismo de protección de rentas sino como fuente de adquisición y generación de conocimiento (GRINDLEY y TEECE, 1997).

⁷ Dentro de los derechos de propiedad industrial se engloban las patentes y los modelos de utilidad, que de acuerdo con VALLE (2002) protegen las invenciones de mayor y menor rango respectivamente al restringir ambos mecanismos el uso del conocimiento tecnológico desarrollado por una organización a través de un monopolio de tipo jurídico.

Recursos de conocimiento tecnológico tácito

Los recursos de conocimiento tecnológico tácito se caracterizan por no poderse adquirir directamente en los mercados, al ser altamente específicos, creados y transmitidos por las interacciones entre los individuos que conforman la organización y su entorno. Así, se identifican dos mecanismos de conocimiento tácito que permiten tanto la generación de nuevo conocimiento organizativo como la integración del conocimiento externo en la base cognitiva interna de la empresa: las alianzas y la contratación de personal cualificado.

El establecimiento de alianzas tecnológicas en sus distintas vertientes permite la generación de nuevo conocimiento mediante el aprendizaje por la experiencia (TSANG, 2002). Estas alianzas sirven como conductos a través de los cuales fluye el conocimiento entre las empresas, facilitando la integración del mismo (IRELAND, HITT y VAIDYANATH, 2002). Además, REID, BUSSIERE y GREENAWAY (2001) e IRELAND, HITT y VAIDYANATH (2002) indican que algunas alianzas se constituyen para crear conocimiento más que para la transferencia del mismo entre las partes, debido a que la creación de conocimiento es una fuente importante de la ventaja competitiva ⁸.

A su vez, la elección del tipo de gobierno de la alianza tecnológica depende de las características del conocimiento que vaya a ser transferido entre los socios; esto es, del grado de codificación, del grado de obsolescencia, de la complejidad, del grado de facilidad de enseñanza, de la capacidad de absorción del receptor, etc. (DAS, SEN y SENGUPTA, 1998; CONTRACTOR y RA, 2002). Así, podemos considerar un continuo que abarca desde contactos discretos repetidos hasta la *joint venture*. Por consiguiente, el establecimiento de las alianzas como mecanismo de adquisición de conocimiento tácito es un aspecto que adquiere especial relevancia en la gestión del conocimiento organizativo tecnológico (MOWERY, OXLEY y SILVERMAN, 1996; NEILL, PFEIFFER y YOUNG-YBARRA, 2001).

Hay que tener presente que el establecimiento de alianzas conlleva una serie de costes para las organizaciones. Así DAS, SEN y SENGUPTA (1998) hacen referencia a los costes derivados de los problemas de agencia y los relacionados con las ineficiencias contractuales de cada organización. A su vez, IRELAND, HITT y VAIDYANATH (2002) señalan la existencia de costes de transacción, derivados de la negociación y redacción de las contingencias de los contratos, y el control del comportamiento de los socios respecto a los compromisos adquiridos.

El segundo mecanismo de conocimiento tecnológico tácito se encuentra en la movilidad de los científicos e ingenieros entre empresas. De esta forma, la movilidad laboral constituye una oportunidad y una amenaza para el sostenimiento de una ventaja competitiva basada en el conocimiento, ya que supone un flujo de entrada y salida de conocimiento tácito en la organización. Esto hace que la contratación de personal y su retención en la empresa adquiera una gran relevancia como

⁸ Las motivaciones para el establecimiento de alianzas estratégicas de conocimiento pueden ser diversas. No obstante, REID, BUSSIERE y GREENAWAY (2001) señalan como principales motivos: la adquisición de conocimiento como recurso, la creación de nuevo conocimiento, la protección de los actuales activos de conocimiento, el bloqueo de las estrategias de adquisición de conocimiento de las empresas rivales y el acceso a redes.

mecanismo de incorporación y retención de conocimiento clave para la empresa. En esta línea se expresan ROBERTS (2000) y KAISER (2002) al señalar la importancia de los intercambios informales entre investigadores y la rotación del personal como canales de transferencia del conocimiento tácito de una empresa a otra, así como generadora de flujos de conocimiento que trascienden los límites de la organización. A su vez, SONG, ALMEIDA y WU (2001) señalan que la movilidad puede ser usada no sólo para transferir conocimiento tácito sino también para interpretar y aplicar este conocimiento en un nuevo contexto, jugando la movilidad humana un importante papel en el proceso de construcción de conocimiento de las organizaciones contratantes.

Capacidades de conocimiento

La gestión del conocimiento es un proceso dinámico que requiere no sólo de los recursos de conocimiento tecnológico de carácter explícito y tácito señalados sino también del desarrollo de una serie de capacidades organizativas que permitan superar con éxito el proceso de gestión del conocimiento. De esta forma, las habilidades requeridas para gestionar el conocimiento han sido puestas de manifiesto en la literatura por diferentes autores, mayoritariamente, agrupadas bajo el término de capacidades de absorción o capacidades combinativas (COHEN y LEVINTHAL, 1990; KOGUT y ZANDER, 1992). De acuerdo con ZAHRA y GEORGE (2002), consideramos que la capacidad de absorción está constituida por dos subcapacidades: la capacidad potencial y la capacidad realizada.

La capacidad de absorción potencial engloba la habilidad para identificar y adquirir conocimiento generado externamente, que es crítico para la organización, y las rutinas y procesos de la empresa que le permiten analizar, procesar, interpretar y entender la información obtenida de las fuentes externas. Esta capacidad es dependiente de la trayectoria seguida por la organización⁹. Pero a pesar de esa dependencia, dicha capacidad debe contribuir a una renovación de la base de conocimiento de la empresa y de las habilidades necesarias para competir. De esta forma, podemos considerar que la capacidad potencial permite a la entidad sostener una ventaja competitiva incluso en un contexto industrial dinámico (EISENHARDT y MARTIN, 2000), ya que las mismas ayudan a las organizaciones a anticiparse a los cambios en sus sectores de una forma más efectiva, facilitando el desarrollo de otras capacidades necesarias¹⁰.

Por otro lado, en la literatura que vincula la innovación con los activos de conocimiento tecnológico, se ha considerado como principal variable determinante de la misma el esfuerzo inversor en investigación y desarrollo. En este sentido, también surge la necesidad de la empresa de deter-

⁹ La capacidad de absorción resulta de un proceso prolongado de inversión y acumulación de conocimiento dentro de la empresa, y su desarrollo depende de la trayectoria seguida, ya que la capacidad actual de una organización viene determinada por su participación histórica en mercados de productos específicos, líneas de investigación y desarrollo y otras actividades técnicas (MOWERY, OXLEY y SILVERMAN, 1996).

¹⁰ Las empresas con mayores niveles de capacidad de absorción potencial tienden a ser más proactivas, explotando oportunidades presentes en el entorno, independientemente de su *performance* actual. A su vez, las organizaciones que tienen una capacidad de absorción potencial modesta tienden a ser reactivas, buscando nuevas alternativas sólo en respuesta a fracasos bajo algún criterio de *performance* (COHEN y LEVINTHAL, 1990).

minar su estrategia respecto a la realización interna de este esfuerzo o su adquisición del exterior. Esta decisión de carácter estratégico debe realizarse considerando los beneficios o costes de ambas alternativas en términos de recursos monetarios, tiempo y coste de oportunidad (NONAKA, TOYAMA y KONNO, 2000). Además, el esfuerzo inversor se aproxima a la capacidad que debe tener la empresa para ser capaz de asimilar, integrar y aplicar el conocimiento adquirido del exterior dentro del contexto organizativo (COHEN y LEVINTHAL, 1990; TSAI, 2001), por lo que parece precisa su generación interna y no su contratación externa, si bien su contratación externa puede ejercer un efecto de complementariedad cuando existe una inversión interna (VEUGELERS, 1997).

2.2. La aplicación del conocimiento organizativo.

Continuando con el proceso de gestión recogido en el **gráfico 1**, hay que hacer referencia a la tercera y cuarta etapa de la cadena de valor del conocimiento: la transferencia o diseminación y la aplicación del conocimiento en la organización. En relación con la aplicación del conocimiento, DAWSON (2000) establece que para que el conocimiento tenga valor debe ser aplicado dentro de un contexto específico de negocio en la creación de valor, siendo ejemplos de esto el desarrollo de productos, la mejora de procesos o la mejora de las interacciones con los clientes o proveedores ¹¹. En esta línea, hay que resaltar que, al contrario que otros autores, GRANT (1996) define la organización como una institución para la aplicación de conocimiento, más que para la creación ¹² de este recurso, ya que considera que ambos procesos no pueden ser separados al tener lugar en un contexto organizativo común, cuyo objetivo es la integración ¹³ del conocimiento de muchos individuos en la obtención de productos y servicios.

Como señalamos anteriormente, la innovación puede ser considerada una capacidad dinámica de conocimiento tecnológico que representa la aplicación y materialización del conocimiento adquirido y generado por la empresa en la obtención de nuevos productos y procesos. De esta forma, se constituye como una capacidad realizada ¹⁴, que puede ser entendida como la plasmación del «depósito» de conocimiento tecnológico acumulado por la empresa, que, a su vez, puede ser incrementado por el *feedback* obtenido a partir de la misma (HELFAT y RAUBITSCHKE, 2000).

¹¹ RANFT y LORD (2002) señalan que los productos y servicios de una empresa son el resultado de la aplicación de conocimiento valioso creado por la organización.

¹² La diferencia fundamental entre los trabajos de GRANT (1996ab, 1997) y NONAKA (1994, 2000, 2001) se encuentra en que el primer investigador considera que el papel fundamental de la organización es la aplicación del conocimiento, mientras que NONAKA considera que la creación de conocimiento es la razón de ser de la organización.

¹³ De acuerdo con HOWELLS (1996), las organizaciones deben regenerar continuamente su base de conocimiento, al objeto de mejorar a nivel organizativo, más que permitir que su conocimiento clave resida en unos pocos individuos o grupos de personas que adquieren un poder de negociación elevado y que puedan irse y llevarse consigo parte del conocimiento clave en la organización.

¹⁴ La capacidad de absorción realizada es la habilidad de la empresa para desarrollar y perfeccionar las rutinas que facilitan la combinación del conocimiento existente y del nuevo conocimiento adquirido. Por tanto, con la capacidad realizada se pretende alcanzar un uso e implementación eficiente del conocimiento en el fortalecimiento de la ventaja competitiva y la consecución de los objetivos de la empresa (ZAHRA y GEORGE, 2002).

La innovación ¹⁵ representa la capacidad de la empresa para transformar y explotar el conocimiento tecnológico (ZAHRA y GEORGE, 2002). Es decir, supone la integración del conocimiento adquirido y asimilado y su aplicación o implementación al objeto de fortalecer la ventaja competitiva y alcanzar los objetivos de la empresa. De esta forma, la innovación en productos y en procesos representa una capacidad de conocimiento realizada que supone la materialización de los activos o *inputs* de conocimiento tecnológico.

Por otro lado, hay que tener presente que las innovaciones no sólo requieren la aplicación del conocimiento existente o la adquisición de nuevo conocimiento, sino que difieren en el tipo de conocimiento en el que se sustentan. En esta línea, GOPALAKRISHNAN, BIERLY y KESSLER (1999) y GOPALAKRISHNAN y BIERLY (2001) proponen que las innovaciones en productos y procesos se diferencian en el contenido del conocimiento básico que precisan; lo cual, a su vez, influye en la forma de desarrollo de la innovación (internamente o externamente), el coste de implementación y la efectividad de la misma en la consecución de la ventaja competitiva. A su vez, McEVILY y CHAKRAVARTHY (2002) observan que los atributos del conocimiento (carácter tácito, complejidad y especificidad) pueden prolongar la ventaja competitiva al constituir un eficaz mecanismo de protección de la innovación.

Diversos autores han analizado la incidencia de los activos de conocimiento y de las características de los mismos en la capacidad innovadora de la empresa, encontrando que la probabilidad de innovación de la organización se ve influida positivamente por los mismos (*e.g.* BUSOM, 1993; KUSUNOKI, NONAKA y NAGATA, 1998; GOPALAKRISHNAN, BIERLY y KESSLER, 1999; DUGUET, 2000; RAO y DRAZIN, 2002). No obstante, existen pocos trabajos que consideren la influencia de diferentes medidas de conocimiento tecnológico de carácter explícito y tácito simultáneamente; si bien, como resaltan BOHMER, EDMONDSON, WISLOW y PISANO (2002) y EDMONDSON *et al.* (2002), es preciso considerar de forma diferente el conocimiento explícito y el tácito, al presentar características diferenciadoras que pueden incidir en la efectividad y viabilidad de su aplicación en el corto plazo.

En esta investigación pretendemos analizar la incidencia diferenciada de los activos de conocimiento tecnológico tácitos y explícitos, en la capacidad innovadora de la empresa, teniendo en cuenta, como señalan SCHULZ y JOBE (2001), que el nivel de codificación se convierte en una decisión estratégica en la gestión del conocimiento organizativo. Por tanto, resulta preciso profundizar en estos activos tecnológicos, base del proceso de gestión del conocimiento organizativo, identificando tanto los recursos de conocimiento de carácter tácito y explícito como las capacidades de gestión necesarias para que se alcancen los objetivos organizativos (BOHMER *et al.*, 2002).

Si bien, dentro de los recursos de conocimiento explícito «[...] los derechos de propiedad intelectual tales como las licencias o las patentes entran dentro de esta categoría», ambos pueden ejercer una influencia diferente en la capacidad innovadora, representando dos formas diferentes de obtener este tipo de recursos de conocimiento (generarlo o adquirirlo). En este sentido, ARORA, FOSFURI

¹⁵ En la literatura existen múltiples tipologías de innovación, algunas de ellas se corresponden con el mismo concepto pero tienen una denominación diferente en función del punto de vista desde el cual han sido etiquetadas. Véase GARCÍA y CALANTONE (2002) para una revisión de las diferentes tipologías y sus complementariedades.

y GAMBARDELLA (2001) y BORG (2001) consideran que el conocimiento explícito adquirido puede reducir los incentivos de las empresas para replicar el conocimiento tecnológico, debido a que esto les supondría una inversión superior a la necesaria para explotar este recurso mediante una licencia. A su vez, VALLE (2002) señala que si el innovador otorga una licencia, se asegura un cierto control sobre el mercado y la estandarización de su tecnología al desincentivar la inversión en innovaciones alternativas, al tiempo que obtiene unos *royalties* por su uso. Desde este punto de vista, existiría un efecto de sustitución entre la generación de conocimiento interno y su adquisición en el mercado (ARUNDEL y KABLA, 1998; MARKMAN, BALKIN y SCHJOEDT, 2001). De esta forma, las licencias suponen un cambio de la capacidad realizada de la empresa por una estrategia de explotación de conocimiento externo (DUGUET, 2000). En esta misma línea, GOPALAKRISHNAN, BIERLY y KESSLER (1999) y GOPALAKRISHNAN y BIERLY (2001) también demuestran la existencia de una relación negativa entre la generación interna de la innovación y el grado de codificación del conocimiento, denotando que cuando el conocimiento es de carácter explícito la organización tiende a replicar la innovación en vez de desarrollarla internamente. No obstante, este conocimiento explícito adquirido puede incrementar la capacidad de innovación de la empresa en la medida que ésta disponga de una capacidad de absorción que le permita aprovecharse del conocimiento adquirido del exterior. En este sentido, diversos autores abogan por un efecto de complementariedad entre el conocimiento explícito adquirido y el conocimiento existente en la empresa (VEUGELERS y CASSIMAN, 1999; CASIMAN y VEUGELERS, 2004).

Por tanto, podemos considerar la existencia de una relación positiva entre los recursos de conocimiento explícito generados por la empresa y la innovación. Sin embargo, en el caso de los recursos de conocimiento explícito adquiridos, debemos tener presente la doble vertiente, resaltada en los trabajos señalados, que se concretan en la presunción de dos efectos de signo contrario en las medidas de innovación, tanto el efecto positivo de la complementariedad cuando la empresa cuenta con una capacidad de conocimiento interna, como el efecto negativo derivado en sí mismo de la adquisición de recursos de conocimiento explícito como alternativa a la innovación. Estos argumentos nos llevan a formular las siguientes hipótesis:

H.1. Los recursos de conocimiento tecnológico explícito inciden en la innovación de la empresa, de forma diferenciada según sean generados o adquiridos.

H.1.1. Los recursos de conocimiento explícito generados inciden positivamente en la innovación de la empresa.

H.1.2. Los recursos de conocimiento explícito adquiridos inciden positiva o negativamente en la innovación de la empresa.

H.2. Los recursos de conocimiento tácito inciden positivamente en la innovación de la empresa.

H.3. Las capacidades potenciales de conocimiento tecnológico inciden positivamente en la innovación de la empresa.

H.4. El esfuerzo inversor en investigación y desarrollo incide en la innovación de la empresa, de forma diferenciada según sea generado o adquirido.

2.3. El conocimiento organizativo tecnológico y la *performance*.

En último término, el proceso de gestión del conocimiento conlleva la valoración de este recurso, ya que como señalan KOGUT y ZANDER (1992), al hacer referencia a la transferencia de tecnología, el objetivo de la organización es reducir los costes de adquisición, creación y transferencia, preservando la calidad y el valor de la tecnología. Así, DEMAREST (1997) establece que todo programa de gestión del conocimiento debería tener como objetivo mejorar los beneficios de la organización, bien incrementando los ingresos, reduciendo los costes o gestionando los riesgos asociados con los mercados y la *performance* financiera. En esta misma línea, RUGGLES (1998) propone un proceso de gestión del conocimiento que consta de ocho etapas y que finaliza con la medición del valor de los activos de conocimiento y/o su impacto en la gestión. Esta fase ha adquirido especial relevancia en los últimos años, encontrándose en la literatura una rama cuyo objetivo principal parece ser la medición de los activos de conocimiento, denominada capital intelectual, estrechamente vinculada a la literatura de los activos intangibles. La perspectiva del capital intelectual se ha centrado en la obtención de una medida de los recursos intangibles que no están recogidos en el balance y que generan valor para la organización ¹⁶. Los diversos estudios generalmente aceptan que la diferencia entre el valor de mercado de una organización y su valor contable constituye el valor de los activos de conocimiento.

Dentro de la perspectiva del capital intelectual se han establecido distintos modelos de medición ¹⁷, destacando los propuestos por KAPLAN y NORTON (1997), SVEIBY (2000), ROOS, ROOS, DRAGONETTI y EDVISSON (1997), BROOKING (1997), BUENO (1998) ¹⁸. Estos modelos consideran que el capital intelectual está constituido por diferentes dimensiones, siendo las más habituales el capital humano, el capital estructural y el capital relacional. Como señala BONTIS (2001: 57), «[...] algunos modelos de capital intelectual tienen constructos y medidas similares que simplemente son denominados de forma diferente».

En relación con esta última fase de valoración del conocimiento, hay que vincularla con la determinación del *gap*, por cuanto la visión del conocimiento establecida en la primera fase define también el sistema de valores que evalúa, justifica y determina la calidad del conocimiento generado por la organización. De este modo, hay que recalcar la importancia de la valoración del conocimiento como revisión de todo el proceso, porque, como señalan NONAKA, TOYAMA y KONNO (2000), los éxitos pasados pueden hacer que la organización esté sujeta a una inercia que dificulte su adaptación a un entorno cambiante por lo que las capacidades actuales pueden impedir y contraer las acciones y aprendizaje futuro. La organización puede confiarse en sus éxitos pasados y no ver los

¹⁶ Como señala BONTIS (2001), en la actualidad, la medida de los activos de conocimiento está en una fase experimental donde se están proponiendo diferentes soluciones posibles.

¹⁷ Algunos autores también consideran dentro de los modelos de capital intelectual el Valor Económico Añadido (EVA) propuesto por STERN STEWART, así como el Valor de Mercado Añadido (BONTIS, 2001; RODOV y LELIAERT, 2002).

¹⁸ Los modelos de capital intelectual propuestos que podemos encontrar exceden de los citados en este trabajo; ya que como comenta BONTIS (2001: 57): «[...] existen docenas de modelos personalizados que son diseñados para servir sólo a una organización –generalmente, la que lo diseña–».

cambios que se están produciendo dentro de la misma o en su entorno y la forma en que pueden afectarle. Las capacidades esenciales pueden transformarse en rígidas o en «competencias trampas» que dificultan la innovación más que promoverla. La empresa, por tanto, debe evitar caer en un proceso de inercia con competencias rígidas (LEONARD-BARTON, 1992).

Por otro lado, además de vincular la última fase de la cadena de valor del conocimiento con la primera, debemos tener en cuenta que la gestión del conocimiento no culmina en la medición de los activos, al ser el objetivo último incidir en la *performance*. Además el éxito de este proceso no depende exclusivamente de las fases analizadas, ya que también se ve afectado por una serie de factores internos de la organización e incluso por factores de carácter sectorial y de política nacional.

La visión de la empresa basada en los recursos presupone que la persistencia de una *performance* diferenciada entre las organizaciones que operan en el mismo sector viene explicada, en parte, por la heterogeneidad en la dotación de recursos estratégicos y por la movilidad imperfecta de los mismos (BARNEY, 1991, 2001; PETERAF, 1993). En esta línea, LÖÖF y HESHMATI (2002) concluyen que el capital de conocimiento se perfila como el factor que contribuye a la heterogeneidad de la *performance* entre las empresas. Este capital se incrementa con el conocimiento generado internamente y también con el internalizado a partir de las relaciones de cooperación en sus distintas vertientes con otras instituciones. Así pues, el conocimiento tecnológico despunta como el recurso estratégico más importante para la consecución de esa *performance* superior. No obstante, siguiendo a NONAKA y TEECE (2001), un importante reto de la investigación en términos de gestión del conocimiento sigue siendo la vinculación empírica de estos activos con la *performance* de la empresa. Este análisis puede realizarse de forma directa e indirecta, habiéndose planteado en la literatura ambas posibilidades, fundamentalmente, de forma independiente.

En la literatura sobre gestión de conocimiento podemos encontrar estudios que vinculan de forma directa diversas medidas de conocimiento tecnológico individualmente consideradas con la *performance*. No obstante, no se han podido extraer resultados concluyentes respecto a la relación planteada, al observarse relaciones positivas, negativas y no significativas entre estas variables (e.g. ALLEN y PHILLIPS, 2000; ORDÓÑEZ, 2002; KOTABE, SRINIVASAN y AULAKH, 2002; CARAYANNIS y ALEXANDER, 2002; CUI y MAK, 2002; DRÖGE, CLAYCOMB y GERMAIN, 2003).

Las divergencias existentes en los estudios analizados podrían venir explicadas por no considerar la influencia de las características implícitas de los activos de conocimiento. En este sentido, algunos planteamientos teóricos ponen de relieve las diferencias existentes entre los activos de conocimiento según su grado de codificación. Sin embargo, empíricamente, este aspecto no ha recibido suficiente atención en la literatura, por lo que algunos investigadores comienzan a plantearse si el grado de codificación del conocimiento tecnológico incide en la mejora de la *performance* de la empresa (CHOI y LEE, 2003; EDMONDSON *et al.*, 2003). Siguiendo estos planteamientos, en esta investigación consideramos importante diferenciar el grado de codificación de los activos de conocimiento en la relación directa existente entre conocimiento tecnológico y *performance*. Por tanto, enunciaremos la siguiente hipótesis:

H.5. Los activos de conocimiento tecnológico inciden directamente en la performance de la empresa, pudiendo ser esta incidencia diferente en función del carácter tácito o explícito del conocimiento.

En la literatura, también encontramos planteamientos teóricos y algunos trabajos empíricos que consideran que la relación entre la gestión del conocimiento y la *performance* no es directa, sino indirecta a través de la aplicación del conocimiento. En esta línea, BALKIN, MARKMAN y GÓMEZ-MEJÍA (2000) consideran la innovación como la aplicación del conocimiento que permite alcanzar una mayor *performance*. Estos autores señalan que la capacidad para llevar a cabo innovaciones tecnológicas tiene el potencial de convertirse en un recurso estratégico que incrementa la probabilidad de generar mayores beneficios. De igual forma, ROBERTS (1999), HALL y BAGCHI-SEN (2002) y BAYUS, ERICKSON y JACOBSON (2003) descubren que la innovación en productos incide positivamente en la rentabilidad empresarial. Así pues, los estudios consideran que la innovación refleja la materialización de los activos de conocimiento tecnológico en nuevos productos y procesos, y supone un resultado intermedio que representa la capacidad para generar rentas a partir de dichos activos.

En esta línea, GRANT y BADEN-FULLER (2004) igualan exploración con generación de conocimiento y explotación con aplicación del conocimiento. De esta forma, si bien la creación de conocimiento puede generar beneficios potenciales, sólo son materializados cuando existe una aplicación eficiente del conocimiento (DRÖGE, CLAYCOMB y GERMAIN, 2003). Estas ideas son apoyadas por los planteamientos de RAY, BARNEY y MUHANNA (2004: 26) cuando afirman que «[...] las empresas que fracasan al aplicar eficiente y eficazmente sus recursos y capacidades dentro de un proceso de negocio no pueden esperar hacer efectiva la ventaja competitiva potencial de esos recursos. Aunque estos recursos pueden tener el potencial para generar ventajas competitivas en un período de tiempo, dicho potencial sólo puede alcanzarse si son usados en un proceso de negocio [...], donde su valor pueda ser reconocido».

De esta forma, podemos considerar que los activos de conocimiento analizados son *inputs* (recursos y capacidades potenciales) para la empresa, que pueden no tener un reflejo en la creación de valor si no se materializan, es decir, si no existe una aplicación real del conocimiento tecnológico obtenido por la empresa. Tal como señalan ZAHRA y GEORGE (2002), la empresa no puede explotar conocimiento sin obtenerlo primero. No obstante, sí puede suceder que ciertas organizaciones desarrollen habilidades de obtención de conocimiento pero no sean capaces de explotarlo. Por tanto, una alta capacidad potencial no implica necesariamente una mejor *performance*. En esta línea, surge la relación indirecta entre conocimiento tecnológico y *performance*, ya que como señalan algunos autores, si bien la capacidad potencial es la primera fuente de mejora de la *performance*, es la capacidad realizada de la empresa mediante la innovación en procesos y productos la que probablemente se manifieste en la *performance* corporativa. Sobre la base de los planteamientos anteriores, en la presente investigación planteamos la siguiente hipótesis respecto a la relación entre conocimiento tecnológico y *performance*:

H.6. Los activos de conocimiento tecnológico inciden indirecta y positivamente en la performance de la empresa, a través de la innovación.

3. LOS ACTIVOS DE CONOCIMIENTO TECNOLÓGICO EN LAS EMPRESAS INDUSTRIALES ESPAÑOLAS

El presente apartado tiene por objeto analizar el grado de utilización de los activos de conocimiento organizativo tecnológico en las empresas industriales españolas, realizado a partir de la información contenida en la Encuesta sobre Estrategias Empresariales, relativa a los años 1998-2000.

Determinación de la muestra

En los diversos trabajos empíricos revisados, se observa que una de las principales dificultades en el estudio de la innovación reside en la escasa evidencia sobre la composición de los activos de conocimiento tecnológico, debido principalmente a la gran dificultad que supone obtener información respecto a las diversas medidas de este activo para un conjunto de empresas representativas de una población, y para un período de tiempo lo suficientemente amplio como para alcanzar conclusiones extrapolables. Esta complicación ha sido mayor en España, debido a la ausencia de bases de datos que permitieran analizar las medidas de forma individual y no por agregados sectoriales. No obstante, a partir de 1998 la Encuesta Sobre Estrategia Empresariales incluyó en su cuestionario un conjunto de afirmaciones que, con carácter anual, permiten aproximar la realidad de la empresa industrial española respecto a su capacidad para generar y aplicar conocimiento tecnológico.

Por todo ello, para la realización de este estudio, partimos de las 1.870 empresas industriales que respondieron a la Encuesta sobre Estrategias Empresariales en el año 2000. La elección del período muestral se justifica, como ya se ha señalado, por la incorporación a dicha encuesta en el año 1998 de una serie de ítem que nos permiten aproximar un conjunto de recursos y capacidades no identificadas en estudios precedentes. La necesidad de contar con una muestra de empresas comunes a todo el horizonte temporal (1998-2000) nos llevó a eliminar 362 empresas. A continuación, consideramos oportuno no incorporar aquellas empresas que no tuviesen a lo largo del período un carácter societario, eliminando de la muestra un total de 26 organizaciones que se constituían bajo la forma jurídica de empresario en todo el período considerado. Finalmente, se eliminaron 38 empresas de las que no se dispone de información respecto a las variables relevantes del estudio. Con todo ello, la muestra final queda constituida por un panel balanceado de 1.444 empresas en el período (1998-2000), lo que supone un total de 4.332 observaciones.

3.1. Identificación y medición de los activos de conocimiento organizativo tecnológico.

La obtención de variables *proxies* de conocimiento organizativo tecnológico constituye un reto en la investigación. Tal y como se ha comentado, si bien este aspecto ha sido abordado en el ámbito teórico, en el ámbito empírico son pocos los trabajos que presentan medidas de los activos de conocimiento (NONAKA y TEECE, 2001). Por tanto, la consecución del primer objetivo planteado supone la identificación de variables representativas de los recursos de conocimiento tecnológico con diferente grado de codificación y forma de obtención. Además, se precisa la identificación de

capacidades de conocimiento tecnológico que permitan la integración de los recursos en aras de conducir a la ventaja competitiva. Por ello, a partir de la información recopilada en la ESEE, procedemos a obtener las medidas *proxies* de conocimiento tecnológico explícito y tácito. En este sentido, tras la validación de contenido realizada a partir de la revisión de la literatura teórica y empírica, los *ítem* del cuestionario que consideramos representativos de los activos de conocimiento tecnológico se recogen en el **anexo I**.

Recursos de conocimiento tecnológico explícito

El conocimiento tecnológico explícito puede ser considerado a través de dos variables que hacen referencia a dos formas diferentes de acceder al mismo: mediante su generación interna y a través de su adquisición en los mercados.

En primer lugar, consideraremos los derechos de propiedad industrial (patentes, modelos de utilidad) como variable representativa del conocimiento tecnológico explícito generado, tal y como señalan, entre otros autores, NONAKA, TOYAMA y NAGATA (2000), PATEL y PAVITT (1997). De esta manera, a partir de los *ítem* recogidos en la ESEE, representamos la *propiedad industrial* a través de la siguiente variable:

- **ProInd**: variable dicotómica que refleja la generación de propiedad industrial por la empresa en cada período. Esta variable adopta el valor 1 si la empresa registra patentes en España, registra patentes en otros países o registra modelos de utilidad en el año, y el valor 0 en caso contrario.

La segunda variable *proxy* del conocimiento tecnológico explícito está vinculada a la primera, pues supone la adquisición del conocimiento desarrollado por otras organizaciones. Es decir, el conocimiento tecnológico puede ser adquirido del exterior mediante las licencias de derechos de propiedad intelectual (NONAKA, TOYAMA y NAGATA, 2000). Por tanto, las licencias se constituyen como medio de adquisición de conocimiento para unas empresas y medio de obtención de rentas del conocimiento generado para las empresas que las conceden. Esta dimensión es aproximada en esta investigación de la siguiente forma:

- **DPagLic**: variable de carácter dicotómico que adopta el valor 1 si la empresa manifiesta haber adquirido licencias del exterior en cada año, y 0 en caso contrario.

Recursos y capacidades de conocimiento tecnológico tácito

Los activos de conocimiento tecnológico tácito han sido estudiados en trabajos precedentes, básicamente, a través de la inversión en investigación y desarrollo (I+D) como medida única y tradicional del conocimiento tecnológico. Esto es debido a que, además de constituir un claro *input* del

proceso de generación del conocimiento tecnológico, es el dato más disponible de las empresas respecto a esta decisión estratégica, especialmente en las empresas americanas, ya que éstas vienen obligadas a informar de dicha inversión cuando supone más de un 5% de las ventas; mientras que las empresas españolas no tienen obligación de comunicar esta información a ningún organismo institucional, quedando a discrecionalidad de la empresa su divulgación.

Por todo ello, si bien, como indican NICHOLLS-NIXON y WOO (2003: 657), pocos «[...] estudios previos han distinguido entre inversión en investigación y desarrollo interna y externa», en este trabajo, al disponer de dicha información, consideramos relevante analizar ambas variables de forma diferenciada. En esta línea, el esfuerzo inversor en I+D externo puede analizarse como una fuente de adquisición de conocimiento tecnológico. De esta forma, a partir de la información contenida en la ESEE, medimos las siguientes variables:

- *Esfuerzo inversor en investigación y desarrollo interno (IDint/v)*: medida como la inversión en investigación y desarrollo interno en relación con las ventas de la empresa en cada año.
- *Esfuerzo inversor en investigación y desarrollo externo (IDext/v)*: medida como la inversión en investigación y desarrollo contratada con el exterior en relación con las ventas de la empresa en cada año.
- *Actividad mixta de investigación y desarrollo (ActIDmix)*: medida como una variable *dummy* que adopta el valor 1 cuando la empresa realiza inversión en I+D interno e I+D externo, y 0 en otro caso.

Además, respecto a los activos de conocimiento tecnológico de carácter tácito, creemos necesario obtener otras variables adicionales que representen este tipo de activos. Concretamente, tras la revisión teórica y empírica realizada, consideramos que los ítem de la ESEE engloban información que permite obtener otras medidas *proxies* de recursos y capacidades de conocimiento tecnológico tácito no analizadas en estudios precedentes. Tres de estas dimensiones se asociarían con recursos de conocimiento de carácter tácito y dos representarían capacidades potenciales de conocimiento.

Para la verificación de esta presunción, llevamos a cabo un análisis factorial de correlaciones confirmatorio incluyendo los ítem de la encuesta recogidos en el **anexo I**, excluidos aquellos que se corresponden con medidas de conocimiento tecnológico definidas e identificadas anteriormente. Los resultados del análisis factorial de correlaciones ¹⁹ realizado para cada uno de los años, 1998-2000,

¹⁹ Se ha realizado un análisis factorial de correlaciones con rotación varimax.

aparecen en el **cuadro 2**. Dichos resultados verifican la adecuación de este análisis tanto por ser el índice KMO ²⁰ superior a 0,87 en todos los años del estudio, como porque el test de esfericidad de Bartlett verifica la existencia de correlaciones entre los *ítem*. Las correlaciones existentes entre los factores y los diferentes *ítem*, expresadas a través de las cargas factoriales, se presentan significativas por cuanto en su mayoría se sitúan en unos niveles superiores al 0,5.

En relación con los resultados del análisis factorial, que pasamos a comentar, debemos destacar la estabilidad de todos los *ítem* que conforman los cinco factores en cada uno de los tres años analizados (1998-2000), coincidiendo con las dimensiones teóricas que esperábamos observar (véase **cuadro 2**).

F.I. *Capacidad de vigilancia tecnológica*: este factor se encuentra definido, en todos los años, por tres *ítem* de conocimiento tecnológico: la evaluación de tecnologías alternativas, la evaluación del cambio tecnológico y la contratación de asesores externos como mecanismo de obtención de información sobre tecnología. De esta forma, el factor pone de manifiesto la importancia de la capacidad de análisis de toda la información necesaria respecto al conocimiento tecnológico que existe en su entorno, que debe ser completada con la consideración de qué conocimiento posee la empresa, qué conocimiento necesita adquirir y cómo puede conseguirlo (HIDALGO, 1999; PALOP y VICENTE, 1999; BUENO, ORDÓÑEZ y SALMADOR, 2003).

F.II. *Capacidad de gestión tecnológica*: engloba la existencia de una dirección del conocimiento tecnológico, la elaboración de una planificación y la medición de los resultados obtenidos en este proceso de gestión. Este factor es reflejo de una capacidad potencial, necesaria para que el proceso de gestión del conocimiento sea eficiente y pueda plasmarse, posteriormente, en una capacidad realizada. En sí mismo, supone explicitar la importancia de la existencia en la organización de una estrategia global de gestión del conocimiento tecnológico (AKHTER, 2003; GALENDE y DE LA FUENTE, 2003).

F.III. *Alianzas de capital*: formado por seis *ítem* –*Joint venture*, participación en empresas de desarrollo tecnológico, alianzas de tecnología con la universidad, proyectos de la UE y alianzas con los competidores. Como puede observarse, este factor hace referencia a la adquisición de conocimiento tecnológico mediante el establecimiento de acuerdos de colaboración con otras organizaciones que suponen para la empresa un importante compromiso, en términos de recursos financieros y de implicación de toda la organización en aras de adquirir conocimiento protegiendo sus capacidades esenciales del resto.

²⁰ Para validar la viabilidad de la realización del análisis de correlaciones se calcularon dos estadísticos: el test de esfericidad de Bartlett y el test de Kaiser-Mayer-Olkin (KMO). Si el primero adopta valores bajos se debería cuestionar la utilización de cualquier tipo de análisis factorial, ya que significaría la práctica inexistencia de correlación entre los *ítem*. Por otra parte, el test KMO mide la idoneidad de los datos para realizar un análisis factorial.

**CUADRO 2. ANÁLISIS FACTORIAL DE CORRELACIONES: ACTIVOS
DE CONOCIMIENTO TECNOLÓGICO**

	1998			1999			2000		
Índice KMO			0,881			0,877			0,869
Esfericidad de Bartlett		7.880,599	(0,000)		8.118,719	(0,000)		8.552,676	(0,000)
FACTORES	Valor propio	Comuna- lidad	Carga factorial	Valor propio	Comuna- lidad	Carga factorial	Valor propio	Comuna- lidad	Carga factorial
F.I: Capacidad de vigilancia tecnológica (CapVig)	2,085			2,135			2,153		
Eval. tecnol. alter.		,833	,862		,833	,874		,837	,872
Eval. camb. tecnol.		,732	,787		,751	,816		,792	,831
Asesor		,418	,527		,414	,558		,415	,554
% de varianza explicada			13,901			14,230			14,353
F.II: Capacidad de gestión tecnológica (CapGes)	1,800			1,914			2,152		
Planificación ID		,923	,841		,961	,883		,953	,891
Dirección ID		,650	,619		,641	,601		,677	,672
Medir innovación		,480	,559		,443	,548		,462	,577
% de varianza explicada			12,000			12,758			14,347
F.III: Alianzas de capital (AliCap)	1,440			1,555			1,355		
Joint ventures		,337	,537		,464	,653		,366	,558
Part. E. ^a desar. tecnol. .		,330	,515		,249	,459		,337	,549
Alianzas universidad ..		,384	,384		,168	,393		,223	,410
Proyectos inversión UE		,154	,370		,397	,392		,377	,348
Alianzas competidores .		,169	,369		,177	,368		,106	,255
% de varianza explicada .			9,597			10,368			9,036
F.IV: Alianzas colaboración (AliCol)	1,208			1,310			1,164		
Alianzas proveedores .		,845	,795		,905	,832		,643	,666
Alianzas clientes		,525	,503		,502	,490		,678	,612
% de varianza explicada			8,053			8,733			7,758
F.V: Contratación personal cualificado (ConPer)	0,831			1,131			1,197		
Personal exp. empr.		,415	,590		,999	,969		,999	,964
Personal exp. prof.		,170	,394		,140	,261		,156	,347
% de varianza explicada			5,539			7,541			7,982
% Total de varianza explicada			49,089			53,631			53,475

FUENTE: *Elaboración propia.*

F.IV. *Alianzas de colaboración*: también hace referencia a las alianzas como recurso de conocimiento tácito pero, en este caso, las mismas no conllevan un compromiso ni una implicación tan sustancial por parte de la empresa como el factor anterior. Las alianzas de colaboración están constituidas por los acuerdos tendentes a la colaboración tecnológica de la empresa con sus clientes o con sus proveedores.

Por último, el quinto factor, F.V. *Contratación de personal cualificado*, está constituido por dos ítem: la contratación de personal con experiencia profesional y la contratación de personal con experiencia empresarial en tecnología. Este factor representa otro recurso de adquisición de conocimiento tácito, que facilita la transferencia de conocimiento de otras organizaciones y su aplicación mediante la incorporación del conocimiento de los individuos con experiencia contratados.

Así pues, a la luz de los resultados alcanzados, podríamos realizar la siguiente clasificación de los activos de conocimiento tecnológico utilizados por las empresas industriales españolas (véase cuadro 3).

CUADRO 3. MEDIDAS DE CONOCIMIENTO TECNOLÓGICO IDENTIFICADAS

<i>Recursos conocimiento explícito</i>
• Generado: propiedad Industrial
• Adquirido: pagos por Licencias
<i>Recursos conocimiento tácito</i>
• Alianzas de capital
• Alianzas de colaboración
• Contratación de personal cualificado
<i>Esfuerzo inversor en I+D</i>
• Interno
• Externo
<i>Capacidades potenciales conocimiento</i>
• Capacidad de vigilancia tecnológica
• Capacidad de gestión tecnológica

FUENTE: *Elaboración propia.*

En síntesis, como variables *proxies* de conocimiento tecnológico explícito se han considerado la propiedad industrial y el pago de licencias, representativas del conocimiento generado y adquirido, respectivamente. Los recursos de carácter eminentemente tácito quedan representados por tres

variables: las alianzas de capital; las alianzas de colaboración tecnológica con clientes y proveedores y una variable representativa de la contratación de personal cualificado con experiencia en el campo tecnológico. En relación con las alianzas, en nuestra investigación parece confirmarse empíricamente la utilización de formas de colaboración alternativas, que se distinguen en el grado de formalización y compromiso que implican, tal y como señalan diversos autores como DAS, SEN y SENGUPTA (1998); ROLLAND y CHAUVEL (2000) ²¹ y CONTRACTOR y RA (2002). Las capacidades potenciales de conocimiento son aproximadas por dos variables: la capacidad de vigilancia y la capacidad de gestión tecnológica.

3.2. Grado de utilización de los activos de conocimiento tecnológico en las empresas industriales españolas.

Una vez determinadas las variables representativas de los activos de conocimiento tecnológico en las empresas industriales españolas, en el **cuadro 4** se presentan los datos relativos al grado de utilización de estos activos estratégicos en el período 1998-2000 ²².

En primer lugar, las empresas industriales españolas parecen recurrir en mayor medida a los recursos de conocimiento tácito que a los explícitos. Así, el conocimiento explícito generado (propiedad industrial) es uno de los mecanismos de adquisición de conocimiento menos utilizados por las empresas ²³. Los datos muestran que en España las empresas recurren en mayor medida al registro de patentes que al registro de modelos de utilidad, que protegen las invenciones de menor rango (VALLE, 2002). En segundo lugar, también se pone de manifiesto la tendencia de las empresas españolas a importar el conocimiento tecnológico (pagos por licencias), mecanismo utilizado por un 12% de las empresas industriales en los tres años considerados; de lo cual se deriva que, fundamentalmente, adquieren el conocimiento explícito del exterior (licencias, 12,03%) en lugar de generarlo internamente (*e.g.* patentes registradas en España, 6,14%).

En relación con los recursos de conocimiento tácito, la contratación de personal cualificado es el mecanismo que presenta una menor utilización relativa, observándose, además, una cierta estabilidad en la misma. Por el contrario, un 27,22% de las empresas industriales españolas recurren al establecimiento de algún tipo de alianzas tecnológicas de capital. Dentro de este tipo de alianzas, predominan los acuerdos de colaboración con universidades y centros tecnológicos. Por otra parte, se observa un ligero incremento del porcentaje de empresas que ha participado en otras empresas al objeto de

²¹ ROLLAND y CHAUVEL (2000) distinguen tres tipos de alianzas: 1) contractuales, se resumen en relaciones contractuales que ignoran parcialmente el control jerárquico debido a la carencia de dependencia estructural, 2) *joint ventures*, los socios se involucran directamente en la creación de una entidad conjunta y, 3) alianzas de capital, que no implica una nueva entidad pero sí un serio compromiso por ambas partes.

²² Hay que señalar que, del total de empresas que configuran la muestra, sólo un 41,62% de las mismas no realiza o posee alguno de los activos de conocimiento tecnológico identificados; porcentaje que se mantiene estable para los tres años analizados. Sin embargo, el resto, un 58,38%, utilizan al menos una de las medidas *proxy* de conocimiento consideradas.

²³ Este grado de utilización de los derechos de propiedad industrial en las empresas españolas contrasta con la utilización realizada de este mecanismo por empresas de otros países, especialmente Japón y Estados Unidos.

obtener innovaciones tecnológicas, si bien este mecanismo sigue siendo de los menos utilizados por las empresas españolas. Las alianzas de colaboración, utilizadas por un 23,40% de las empresas industriales, presentan una evolución creciente en los tres años considerados, siendo la utilización de los acuerdos tecnológicos, tanto con proveedores como con clientes, relativamente importante.

CUADRO 4. GRADO DE UTILIZACIÓN DE LOS ACTIVOS DE CONOCIMIENTO TECNOLÓGICO EN LAS EMPRESAS INDUSTRIALES ESPAÑOLAS, 1998-2000

	1998		1999		2000		Medio
	N	%	N	%	N	%	%
Propiedad Industrial							
• Registró patentes en España	93	(6,44)	82	(5,68)	91	(6,30)	(6,14)
• Registró patentes en el extranjero ..	64	(4,43)	61	(4,22)	56	(3,88)	(4,18)
• Registró modelos de utilidad	51	(3,53)	41	(2,84)	42	(2,91)	(3,09)
Pagos por Licencias							
• Realizó pagos por licencias extranjeras	178	(12,33)	173	(11,98)	170	(11,77)	(12,03)
Alianzas de Capital							
• Colaboración con Universidades y/o centros tecnológicos	337	(23,34)	336	(23,27)	333	(23,06)	(23,22)
• Colaboración tecnológica con competidores	39	(2,70)	45	(3,12)	42	(2,91)	(2,91)
• Joint ventures	75	(5,19)	75	(5,19)	72	(4,99)	(5,12)
• Participó en empresas que desarrollan innovación tecnológica	96	(6,65)	99	(6,86)	104	(7,20)	(6,90)
• Participó en algún programa de investigación de la UE	23	(1,59)	26	(1,80)	29	(2,01)	(1,80)
Alianzas de Colaboración							
• Colaboración tecnológica con clientes	255	(17,66)	276	(19,11)	274	(18,98)	(18,58)
• Colaboración tecnológica con proveedores	325	(22,51)	337	(23,34)	339	(23,48)	(23,11)
Contratación Personal Cualificado							
• Contratar personal con experiencia profesional en tecnología	35	(2,42)	33	(2,29)	29	(2,01)	(2,24)
• Contratar personal con experiencia empresarial en tecnología	102	(7,06)	90	(6,23)	102	(7,06)	(6,78)

	1998		1999		2000		Medio
	N	%	N	%	N	%	%
Capacidad de Gestión tecnológica							
• Dirección de tecnología	350	(24,24)	348	(24,10)	355	(24,58)	(24,31)
• Planificación de la innovación	368	(25,48)	367	(25,42)	365	(25,28)	(25,29)
• Medición de resultados	250	(17,31)	235	(16,27)	248	(17,17)	(16,92)
Capacidad de Vigilancia Tecnológica							
• Contratar asesores/expertos para informarse sobre tecnologías	333	(23,06)	349	(24,17)	354	(24,52)	(23,92)
• Evaluar tecnologías alternativas	433	(29,99)	453	(31,37)	463	(32,06)	(31,14)
• Evaluar perspectivas de cambio tecnológico	475	(32,89)	498	(34,49)	484	(33,52)	(33,63)
Inversión Investigación y Desarrollo							
• Realizó gastos de ID externo	342	(23,68)	370	(25,62)	349	(24,17)	(24,49)
• Realizó gastos de ID interno	510	(35,32)	510	(35,32)	490	(33,93)	(34,86)
Total	1.444		1.444		1.444		

FUENTE: Elaboración propia.

En el **cuadro 4** se pone de relieve, además, la importancia de la inversión en I+D como principal activo de conocimiento tecnológico usado por las empresas. No obstante, se observa una diferencia entre la inversión en I+D realizada internamente por la empresa y la contratada. Así, en promedio, un 34,86% de las organizaciones recurren a lo largo de los tres años a la inversión en I+D interna, mientras que sólo un 24,49% contratan esta actividad. En esta línea, comprobamos que un 80,52% de las empresas que contratan externamente actividades de I+D también realizan inversión interna y sólo un 19,5% de las empresas acuden exclusivamente a la contratación externa. Este resultado pone de manifiesto la importancia de la inversión en I+D y la necesidad de su generación interna, así como la diferencia conceptual entre investigación y desarrollo realizado internamente y contratado. De este modo, lo más frecuente es la contratación externa y la realización interna de este tipo de actividades de forma simultánea, al conjugar la adquisición de conocimiento con la capacidad de asimilación e integración del mismo (un 57,34% de las empresas invierten en ambos). Por tanto, se podría considerar que estos mecanismos no son sustitutivos sino complementarios.

En relación con las medidas de capacidades potenciales de conocimiento, debemos destacar la importancia relativa que adquieren tanto la capacidad de vigilancia (40,23%) como la de gestión (30,88%). Este hecho permite resaltar la necesidad de considerar nuevas medidas aproximadas de

conocimiento tecnológico, no disponibles antes de 1998 ²⁴. Por consiguiente, a la luz de los resultados obtenidos puede concluirse que las empresas industriales españolas no recurren a los mismos mecanismos de adquisición de conocimiento tecnológico.

4. ACTIVOS DE CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN

El objetivo del presente apartado se centra en presentar los resultados del estudio empírico realizado con el objeto de contrastar las hipótesis H.1 a H.4, que tratan de analizar la incidencia de los activos de conocimiento tecnológico en la capacidad innovadora de las empresas industriales españolas. Así, la capacidad de innovación se presenta como una función de las variables representativas de los recursos y capacidades de conocimiento tecnológico identificados y comentado en los apartados anteriores. Asimismo, la muestra utilizada es la comentada en el apartado precedente.

4.1. Especificación del modelo.

Este estudio se aborda a través de la estimación de un modelo de elección binaria de panel; concretamente, un modelo *Logit* binomial de panel, debido a la consideración de un período muestral de tres años y al carácter dicotómico de la medida *proxy* de la capacidad de innovación. La estimación del modelo *Logit* binomial de panel se realiza utilizando el paquete econométrico *STATA 8.0*, presentándose los estadísticos descriptivos de las variables en el **anexo II**.

La variable endógena de este modelo viene dada por la capacidad de innovación (**Innova**) ²⁵, la cual es aproximada a través de una variable de carácter dicotómico, que adopta el valor 1 si la empresa manifiesta haber obtenido al menos una innovación en productos y/o procesos para cada año, y 0 en caso contrario. En el caso de las empresas industriales españolas, tal y como se observa en el **cuadro 5**, de las 1.444 empresas que constituyen la muestra, un 48,34% de las mismas realizaron innovaciones en el año 2000. En el año 1999, la situación es similar, destacando el primer año del estudio (1998) al representar las empresas que obtienen algún tipo de innovación el 51,32% de la muestra. Esto pone de relieve la importancia de la innovadora en las empresas españolas, ya que casi el 50% de las mismas consigue a lo largo de todo el período materializar sus activos de conocimiento tecnológico en al menos una innovación.

²⁴ Si bien no contamos con un período de tiempo suficientemente largo para determinar con mayor exactitud la tendencia de estas medidas, podemos señalar que en el período considerado mantienen o incrementan ligeramente su importancia relativa.

²⁵ La innovación ha sido aproximada en los diversos trabajos bien por el lado de los *inputs* o por el de los *outputs* (productos y procesos), dependiendo del objetivo del estudio y de la disponibilidad de los datos. En este trabajo, al considerar que la innovación como capacidad realizada vinculada con un resultado final (ZAHRA y GEORGE, 2002; WINTER, 2003), que se basa en la utilización eficiente de unos *inputs*, aproximamos dicho concepto desde la vertiente del *output*.

CUADRO 5. LA CAPACIDAD DE INNOVACIÓN EN LAS EMPRESAS INDUSTRIALES ESPAÑOLAS, 1998-2000

	1998		1999		2000	
	N	(%)	N	(%)	N	(%)
Capacidad Innovación (Innova) (en productos y/o procesos)	741	(51,32)	697	(48,27)	698	(48,34)
• Capacidad Innovación en productos (InvProd) .	412	(55,60)	419	(60,11)	422	(60,46)
• Capacidad Innovación en procesos (InvProc) .	578	(78,00)	532	(76,32)	536	(76,79)
• Capacidad Innovación en productos y en procesos	258	(34,81)	254	(36,44)	260	(37,25)
Total empresas	1.444		1.444		1.444	

FUENTE: *Elaboración propia.*

La probabilidad de que una empresa manifieste una capacidad de innovación derivada de la gestión de sus activos de conocimiento tecnológico se analiza mediante la estimación de modelos sucesivos, en los que se van incorporando las variables que permiten el contraste de las hipótesis planteadas. Como variables explicativas se incluyen todas las *proxies* de los activos de conocimiento tecnológico identificadas, distinguiendo en función del grado de codificación entre activos de carácter explícito, tácito y capacidades, así como la inversión en I+D. Como variables de control se consideran en el análisis las diferencias interindustria, tales como las oportunidades tecnológicas y económicas, la apropiabilidad de los resultados o la concentración de mercado en los distintos sectores a los que pertenecen las empresas se consideran a través de la introducción de 20 **dummies sectoriales**²⁶; la rentabilidad económica específica retardada (**ROAesp₋₁**) determinada como la rentabilidad económica de la empresa ajustada por la del sector; la antigüedad de la empresa (**Edad**) y su tamaño medido por el logaritmo del número de empleados (**LogPer**). La especificación del modelo final presenta la siguiente forma:

$$y_{i,t}^* = \alpha + \sum_{j=1}^2 \beta_j \text{Rec. Conoc. Explíc.}_{i,t-1} + \sum_{j=3}^5 \beta_j \text{Rec. Conoc. Tácit.}_{i,t} + \\ + \sum_{j=6}^7 \beta_j \text{Cap. Conoc.} + \beta_8 \text{Interacción}_{i,t} + \sum_{j=9}^{12} \beta_j \text{ID}_{i,t} + \sum_{j=13}^{17} \beta_j \text{Control} + v_{i,j}$$

$$i = 1, \dots, 1.444 \quad t = 1998, \dots, 2000 \quad [1]$$

$$y_{i,t} = \begin{cases} 1 & \text{si } y_{i,t}^* > 0 \\ 0 & \text{en caso contrario} \end{cases}$$

²⁶ La introducción de *dummies* sectoriales como representativas de las características diferenciadoras de los sectores ha sido considerada, entre otros autores, por CASSIMAN (1999) y GALENDE y DE LA FUENTE (2003).

$$\begin{aligned}
Rec. Conoc. Explíc._{i,t-1} &= \int (ProInd_{i,t-1}, PagLic_{i,t-1}) \\
Rec. Conoc. Tácit._{i,t} &= \int (AliCap_{i,t}, AliCol_{i,t}, ConPer_{i,t}) \\
Cap. Conoc._{i,t} &= \int (CapGes_{i,t}, CapVig_{i,t}) \\
ID_{i,t} &= \int (ActIDmix_{i,t}, IDint/v_{i,t}, IDint/v_{i,t}^2, IDext/v_{i,t}) \\
Control_{i,t} &= \int (Sectores_{i,t}, ROAesp_{i,t-1}, LogPer_{i,t}, Edad_{i,t})
\end{aligned}$$

4.2. Activos de conocimiento e innovación: resultados.

Los resultados de la estimación del modelo *Logit* binomial de panel aparecen en el **cuadro 6**. En dicho cuadro se recogen también las medidas de bondad de ajuste del modelo y el grado de efectividad del mismo aproximado por el porcentaje de predicciones correctas. El *modelo I* refleja una incidencia diferenciada de los activos de conocimiento explícito en la probabilidad de que la empresa innove. La relación entre los recursos de conocimiento explícito generados (propiedad industrial) y la probabilidad de innovar es positiva, aunque no significativa. Por el contrario, la innovación se ve afectada negativamente, aunque tampoco de forma significativa, por el hecho de que la empresa adquiera el conocimiento explícito del exterior (pagos por licencias).

En el caso de los recursos de conocimiento tácito, se pone de manifiesto una relación positiva y significativa entre las distintas medidas *proxies* de este tipo de recursos y la probabilidad de innovar de la empresa. De manera que la contratación de personal cualificado, el establecimiento de alianzas de colaboración con otras organizaciones y la participación de la empresa en alianzas de capital como mecanismo de adquisición y aplicación de conocimiento tecnológico incrementan la innovación.

De igual forma, se comprueba la existencia de una relación significativa y positiva entre las diferentes *proxies* de capacidades potenciales de conocimiento, esto es, la capacidad de gestión y la vigilancia tecnológica, en la probabilidad de que la empresa industrial española innove. Por su parte, tal y como se esperaba, la realización de actividades de investigación y desarrollo incide positiva y significativamente en la probabilidad innovadora de la empresa, mientras que no resulta significativa la inversión realizada mediante su contratación externa. Además, la variable que mide la interacción del I+D interno y externo (*actidmixta*) incide de forma positiva y significativa en la probabilidad de innovar.

CUADRO 6. PROBABILIDAD DE INNOVAR

Dep: Innova, que adopta el valor 1 si la empresa manifiesta haber obtenido al menos una innovación en productos y/o en procesos, y 0 en caso contrario.

Modelo *Logit* binomial de panel efectos aleatorios. Panel de 1.444 empresas, 1998-2000

		Innovación			
		Modelo I		Modelo II	
Recursos conocimiento explícito	ProInd _{t-1}	0.0600	(0.27)	0.0470	(0.21)
	DpagLic _{t-1}	-0.3076	(-1.32)	-0.2917	(-1.25)
Interacción	DpagLic*CagGes	0.0516	(0.29)	0.0545	(0.30)
Recursos conocimiento tácito	AliCap	0.2082	(2.10)**	0.1821	(1.83)*
	AliCol	0.4149	(5.42)***	0.3951	(5.00)***
	ConPer	0.2748	(3.65)***	0.2506	(3.32)***
Capacidades potenciales conocimiento	CapGes	0.8033	(9.10)***	0.7464	(8.31)***
	CapVig	0.7229	(10.54)***	0.7050	(10.27)***
Inversión Investigación y Desarrollo	Idint/v	10.1342	(1.88)*	39.2266	(3.48)***
	Idint/v ²			-240.6674	(-3.01)***
	Idext/v	-0.0063	(-0.01)	3.6087	(0.40)
	Idext/v ²			-13.5678	(-0.47)
	ActIDmix	0.7508	(3.66)***	0.6305	(2.99)***
Control	Dummies sectoriales .	Sí		Sí	
	ROAesp ₋₁	0.6594	(2.47)**	0.6742	(2.52)**
	Edad	-0.0017	(-0.43)	-0.0018	(-0.45)
	LogPer	0.3254	(5.02)***	0.3253	(5.03)***
	C	-2.3975	(-4.22)***	-2.4337	(-4.30)***
Estadístico de <i>Wald</i>		396.40***		399.25***	
Logaritmo de verosimilitud		-2253.2093		-2248.681	
Likelihood-ratio test of rho ^a (χ^2)		465.17***		460.16***	
% predicciones correctas		70.89%		71.17%	
N.º observaciones		4.321		4.321	

Estadístico *t* de *Student* entre paréntesis.

***, **, *: significativo al 1%, 5% y 10%, respectivamente.

^a rho es la proporción de la varianza total explicada por los componentes a nivel de panel. Cuando rho es 0, no existen diferencias entre los estimadores de datos panel y los estimadores de un modelo *pool* de datos.

FUENTE: *Elaboración propia.*

En aras de mejorar la calidad de los resultados alcanzados y al observar la no significatividad del esfuerzo realizado por la empresa en investigación y desarrollo ²⁷ externamente, decidimos volver a estimar el modelo planteado contrastando una posible relación curvilínea de las variables representativas de la inversión en investigación y desarrollo con la posibilidad de que una empresa obtenga innovaciones. Los resultados de la estimación del *modelo II (cuadro 6)* que introduce la modificación indicada, siguen mostrando la relación de signo contrario de los recursos de conocimiento explícito en la probabilidad de que la empresa innove. De igual forma, la interacción del conocimiento explícito adquirido (pagos por licencias) con la capacidad de gestión del conocimiento tecnológico sigue mostrando un signo positivo aunque no significativo estadísticamente ²⁸. En cuanto a los recursos de conocimiento tácito, no se observan cambios, al igual que sucede con la influencia de las capacidades potenciales que continúan incidiendo positivamente en la probabilidad de innovar.

En cuanto a la modificación introducida en este modelo, los resultados muestran la existencia de una relación curvilínea entre la intensidad de la inversión en investigación y desarrollo interno y la probabilidad de innovar. De esta forma, el esfuerzo en investigación y desarrollo realizado internamente incide primero positivamente, pero, llegado cierto nivel, el efecto pasa a ser negativo en la probabilidad de que la empresa siga innovando. Sin embargo, la intensidad de la inversión en investigación y desarrollo adquirido sigue siendo no significativa; manteniéndose el efecto positivo de la existencia de inversión interna y externa en I+D.

En relación con el resto de factores que inciden en la probabilidad de innovar, los resultados muestran una influencia positiva y significativa de la rentabilidad económica obtenida en el período anterior, es decir, cuando la empresa obtiene rentas de la aplicación de sus activos de conocimiento apuesta por continuar el proceso de gestión del conocimiento. El efecto de la pertenencia a un sector de actividad determinado, como factor que incide en la capacidad realizada de la empresa, sólo es significativamente relevante en ocho ²⁹ de los veinte sectores considerados. Por último, señalar que la antigüedad de la empresa no presenta una incidencia significativa con la probabilidad de innovar en ninguno de los modelos especificados; observándose un efecto positivo y significativo del tamaño ³⁰ en dicha probabilidad.

A continuación pasamos a comentar los resultados obtenidos en relación con las primeras cuatro hipótesis planteadas.

²⁷ DIERICKX y COOL (1989) indican que el conocimiento es un proceso que presenta deseconomías respecto al tiempo y, por tanto, la inversión de una tasa constante durante un período de tiempo determinado genera un mayor *stock* de conocimiento tecnológico que una política consistente en invertir el doble en la mitad del tiempo.

²⁸ Además de la interacción entre pagos por licencia y capacidad de gestión se han estimado los modelos considerando la interacción entre pagos por licencia y la capacidad de vigilancia, no existiendo diferencias significativas en los resultados obtenidos.

²⁹ Los sectores que ejercen una influencia significativa en la innovación son: bebidas, textiles, productos de caucho y plástico, productos metálicos, maquinaria y equipo mecánico, maquinaria y material eléctrico y electrónico, vehículos a motor y muebles.

³⁰ En relación con las variables de control, se han especificado los distintos modelos utilizando otras medidas de tamaño como número de empleados, variable categórica en niveles del número de empleados, etc., con el fin de analizar la robustez de los resultados de la incidencia de los activos de conocimiento tecnológicos en la probabilidad de manifestar una capacidad realizada, no encontrándose cambios significativos en las distintas estimaciones.

H.1. Recursos de conocimiento tecnológico explícito e innovación.

Los recursos de conocimiento explícito parecen ejercer un comportamiento diferenciado en la probabilidad de innovar según se trate de recursos de conocimiento explícito generados o adquiridos. Así, la propiedad industrial, como medida del conocimiento explícito generado, muestra un signo positivo con la probabilidad de que la empresa presente una mayor probabilidad innovadora, si bien dicha medida no resulta estadísticamente significativa. Por el contrario, la adquisición de conocimiento tecnológico explícito (pagos por licencias) *per se* presenta un signo negativo con la probabilidad de que la empresa innove, no siendo esta relación significativa. Por tanto, aunque los resultados no permiten aceptar la hipótesis uno (H.1), dada la no significatividad de las variables, éstas si parecen reflejar las relaciones halladas en investigaciones precedentes (BUSOM, 1993; DUGUET, 2000; LÖÖF y HESHMATI, 2002).

Por otra parte, con objeto de contrastar el posible efecto complementariedad entre activos de conocimiento adquiridos con la capacidad de absorción de la empresa, se ha introducido una variable interacción entre el pago por licencias, que representa el conocimiento explícito adquirido y la capacidad de gestión, si bien dicha variable no resultó significativa ³¹. Por tanto, hemos de deducir que en nuestro análisis no se percibe el citado efecto complementariedad aludido. La interacción del conocimiento explícito adquirido con las capacidades de conocimiento posibilita a la empresa obtener innovaciones. Así, se pretende poner de manifiesto que si bien la adquisición *per se* de conocimiento explícito puede incidir negativamente en la probabilidad de innovar, cuando esta adquisición tiene lugar en el seno de una política de gestión del conocimiento tecnológico influye positivamente en la probabilidad de innovar ³². En sentido, los resultados no permiten aceptar esta hipótesis dada la no significatividad de las variables, aunque el signo coincidiría con el esperado.

H.2. Recursos de conocimiento tecnológico tácito e innovación.

En cuanto a los recursos de conocimiento tácito, se observa que el establecimiento de alianzas de colaboración de carácter tecnológico con clientes y proveedores, la contratación de personal con experiencia y el establecimiento de acuerdos de colaboración, que implican un fuerte compromiso de recursos por parte de la empresa, determinan positivamente la probabilidad innovadora de la organización. Por tanto, la hipótesis dos (H.2) puede ser aceptada.

Estos resultados se suman a los de otros autores como ZAHRA y NIELSEN (2002) y KELLEY y RICE (2002), quienes también encuentran evidencias de una relación positiva de las alianzas establecidas por la organización y el número de nuevos productos desarrollados por la empresa, consecuencia de un incremento de la habilidad para identificar, asimilar y explotar el conocimiento tecnológico.

³¹ Se realizaron distintos contrastes con otras variantes de interacción, si bien los resultados fueron similares.

³² Del análisis descriptivo de los datos se observa que aproximadamente el 50,58% de las empresas industriales españolas que pagan licencias presentan una capacidad de gestión tecnológica e innovan.

H.3. Capacidades potenciales de conocimiento tecnológico e innovación.

Las capacidades potenciales de conocimiento determinan positivamente la probabilidad de que una empresa innove. Por tanto, se acepta la hipótesis tres (H.3). Tal como se puso de manifiesto anteriormente, es fundamental que la organización tenga una capacidad de análisis del entorno que le permita definir su *gap* de conocimiento. La capacidad de vigilancia del entorno tecnológico implica mantener una «ventana abierta» al desarrollo del conocimiento tecnológico que rodea a la empresa. La vigilancia mantiene fuertes conexiones con la estrategia, que resulta un elemento central del modelo de gestión del conocimiento. De esta forma, la organización debe desarrollar una capacidad de gestión que comienza en la determinación de la visión a largo plazo de la organización y el establecimiento de una estrategia a corto y medio plazo a fin de alcanzar los objetivos que se han marcado. En este modelo de gestión hay que tener presente la organización e infraestructura del proceso, creando departamentos o comités que establezcan la estrategia y elaboren el plan.

H.4. El esfuerzo inversor en investigación y desarrollo e innovación.

El esfuerzo inversor en investigación y desarrollo parece presentar una incidencia diferenciada en la probabilidad de innovar de las empresas industriales españolas según se trate de inversión desarrollada internamente o adquirida del exterior. De esta forma, el esfuerzo inversor realizado por la empresa mediante contratación presenta una relación negativa, si bien no significativa, en la innovación. Por su parte, el esfuerzo inversor en investigación y desarrollo interno incide positivamente en la innovación, hasta cierto nivel, presentando una relación no lineal, con forma de «U-invertida», en concordancia con los resultados de STOCK, GREIS y FISCHER (2001). Así, si bien, como señala PAPACONSTANTINO (1997: 6), «[...] de todas las actividades relacionadas con la innovación de la empresa –investigación y desarrollo, diseño, adquisición de patentes y licencias, contratación de personal con habilidades– los gastos en investigación y desarrollo son particularmente importantes y su volumen e intensidad ayudan a determinar tanto ganancias en productividad y éxito en los mercados internacionales», esto no se produce de forma ilimitada, sino que debemos considerar las desventajas respecto al tiempo, ya que la capacidad de la empresa no se incrementa proporcionalmente ante un aumento de los recursos destinados a esta actividad. Por tanto, los resultados permiten aceptar parcialmente la hipótesis cuatro (H.4).

No obstante, debe señalarse como resultado importante que la combinación de inversión en I+D interno y externo incide positivamente en la probabilidad de innovar. Así, en esta investigación se obtiene que si bien la cuantía destinada a inversión en I+D externo no resulta significativa, sí es cierto que la contratación de este tipo de activos de conocimiento tecnológico complementa la capacidad interna de la empresa ³³. Por tanto, se pone de manifiesto la complementariedad entre inversión interna y externa vinculada con la estrategia de la empresa, señalada por autores como VEUGELERS (1997) y CASSIMAN y VEUGELERS (2004).

³³ Esta realidad es consistente con el grado de utilización de ambas medidas comentado anteriormente, un 80,52% de las empresas que contratan externamente actividades de investigación y desarrollo también realizan inversión interna en esta actividad, y sólo un 19,5% de las empresas acuden exclusivamente a la contratación externa.

El **cuadro 7** presenta una síntesis de los resultados obtenidos en relación a las hipótesis H.1 a H.4.

CUADRO 7. RESULTADOS DEL CONTRASTE DE LAS HIPÓTESIS H.1 A H.4

	Propensión a innovar	
	Predicciones	Resultados
H.1. Recursos de conocimiento explícito		
• Generado: propiedad industrial	+	+ (ns)
• Adquirido: licencias	–	– (ns)
• Interacción Licencias*capacidad gestión	+	+
H.2. Recursos de conocimiento tácito		
• Alianzas capital	+	+
• Alianzas colaboración	+	+
• Contratación personal	+	+
H.3. Capacidades potenciales		
• Vigilancia	+	+
• Gestión		+
H.4. Inversión en investigación y desarrollo		
• Esfuerzo inversor interno	+	+/-
• Esfuerzo inversor externo	–	– (ns)
• Actividad mixta de I+D		+

FUENTE: *Elaboración propia.*

4.3. Conclusiones sobre la incidencia de los activos de conocimiento en la innovación.

En la literatura actual, diversos autores aceptan como axioma que las raíces de la ventaja competitiva de las empresas descansan en la gestión del conocimiento organizativo (FOSS y MAHNKE, 2002). La gestión de dicho conocimiento requiere que las organizaciones sean capaces de determinar qué activos de conocimiento tecnológico necesitan para competir y, por diferencia con los que ya posee, determinar la forma de obtención de los mismos: adquisición en el mercado, generación interna, acuerdos con otras organizaciones, etc. Esta decisión se verá influida por la naturaleza del conocimiento requerido, ya que el grado de codificación del conocimiento influye en todas las decisiones vinculadas con la gestión de este activo.

En este sentido, uno de los retos en el campo de la investigación en gestión del conocimiento parte de la identificación y medición de los activos de conocimiento tecnológico con diferente grado de codificación y forma de obtención, que se constituyen como ejes centrales del proceso, al ser *inputs* y *outputs* del mismo. Esta identificación ha permitido revelar la importancia relativa de los recursos de conocimiento tácito frente a los recursos de conocimiento explícito, tradicionalmente más estudiados. Asimismo, se destaca la importancia de las capacidades de conocimiento que se constituyen como motor de la ventaja competitiva de las empresas, apoyando los planteamientos de GRANT (1996), al señalar que la organización debe aplicar sus capacidades actuales para alcanzar nuevo conocimiento y reconfigurar el conocimiento para alcanzar nuevas capacidades.

Los activos de conocimiento tecnológico tácito se revelan como principales detonantes de la innovación. Los resultados del estudio son coincidentes con los encontrados por CAVUSGIL, CALANTONE y ZHAO (2003) y ponen de manifiesto la importancia de considerar nuevas medidas representativas de la dimensión tácita del conocimiento tecnológico en el análisis de la innovación. Asimismo, se conoce la importancia de la estrategia de conocimiento, al observarse una incidencia diferente de los activos tácitos/explicitos y generados/adquiridos en la innovación.

Por su parte, los resultados también revelan que el esfuerzo inversor en investigación y desarrollo interno presenta una relación no lineal con la innovación, observándose que llegados a ciertos niveles de inversión, la probabilidad de innovar no se ve incrementada por destinar más recursos a esta actividad. Estos hallazgos nos llevan a concluir en la línea de otros autores (e.g. COHEN y LEVINTHAL, 1990; MOWERY, OXLEY y SILVERMAN, 1996) que la organización precisa de cierto nivel de inversión interna en conocimiento que le permita asimilar e integrar el nuevo conocimiento adquirido, y al depender la asimilación de un contexto concreto, esta actividad debe ser fundamentalmente generada internamente por la organización.

5. INNOVACIÓN Y PERFORMANCE

La investigación empírica revisada pone de manifiesto la búsqueda, tanto en el ámbito internacional como nacional, de relaciones entre la gestión del conocimiento tecnológico y la *performance*, como medida última de la materialización de la ventaja competitiva de la empresa. En el ámbito de las empresas no cotizadas, los estudios han utilizado como medida más adecuada de *performance* la rentabilidad de la empresa y más concretamente la rentabilidad económica ³⁴ o

³⁴ La mayor utilización de la rentabilidad económica frente a otros posibles indicadores como la rentabilidad financiera se debe, en primer lugar, a que esta última incluye características financieras tanto relativas al coste de la deuda como a la estructura financiera de la empresa, que pueden verse afectadas o pueden afectar a la determinación de la inversión en activos de conocimiento. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la rentabilidad financiera también está influenciada por el efecto impositivo, el cual, a su vez, está relacionado con la existencia de incentivos fiscales a la inversión en I+D, lo cual puede distorsionar la relación final entre los activos de conocimiento y la *performance* (LIU, 2000). Así pues, la rentabilidad económica permite aislar estos aspectos y realizar un análisis de la *performance* de la empresa más acorde con el objetivo de nuestro estudio.

ROA (VICENTE-LORENTE, 2000; CAMELO, MARTÍN y ROMERO, VALLE, 2000; HULT y KETCHEN, 2001; KOTABE, SRINIVASAN y AULAKH, 2002; CARAYANNIS y ALEXANDER, 2002; CUI y MAK, 2002; VILLALONGA, 2004).

Por otra parte, a partir de la rentabilidad económica podemos determinar una medida que nos permita aunar dos aspectos clave en el estudio del conocimiento como recurso de carácter estratégico: la *performance* de la empresa y su situación relativa respecto al resto de compañías de su sector de actividad. Así, para evaluar la ventaja o desventaja de una organización respecto a sus competidores, su *performance* debe ser comparada con la presentada por las otras empresas del sector en el que opera. En este sentido, tal y como señala VILLALONGA (2004: 208), «[...] la diferencia entre la rentabilidad de una empresa y la rentabilidad media de su industria es un indicador directo de su ventaja competitiva». A esta comparación, adoptada también por otros autores como MICHALISIN, KLINE y SMITH (2000), la denominamos *rentabilidad específica* de la empresa, y se configura como una medida de la *performance* diferenciada de la empresa respecto al resto de competidores.

Por tanto, en esta investigación, la *performance* se mide a través de la *rentabilidad económica específica*, que se define como la diferencia entre la rentabilidad económica de la empresa y la rentabilidad económica media del conjunto de empresas que constituyen cada sector. Esto es:

$$ROA_{esp_{i,t}} = ROA_{i,t} - \left(\sum_{j=1}^{I_{jt}} ROA_{i,j,t} / I_{jt} \right), \quad \forall i = 1, \dots, I_{jt} \quad t = 1, \dots, T$$

donde $ROA_{i,t}$ es la rentabilidad económica de la empresa i en el año t y I_{jt} es el número de empresas que operan en el sector j en el año t .

El contraste de las hipótesis H.5 y H.6, relativas a la incidencia de los activos de conocimiento sobre la *performance* financiera se realiza sobre la misma muestra y base de datos utilizada en relación con las hipótesis anteriores.

En el **cuadro 8** se presenta la evolución de la rentabilidad económica y la rentabilidad específica de las empresas industriales españolas durante el período objeto de estudio. Del análisis de los datos se desprende la existencia de una reducción de la rentabilidad económica de las empresas industriales, oscilando dicha magnitud en media entre un 16% y un 13%. Además, debemos destacar que la mediana de la rentabilidad económica específica adopta valores negativos en todo el período, reflejando que más del 50% de las empresas que constituyen la muestra presentan una rentabilidad ligeramente inferior a la rentabilidad media del total de la muestra. De igual forma, en cuanto a nuestra principal variable, la rentabilidad económica específica, se observa que más de la mitad de las empresas industriales presentan una rentabilidad inferior a la media de su sector de actividad.

**CUADRO 8. LA RENTABILIDAD DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES
ESPAÑOLAS. 1998-2000**

	1998	1999	2000	Media
ROA				
Media	16,07%	15,70%	13,08%	14,95%
Mediana	14,38%	13,76%	11,79%	13,16%
Desviación típica	19,21%	17,77%	20,12%	19,10%
ROAesp				
Media	0	0	0	0
Mediana	-1,32%	-1,66%	-1,65%	-1,54%
Desviación típica	18,97%	17,55%	0,1992	18,83%

FUENTE: *Elaboración propia.*

Por otra parte, también se consideran en el análisis otras variables que influyen en la *performance* de la empresa y que actúan como variables de control. Así, se introducen dos variables representativas de la estructura de propiedad al objeto de controlar su incidencia en la rentabilidad de la empresa. La primera representa el carácter familiar o no de la empresa (**CarFam**), mientras que la segunda representa la participación de empresas de capital extranjero en el capital de la empresa (**ProExt%**). Por otro lado, también se introduce la antigüedad de la empresa (**Edad**), variables *dummies* representativas de la evolución del mercado (expansivo, estable y en recesión) (**Dmdo**) y el tamaño medido por variables *dummies* obtenidas a partir de los cuartiles del activo total neto (**DATN**).

5.1. Especificación del modelo.

La consecución del objetivo del estudio supone especificar un modelo que contemple el análisis conjunto de la incidencia directa e indirecta de los activos de conocimiento en la *performance*. El efecto directo viene determinado por la incidencia de los activos de conocimiento tecnológico, mientras que el efecto indirecto se observa a través de la innovación que es considerada una variable explicativa endógena. El carácter endógeno de la innovación queda patente en los numerosos estudios que demuestran cómo la probabilidad de innovación de la organización se ve influida positivamente por los activos de conocimiento tecnológico (*e.g.* BUSOM, 1993; BLUNDELL, GRIFFITH y VAN REENEN, 1995, 1999; KUSUNOKI, NONAKA y NAGATA, 1998; GOPALAKRISHNAN, BIERLY y KESSLER, 1999; DUGUET, 2000; RAO y DRAZIN, 2002). De ahí que este estudio se aborda a través de la aplicación de la metodología de regresión de datos de panel, con la estimación del modelo por efectos

aleatorios ³⁵. La dinámica de panel permite examinar los procesos de respuesta en el tiempo y observar la variación de la variable dependiente ante cambios en factores determinantes de la misma a lo largo del horizonte temporal considerado. Así pues, la rentabilidad económica específica de la empresa estará determinada por las distintas variables anteriormente citadas, adoptando el modelo a estimar la siguiente expresión:

$$ROAesp_{i,t} = \alpha + \sum_{j=1}^2 \beta_j \text{Rec. Conoc. Explíc.}_{i,t-1} + \sum_{j=3}^5 \beta_j \text{Rec. Conoc. Tácit.}_{i,t} + \\ + \sum_{j=6}^7 \beta_j \text{Cap. Conoc.}_{i,t} + \sum_{j=8}^9 \beta_j \text{ID}_{i,t} + \beta_{10} \text{Innova}_{i,t} + \sum_{j=11}^{18} \beta_j \text{Control} + v_{i,t}$$

Como hemos señalado, la especificación del modelo planteado presenta una variable explicativa endógena (la capacidad de innovación: *Innova*), por lo que la estimación del mismo por el método de mínimos cuadrados ordinarios nos podría llevar a obtener estimadores sesgados e inconsistentes ³⁶. Es por ello que la estimación del modelo especificado se realizará con el método de mínimos cuadrados en dos etapas con efectos aleatorios ³⁷, utilizando el paquete econométrico *STATA 8.0*.

5.2. Resultados del análisis empírico sobre innovación y *performance*.

El objetivo del presente apartado se centra en presentar los resultados del estudio empírico realizado con el objeto de contrastar las hipótesis H.5 y H.6, las cuales tratan de analizar conjuntamente la incidencia directa e indirecta de los activos de conocimiento tecnológico en la *performance* de las empresas industriales españolas. Este objetivo se constituye como un importante reto de la investigación empírica en términos de gestión del conocimiento, ya que resulta relevante buscar la vinculación del conocimiento organizativo tecnológico con la *performance* de la empresa, considerando de forma separada tanto los recursos de conocimiento de carácter explícito y tácito como las capacidades de conocimiento (EDMONDSON *et al.*, 2003).

³⁵ La elección del modelo de efectos aleatorios responde a la necesidad de introducir variables con escasa variación en el tiempo, las cuales no son admisibles en un modelo de efectos fijos porque producen problemas de correlación de los efectos individuales con los regresores.

³⁶ Véase WOOLDRIDGE (2001).

³⁷ La idea subyacente del método de estimación de mínimos cuadrados en dos etapas consiste en «[...] reemplazar la variable explicativa endógena por una combinación lineal de variables predeterminadas en el modelo y utilizar esta combinación como variable explicativa en lugar de la variable endógena original» (GUJARATI, 2004: 757). En este caso, las variables instrumentales de la capacidad de innovación son las dimensiones explicativas introducidas en un modelo *logit* de panel.

Para alcanzar el objetivo de esta investigación se procedió a estimar el modelo económico anteriormente especificado (*modelo III*), presentándose los resultados en el **cuadro 9**. En dicho cuadro, se puede observar que la variable representativa de los recursos de conocimiento explícito generados no resulta estadísticamente significativa; mientras que el pago por licencias afecta positiva y significativamente a la rentabilidad económica específica de la empresa. Por el contrario, los resultados muestran la existencia de una incidencia negativa y significativa del establecimiento de alianzas de capital y de colaboración en la *performance*. Esta misma relación negativa se manifiesta para las capacidades potenciales de conocimiento y el esfuerzo inversor realizado internamente por la empresa. En el caso de la contratación de personal cualificado la influencia no es estadísticamente significativa. En cuanto a la capacidad de innovación, los resultados muestran una incidencia positiva y significativa de la misma en la rentabilidad de la empresa.

Con objeto de mejorar el modelo y teniendo presente la divergencia de signos encontrados en la literatura cuando se considera la relación directa entre activos de conocimiento y *performance*, planteamos el modelo anteriormente especificado considerando la posibilidad de que las relaciones fueran no lineales, lo cual explicaría tanto los signos positivos como negativos observados en anteriores trabajos empíricos. Esta especificación alternativa, que presupone relaciones curvilíneas entre los activos de conocimiento y la rentabilidad específica, sólo resulta significativa para el caso de la capacidad de vigilancia, por lo que es ésta la única relación cuadrática que se mantiene en la estimación del modelo.

Los resultados de la estimación del *modelo I* con esta variante, que introduce la relación curvilínea de la capacidad de vigilancia, se presentan en el *modelo final* (véase **cuadro 9**). Dichos resultados siguen mostrando una incidencia positiva y significativa de la variable representativa del conocimiento explícito adquirido, así como una relación también significativa pero de carácter negativo de las variables representativas de los recursos de conocimiento tácito, la capacidad de gestión del conocimiento y el esfuerzo inversor en I+D realizado por la empresa. En cuanto a la modificación introducida, se observa que la capacidad de vigilancia presenta una relación cuadrática con la rentabilidad económica específica, de forma que para niveles relativamente bajos de la misma se encuentra una relación negativa con la rentabilidad, mientras que cuando las empresas mantienen una capacidad de vigilancia superior, en términos relativos al colectivo de empresas, la incidencia sobre la *performance* va a ser positiva.

Por último, en el **cuadro 9** se recogen los resultados de la estimación del *modelo final* considerando como variable explicativa, no la capacidad de innovación, sino el resultado cuantitativo de dicha capacidad. Es decir, en el *modelo alternativo*, se contrasta la robustez de los resultados anteriores,

CUADRO 9. INCIDENCIA DE LOS ACTIVOS DE CONOCIMIENTO EN LA PERFORMANCE

Dep: Rentabilidad Económica Específica (ROAesp)

Modelo de regresión lineal de panel, efectos aleatorios. Estimación por mínimos cuadrados ordinarios en dos etapas^a.

		<i>Modelo III</i>		<i>Modelo Final</i>		<i>Modelo Alternativo^b</i>	
Recursos conoci- miento explícito	NProind _{t-1}	-0,0002	(-0,38)	-0,0002	(-0,37)	-0,0022	(-1,93)*
	PagLic _{t-1}	0,8943	(2,10)**	0,8992	(2,11)**	0,9670	(2,25)**
Recursos conoci- miento tácito	AliCap	-0,0127	(-1,71)*	-0,0121	(-1,63)*	-0,0130	(-1,72)*
	AliCol	-0,0209	(-2,05)**	-0,0204	(2,00)**	-0,0197	(-2,03)**
	ConPer	-0,0099	(-1,56)	-0,0095	(-1,49)	-0,0088	(-1,44)
Capacidades poten- ciales conocimiento	CapGes	-0,0287	(-1,67)*	-0,0286	(-1,66)*	-0,0304	(-1,75)*
	CapVig	-0,0265	(-1,87)*	-0,0348	(-2,35)**	-0,2547	(-2,30)**
	CapVig ²			0,0108	(1,64)*	0,0142	(2,16)**
Inversión en I+D	Idint/v	-0,6346	(-1,79)*	-0,6336	(-1,79)*	-0,7644	(-2,04)**
	Idext/v	-0,422	(-1,29)	-0,3372	(-1,27)	0,0005	(0,01)
Innovación	Innova	0,31814	(2,22)**	0,3179	(2,22)**		
	LgNPtos					0,1809	(2,33)**
Estructura de pro- piedad	ProExt%	0,0002	(1,28)	0,0002	(1,28)	0,0002	(1,14)
	CarFam	0,0029	(0,59)	0,0029	(0,60)	0,0028	(0,57)
Control	DATN1	-0,0589	(-3,12)***	-0,0594	(-3,14)**	-0,0269	(-2,24)**
	DATN2	-0,1074	(-3,98)***	-0,1075	(-3,99)***	-0,0704	(-4,75)***
	DATN3	-0,1126	(-3,43)***	-0,1123	(-3,44)***	-0,0734	(-3,88)***
	Dmdo (estable)	-0,0011	(-0,10)	-0,0008	(-0,08)	-0,0072	(-0,79)
	Dmdo (recesión)	-0,4381	(-3,43)***	-0,0435	(-3,40)***	-0,0511	(-4,07)***
	Edad	0,0002	(0,75)	0,0002	(0,72)	-9,06e-6	(-0,04)
	C	-0,0899	(-1,49)	-0,0989	(-1,64)	-0,0399	(-1,20)
Estadístico de Wald		46,24***		49,39***		53,98***	
N.º observaciones		4.321		4.321		4.321	

Estadístico *t* de Student entre paréntesis

***, **, *: significativo al 1%, 5% y 10%, respectivamente

^a Como variables instrumentales de la capacidad de innovación se consideran las variables explicativas incluidas en el modelo *logit* de panel especificado anteriormente

^b En este modelo se introduce como variable explicativa el número de nuevos productos obtenidos por la empresa en logaritmo.

FUENTE: *Elaboración propia.*

al analizar la relación directa de los activos de conocimiento tecnológico en la *performance* y la relación indirecta, establecida a partir del número de nuevos productos ³⁸ obtenidos por la empresa en cada año. La estimación del modelo se sigue realizando por el método de mínimos cuadrados ordinarios en dos etapas al ser el número de productos una variable explicativa endógena ³⁹.

En cuanto a las variables de control, los resultados del *modelo final* ponen de manifiesto que las variables *proxy* de la estructura de propiedad (implicación de la familia en la dirección y participación de capital extranjero en la propiedad) no resultan significativas; mientras que la antigüedad de la empresa no se constituye como determinante de la rentabilidad específica alcanzada; por el contrario, el tamaño de la misma ejerce una influencia negativa y significativa con la rentabilidad ⁴⁰.

5.3. Discusión de los resultados sobre innovación y *performance*.

A la vista de los resultados obtenidos de la estimación del *modelo final* anteriormente comentado, a continuación se presentan las conclusiones en relación con la contrastación de las hipótesis 5 y 6 de esta investigación.

H.5. Los activos de conocimiento tecnológico inciden directamente en la performance de la empresa, pudiendo ser esta incidencia diferente en función del carácter tácito o explícito del conocimiento

En relación con la incidencia directa de los activos de conocimiento tecnológico en la *performance* de la empresa, los resultados comentados nos permiten aceptar parcialmente la hipótesis H.5, ya que algunas de las variables representativas del conocimiento tecnológico con distinto grado de codificación presentan una relación estadísticamente significativa con la rentabilidad específica de la empresa. Además, se pueden observar ciertas diferencias según el tipo de activos de conocimiento analizado, por lo que a continuación comentaremos y profundizaremos en dichas relaciones. Con respecto al efecto directo de los recursos de conocimiento tecnológico explícito, los resultados muestran una relación de signo contrario según se trate de recursos de conocimiento adquiridos o generados, si bien sólo resulta estadísticamente significativa la influencia del conocimiento explícito adquirido. Así, el pago por licencias incide de forma positiva y significativa en la obtención de una mayor rentabilidad económica específica.

³⁸ En el modelo se introduce la variable del número de nuevos productos en logaritmo; no considerándose el número de nuevos procesos por no estar disponible esta información en la ESEE.

³⁹ Las variables instrumentales del número de nuevos productos son las introducidas en el modelo *Logit* binomial de panel especificado para analizar la capacidad de innovación.

⁴⁰ En relación con la medida del tamaño de la organización, se han especificado los distintos modelos utilizando otras medidas alternativas como el logaritmo natural del activo total neto, con el fin de analizar la robustez de los resultados, no encontrándose cambios significativos en las distintas estimaciones.

En cuanto a la incidencia directa de las diferentes medidas *proxy* de recursos de conocimiento tecnológico tácito (establecimiento de alianzas de capital, alianzas de colaboración con clientes y proveedores y contratación de personal cualificado) se observa que las mismas presentan una relación negativa y significativa con la rentabilidad económica específica de la organización. En relación con la influencia directa ejercida por las capacidades potenciales de conocimiento en la *performance* de la empresa, los resultados ponen de manifiesto una relación negativa y significativa entre la capacidad de gestión del conocimiento tecnológico y la *performance*, en la misma línea que sucede para los recursos de conocimiento tácito. Por el contrario, en el caso de la capacidad de vigilancia, que se caracteriza por precisar de un menor plazo de generación, se pone de manifiesto una relación curvilínea entre la misma y la *performance* de la empresa. Así, para una organización con niveles relativamente bajos de capacidad de vigilancia se encuentra una relación negativa con la rentabilidad, pero cuando las empresas mantienen una capacidad de vigilancia superior, en términos relativos al colectivo de compañías, la incidencia sobre la *performance* es positiva. Por otro lado, el esfuerzo inversor en I+D interno presenta la misma relación negativa y significativa comentada para la capacidad de gestión tecnológica.

Por tanto, a la luz de los resultados alcanzados, podemos extraer dos conclusiones que nos llevan a aceptar parcialmente la hipótesis H.5. En primer lugar, del análisis conjunto de las diferentes medidas de conocimiento tecnológico se observa la existencia de una relación directa entre los activos de conocimiento tecnológico y la *performance* de la empresa. En segundo lugar, los resultados revelan que esta relación directa está afectada por la naturaleza de los activos de conocimiento, de manera que, mientras que los activos de conocimiento de carácter eminentemente tácito afectan de forma negativa a la rentabilidad específica, los recursos de conocimiento explícito adquirido inciden de forma positiva ⁴¹.

Estos hallazgos están en línea con los descubrimientos de otros autores como DE JORGE y LABORDA (2002: 12), quienes afirman que las actividades de conocimiento tecnológico «[...] representan un coste, al ser contempladas en el corto plazo y no como un *stock* tecnológico. [...] La relación puede quedar oculta por la diferencia temporal entre las inversiones de I+D y la generación de ingresos». Así, en el corto plazo, podemos considerar que los recursos de conocimiento tecnológico analizados y las capacidades potenciales son *inputs* que pueden no tener un reflejo en la creación de valor si no se materializan; es decir, si no generan una corriente de ingresos que compensen los costes de tales recursos. En este sentido, el conocimiento explícito adquirido puede ser inmediatamente explotado y, por tanto, generador de rentas que compensen en el corto plazo su coste; mientras que los recursos de conocimiento tácito (alianzas de capital, capacidad de gestión) no pueden ser explotados por sí mismos en el corto plazo, por lo que el componente de coste que suponen tiene un mayor peso en la rentabilidad económica específica anual. Tal como señalan VON KROGH, NONAKA y ABEN (2001: 435), «[...] la gestión del conocimiento es un proceso que puede suponer un alto coste para las organizaciones, ya que no termina en la formulación de la estrategia sino en su implementación; para lo cual se requiere una importante asignación de recursos».

⁴¹ En línea con nuestros resultados, CHOI y LEE (2003) también hallan diferencias en la relación existente entre activos de conocimiento de carácter tácito y explícito y la *performance* corporativa, si bien la metodología aplicada en su trabajo (ANOVA) dificulta la comparación de los resultados.

Los resultados obtenidos en la presente investigación también parecen corroborar los planteamientos de diversos autores que consideran que el tiempo necesario para observar una mejora en la *performance* de la organización debe ajustarse con el tipo de conocimiento (explícito o tácito) implicado en el proceso, concluyendo que «[...] las investigaciones futuras deben tener en consideración la distinción entre conocimiento explícito y tácito» (BOHMER *et al.*, 2002: 29). En esta línea, TEECE (2002) resalta las diferencias de costes existentes entre la replicación de activos de conocimiento tecnológico explícito y tácito, señalando que el coste de los primeros es menor, mientras que los activos de conocimiento tácito, dadas sus características, generan más costes. Estos resultados ponen de manifiesto la importancia de la estrategia de conocimiento de la organización respecto a la decisión de adquirir o generar los recursos, que constituye la segunda fase de la cadena de valor del conocimiento. De forma que, en relación con los recursos de conocimiento creados por la organización, no sólo hay que hacer referencia a los beneficios que generan al constituirse como conductores de la ventaja competitiva sino también a los costes ocasionados. Estos costes determinarán los límites de la organización con el exterior, influyendo en la decisión de generar o adquirir el conocimiento tecnológico (BORG, 2001).

H.6. Los activos de conocimiento tecnológico inciden indirecta y positivamente en la performance de la empresa, a través de la innovación.

En cuanto al efecto indirecto de los activos de conocimiento tecnológico en la *performance*, a través de la capacidad de innovación, los resultados ponen de manifiesto una relación significativa y positiva. De esta forma, la capacidad realizada de conocimiento tecnológico se constituye como determinante de una mayor rentabilidad económica específica, tanto si consideramos la probabilidad de que la empresa manifieste una capacidad innovadora como si optamos por analizar el número de nuevos productos obtenidos. Estos resultados nos permiten aceptar la hipótesis H.6. Los resultados de nuestro estudio se suman a los encontrados por otros autores (*e.g.* SOO, MIDGLEY y DEVINNEY, 2002; BAYUS, ERICKSON y JACOBSON, 2003; DRÖGE, CLAYCOMB y GERMAIN, 2003) al corroborar la existencia de una relación positiva de los activos de conocimiento en la *performance* a través de la aplicación del conocimiento: la innovación. La innovación incide de forma clara en la obtención de una mayor rentabilidad económica específica, demostrando que si bien los activos de conocimiento pueden ser una fuente potencial de la mejora de la *performance*, es la capacidad realizada de la empresa mediante la innovación en procesos y productos la que preferentemente incide en dicha *performance* como generadora de rentas, al menos en el corto plazo (RAY, BARNEY y MUHANNA, 2004). Estos hallazgos no sólo resultan de la manifestación de la capacidad de innovación sino que son consistentes cuando se considera el resultado de dicha capacidad, es decir, el número de nuevos productos obtenidos por la empresa.

En esta misma línea, se pronuncian BALKIN, MARKMAN y GÓMEZ-MEJÍA (2000) cuando afirman que la capacidad para llevar a cabo innovaciones tecnológicas presentarán una mayor probabilidad de generar mayores rentabilidades y reconocen que la consecución de esta capacidad innovadora conducente a la superioridad competitiva requiere de la inversión en activos de conocimiento tecnológico. Así, de acuerdo con GEORGE, ZAHRA y WOOD (2002: 601), el desarrollo de ciertas habilidades de adquisición de conocimiento no se materializa en el corto plazo en la *performance*, ya que la empresa «[...] puede haber obtenido la habilidad para desarrollar nuevos productos pero no domina la habilidad asociada con su *marketing* y los beneficios». Por ello, una alta capacidad potencial no implica necesariamente una mejor *performance* en el corto plazo.

Por consiguiente, podemos concluir que la innovación de la empresa es una función de los activos de conocimiento tecnológico y contribuye de forma clara a la *performance* de la empresa (DANNEELS, 2002); mientras que los activos de conocimiento en sí son *inputs* del proceso de gestión del conocimiento y su incidencia a corto plazo en la *performance* es negativa y significativa (véase **cuadro 10**).

CUADRO 10. RESULTADOS DEL CONTRASTE DE LA HIPÓTESIS

	<i>Performance</i>	
	Predicción	Resultado
H.5. Relación directa		
Recursos de conocimiento explícito		
• Generado	+ ó –	– (ns)
• Adquirido		+
Recursos de conocimiento tácito		
• Alianzas capital		–
• Alianzas colaboración	+ ó –	–
• Contratación personal		– (ns)
Capacidades potenciales		
• Vigilancia	+ ó –	–/+
• Gestión		–
Inversión en I+D		
• Esfuerzo inversor interno	+ ó –	–
• Esfuerzo inversor externo		– (ns)
H.6. Relación indirecta		
Innovación	+	+

ns: estadísticamente no significativo

FUENTE: *Elaboración propia.*

6. CONCLUSIONES

Diversos autores afirman que las raíces de la ventaja competitiva de las empresas descansan en la gestión del conocimiento organizativo tecnológico (FOSS y MAHNKE, 2002). Sin embargo, como apuntan VON KROGH, BACK, SEUFERT y VASSIALIDIS (2000: 10), «El conocimiento en las organizaciones ha sido considerado por muchos, definido por algunos, entendido por pocos y valorado for-

malmente por prácticamente nadie», por lo que uno de los retos en el campo de la investigación en gestión del conocimiento es la realización de estudios que valoren la incidencia del conocimiento tecnológico en la consecución de la *performance* corporativa (NONAKA y TEECE, 2001).

En el presente estudio, siguiendo el proceso de gestión del conocimiento organizativo, nos planteamos como primer objetivo identificar y medir los activos de conocimiento tecnológico de una muestra de 1.444 empresas industriales españolas, a partir de la información contenida en la Encuesta sobre Estrategias Empresariales, referido al período 1998-2000. El análisis realizado nos permite identificar nuevos activos de carácter tácito no considerados en estudios empíricos precedentes, lo cual consideramos que representa una de las principales aportaciones del presente trabajo. Una vez identificados los citados activos, hemos presentado un análisis del grado de utilización de los mismos, observándose ciertas pautas diferenciadas por parte de las empresas en la utilización de los activos de conocimiento.

Las hipótesis del estudio se centran en las fases cuarta y quinta del proceso de gestión del conocimiento, la aplicación y la evaluación. Así, por una parte, en el estudio se analiza la incidencia de los activos de conocimiento en la capacidad de innovación y, por otra, se analiza la incidencia de los activos en la *performance*, bien de forma directa, o indirecta a través de la innovación.

En cuanto a la relación entre activos de conocimiento e innovación, los resultados muestran la importancia de las capacidades de conocimiento que se constituyen como motor de la ventaja competitiva de las empresas; apoyando los planteamientos de GRANT (1996), al señalar que la organización debe aplicar sus capacidades actuales para alcanzar nuevo conocimiento y reconfigurar el conocimiento para alcanzar nuevas capacidades.

Los activos de conocimiento tecnológico tácito se revelan como principales detonantes de la innovación. Los resultados del estudio son coincidentes con los encontrados por CAVUSGIL, CALANTONE y ZHAO (2003) y ponen de manifiesto la importancia de considerar nuevas medidas representativas de la dimensión tácita del conocimiento tecnológico en el análisis de la innovación. Asimismo, se conoce la importancia de la estrategia de conocimiento, al observarse una incidencia diferente de los activos tácitos/explicitos y generados/adquiridos en la innovación.

En cuanto a la relación entre conocimiento tecnológico y *performance*, en nuestra investigación abordamos conjuntamente la posible incidencia directa e indirecta, lo que pone de manifiesto un doble efecto de los activos de conocimiento tecnológico en la *performance* de la empresa. En primer lugar, se observa que dichos activos inciden de forma directa y negativa en la *performance*. Por el contrario, el segundo efecto es positivo y tiene lugar a través de la materialización de los activos de conocimiento en una capacidad realizada como es la innovación en productos y procesos. Estas conclusiones estarían en concordancia con lo señalado por RAY, BARNEY y MUHANNA (2004: 26) cuando indican que «[...] los recursos, en sí mismos, no son una fuente de ventaja competitiva. Es decir, los recursos sólo pueden ser fuente de ventaja competitiva si son usados para hacer "algo"». Por otro lado, en este trabajo se hace un análisis más comprensivo del conocimiento tecnológico de los realizados en estudios precedentes, ya que además de considerar su doble incidencia en la *perfor-*

mance se pone de manifiesto que influencia de la naturaleza del conocimiento en dicha relación. En esta línea, el efecto directo ejercido por los activos de conocimiento tecnológico en la *performance* es diferente según el grado de codificación del mismo; observándose que los recursos de conocimiento explícito adquirido inciden positivamente en la *performance* mientras que aquellos activos de carácter eminentemente tácito inciden de forma negativa.

Una vez resaltadas las principales contribuciones de esta investigación, también deben tenerse en cuenta algunas limitaciones que pasamos a comentar. En primer lugar, los resultados de este estudio son representativos de las empresas industriales españolas, quedando pendiente el análisis en empresas de servicios. En segundo lugar, si bien en nuestro estudio hemos obtenido variables representativas de los activos de conocimiento tecnológico con distinto grado de codificación (tácito y explícito), pueden existir otras manifestaciones de dichos activos que por la limitación de la información disponible no han sido recogidos en este trabajo y que sería interesante analizar en futuras investigaciones. En tercer lugar, entendemos que pueden existir otras manifestaciones del esfuerzo innovador, así como de los activos de conocimiento tecnológico, que no han sido recogidos en este trabajo y que sería interesante analizar en futuras investigaciones. Además, si bien el objetivo de este trabajo no es explicar la innovación de la empresa, sí creemos necesario abordar en futuros trabajos otros aspectos internos y externos a la organización que puedan influir en dicha capacidad directa o indirectamente. Por último, en aras de poder abordar el estudio del conocimiento organizativo desde una perspectiva longitudinal, se ha optado por una metodología de datos de panel, lo que ha permitido el estudio de su evolución en el tiempo. No obstante, resultaría enriquecedor complementar este estudio con futuras investigaciones de corte longitudinal con un enfoque más cualitativo a fin de profundizar en el análisis de las distintas dimensiones.

BIBLIOGRAFÍA

- AGARWAL, R.; ECHAMBADI, R.; FRANCO, A. y SARKAR, M.B. [2002]: «Knowledge transfer through congenital learning: spin-out generation, growth and survival». *Bureau of Economic and Business Research, College of Commerce and Business Administration, University of Illinois at Urbana-Champaign*, Working Paper, n.º 02-0101.
- AKHTER, S. [2003]: «Strategic planning, hypercompetition, and knowledge management». *Business Horizons*, vol. 46, n.º 1, págs. 19-24.
- ALLEN, J.W. y PHILLIPS, G.M. [2000]: «Corporate equity ownership, strategic alliances, and product market relationships». *The Journal of Finance*, vol. LV, n.º 6, págs. 2791-2815.
- ALMEIDA, P. [1996]: «Knowledge sourcing by foreign multinationals: patents citation analysis in the U.S. Semiconductor industry». *Strategic Management Journal*, vol. 17, winter special, págs. 155-165.
- ALMEIDA, P. y KOGUT, B. [1999]: «Localization of knowledge and the mobility of engineers in regional networks». *Management Science*, vol. 45, n.º 7, págs. 905-917.
- ARORA, A.; FOSFURI, A. y GAMBARDILLA, A. [2001]: «Markets for technology and their implications for corporate strategy». *Industrial and Corporate Change*, vol. 10, n.º 2, págs. 419-451.

- ARUNDEL, A. y KABLA, I. [1998]: «What percentage of innovations are patented? Empirical estimates for European firms». *Research Policy*, vol. 27, n.º 2, págs. 127-141.
- BALCONI, M. [2002]: «Tacitness, codification of technological knowledge and the organization of industry». *Research Policy*, vol. 31, págs. 357-379.
- BALKIN, D.B.; MARKMAN, G.D. y GÓMEZ-MEJÍA, L.R. [2000]: «Is CEO pay in high-technology firms related to innovation?». *Academy of Management Journal*, vol. 43, n.º 6, págs. 1.118-1.129.
- BARNEY, J.B. [1991]: «Firm resources and sustained competitive advantage». *Journal of Management*, vol. 10, n.º 1, págs. 99-120.
- [2001]: «Resource-based theories of competitive advantage: a ten-year retrospective on the resource-based view». *Journal of Management*, vol. 27, n.º 6, págs. 643-650.
- BARNEY, J.B.; WRIGHT, M. y KETCHEN, D.J.Jr. [2001]: «The resource-based view of the firm: ten years after 1991». *Journal of Management*, vol. 27, n.º 6, págs. 625-641.
- BAYUS, B.L.; ERICKSON, G. y JACOBSON, R. [2003]: «The financial rewards of new product introductions in the personal computer industry». *Management Science*, vol. 49, n.º 2, págs. 197-210.
- BLUNDELL, R.; GRIFFITH, R. y VAN REENEN, J. [1995]: «Dynamic count data models of technological innovation». *The Economic Journal*, vol. 105, March, págs. 333-344.
- [1999]: «Market share, market value and innovation in a panel of British manufacturing firms». *Review of Economic Studies*, vol. 66, págs. 529-554.
- BORG, E. [2001]: «Knowledge, information and intellectual property: implications for marketing relationships». *Technovation*, vol. 21, págs. 515-524.
- BUSOM, I. [1993]: «Los proyectos de I+D de las empresas: un análisis empírico de algunas de sus características». *Revista Española de Economía*, monográfico, págs. 39-65.
- CARAYANNIS, E.G. y ALEXANDER, J. [2002]: «Is technological learning a firm core competence, when, how and why? A longitudinal, multi-industry study of firm technological learning and market performance». *Technovation*, vol. 22, n.º 10, págs. 625-643.
- CAMELO, C.; MARTÍN, F.; ROMERO, P. y VALLE, R. [2000]: «Relación entre el tipo y el grado de innovación y el rendimiento de la empresa. Un análisis empírico». *Economía Industrial*, n.º 333, págs. 149-160.
- CASSIMAN, B. [1999]: «Cooperación en investigación y desarrollo. Evidencia para la industria manufacturera española». *Papeles de Economía Española*, n.º 81, págs. 143-154.
- CASSIMAN, B. y VEUGELERS, R. [2002]: «R&D cooperation and spillovers: some empirical evidence from Belgium». *The American Economic Review*, vol. 92, n.º 4, págs. 1.169-1.184.
- [2004]: «In search of complementarity in the innovation strategy: internal R&D and external knowledge acquisition». Fundación de las Cajas de Ahorro, *Documento de Trabajo*, n.º 182/2004.
- CASSIMAN, B.; PÉREZ-CASTRILLO, D. y VEUGELERS, R. [2002]: «Endogenizing know-how flows through the nature of R&D investments». *International Journal of Industrial Organization*, vol. 20, págs. 775-799.
- CAVUSGIL, T.; CALANTONE, R. y ZHAO, Y. [2003]: «Tacit knowledge transfer and firm innovation capability». *Journal of Business & Industrial Marketing*, vol. 18, n.º 1, págs. 6-21.
- CHOI, B. y LEE, H. [2003]: «An empirical investigation of KM styles and their effect on corporate performance». *Information & Management*, vol. 40, págs. 403-417.
- COHEN, W. y LEVINTHAL, D. [1990]: «Absorptive Capacity: a new perspective on learning and innovation». *Administrative Science Quarterly*, vol. 35, n.º 1, págs. 128-152.

- COHEN, W.; NELSON, R. y WALSH, J. [2000]: «Protecting their intellectual assets: Appropriability conditions and why U.S. manufacturing firms patent (or not)». *National Bureau of Economic Research, Working Paper*, n.º 7.552.
- COHEN, W. y WALSH, J. [2000]: «R&D spillovers, appropriability and R&D intensity: a survey based approach». Mimeo, Carnegie Mellon University.
- COHEN, W.; GOTO, A.; NAGATA, A.; NELSON, R. y WALSH, J. [2002]: «R&D spillovers, patents and the incentives to innovate in Japan and the United States». *Research Policy*, vol. 31, n.º 8-9, págs. 1.349-1.367.
- CONTRACTOR, F. y RA, W. [2002]: «How knowledge attributes influence alliance governance choices: a theory development note». *Journal of International Management*, vol. 8, mayo, págs. 1-17.
- COTEC [2001]: «Gestión de la innovación y la tecnología en la empresa». *Informes sobre el sistema español de innovación*, Fundación COTEC para la innovación tecnológica.
- CUI, H. y MAK, Y.T. [2002]: «The relationship between managerial ownership and firm performance in high R&D firms». *Journal of Corporate Finance*, vol. 8, n.º 4, págs. 313-336.
- DANNEELS, E. [2002]: «The dynamics of product innovation and firm competences». *Strategic management Journal*, vol. 23, n.º 12, págs. 1.095-1.121.
- DAS, S.; SEN, P. y SENGUPTA, S. [1998]: «Impact of strategic alliances on firm valuation». *Academy of Management Journal*, vol. 41, n.º 1, págs. 27-41.
- DE JORGE, J. y LABORDA, L. [2002]: «Estrategias competitivas condicionantes de la relación entre la cuota relativa de mercado y el ROI: Formalización del impacto del nivel tecnológico en la empresa industrial española durante el periodo 1993-1998». *XII Congreso Nacional de la Asociación Científica de Economía y Dirección de la Empresa (ACEDE)*, Palma de Mallorca.
- DEEDS, D. [2001]: «The role of R&D intensity, technical development and absorptive capacity in creating entrepreneurial wealth in high technology start-ups». *Journal of Engineering and Technology Management Research*, vol. 18, n.º 1, págs. 29-47.
- DEEDS, D.; DE CAROLIS, D. y COOMBS, J. [2000]: «Dynamic capabilities and new product development in high technology ventures: An empirical analysis of new biotechnology firms». *Journal of Business Venturing*, vol. 15, n.º 3, págs. 211-229.
- DÍAZ DE RADA, V. [2002]: *Técnicas de Análisis multivariante para investigación social y comercial. Ejemplos prácticos utilizando SPSS versión 11*. Editorial Ra-Ma, Madrid.
- DIERICKX, I. y COOL, K. [1989]: «Asset stock accumulation and sustainability of competitive advantage». *Management Science*, vol. 35, n.º 12, págs. 1.504-1.511.
- DRÖGE, C.; CLAYCOMB, C. y GERMAIN, R. [2003]: «Does knowledge mediate the effect of context on performance? Some initial evidence». *Decision Sciences*, vol. 34, n.º 1, págs. 541-568.
- DUGUET, E. [2000]: «Knowledge diffusion, technological innovation and TFP growth at the firm level: evidence from French manufacturing», *EUREQua CNRS-UMR8594*, Working Paper.
- EDMONDSON, A.; WINSLOW, A.; BOHMER, R. y PISANO, G. [2003]: «Learning how and learning what: Effect of tacit and codified knowledge of performance improvement following technologic adoptions». *Decision Science*, vol. 34, n.º 3, págs. 197-223.
- EISENHARDT, K.M. y MARTIN, J.A. [2000]: «Dynamic capabilities: what are they?». *Strategic Management Journal*, vol. 21, n.º 10/11 especial, págs. 1.105-1.121.
- ENSIGN, P.C. [1999]: «Innovation in the multinational firm with globally dispersed R&D: Technological Knowledge utilization and accumulation». *The Journal of High Technology Management Research*, vol. 10, n.º 2, págs. 203-221.

- FERNÁNDEZ, E.; MONTES, J.M. y VÁZQUEZ, C.J. [1998]: «La competitividad de la empresa. Un enfoque basado en la teoría de recursos». SP. Public. AP.
- FERNÁNDEZ, E.; MONTES, J.M.; PÉREZ-BUSTAMANTE, G. y VÁZQUEZ, C.J. [1999]: «Competitive strategy in technological knowledge imitation». *International Journal of Technology Management*, vol. 18, n.º 5/6/7/8, págs. 535-548.
- FOSS, N. y MAHNKE, V. [2002]: «Knowledge management: what can organizational economics contribute?». *Copenhagen Business School (CBS), Working Paper*. Forthcoming en: Mark Easterby-Smith and Marjorie Lyles ed. *The Blackwell companion to organizational learning and knowledge management*. Oxford: Oxford University Press.
- GALENDE, J. y DE LA FUENTE, J.M. [2003]: «Internal factors determining a firm's innovative behavior» *Research Policy*, vol. 32, págs. 715-736.
- GARCÍA, R. y CALANTONE, R. [2002]: «A critical look at technological innovation typology and innovativeness terminology: a literature review». *The Journal of Product Innovation Management*, vol. 19, n.º 2, págs. 110-132.
- GEORGE, G.; ZAHRA, S. y WOOD, R. [2002]: «The effects of business –university alliances on innovative output and financial performance: a study of publicly traded biotechnology companies». *Journal of Business Venturing*, vol. 17, n.º 6, págs. 577-609.
- GOPALAKRISHNAN, S.; BIERLY, P. y KESSLER, E.H. [1999]: «A reexamination of product and process innovations using a knowledge-based view». *The Journal of High Technology Management Research*, vol. 10, n.º 1, págs. 147-166.
- GOPALAKRISHNAN, S. y BIERLY, P. [2001]: «Analyzing innovation adoption using a knowledge-based approach». *Journal of Engineering and Technology Management*, vol. 18, págs. 107-130.
- GRANT, R.M. [1991]: «The resource-based theory of competitive advantage: implications for strategic formulation». *California Management Review*, vol. 33, n.º 3, spring, págs. 114-135.
- [1996]: «Prospering in dynamically-competitive environments: organizational capability as knowledge integration». *Organization Science*, vol. 7, n.º 4, págs. 375-387.
- [1996b]: «Toward a knowledge-based theory of the firm». *Strategic Management Journal*, vol. 17, winter special, págs. 109-122.
- GRANT, R.M. y BADEN-FULLER, [2004]: «A knowledge accessing theory of strategic alliances». *Journal of Management Studies*, vol. 41, n.º 1, págs. 61-84.
- GUJARATI, D.N. [2004]: *Econometría*. Cuarta edición. Ed. McGraw-Hill, México.
- HALL, L. y BAGCHI-SEN, S. [2002]: «A study of R&D, innovation, and business performance in the Canadian biotechnology industry». *Technovation*, vol. 22, n.º 4, págs. 231-244.
- HELFAT, C.E. y RAUBITSCHKE, R.S. [2000]: «Product sequencing: co-evolution of knowledge, capabilities and products». *Strategic Management Journal*, vol. 21, n.º 10/11, págs. 961-979.
- HIDALGO, A. [1999]: «La gestión de la tecnología como factor estratégico de la competitividad industrial». *Economía Industrial*, n.º 330, págs. 43-54.
- HIRSCHEY, M.; RICHARDSON, V. y SCHOLZ, S. [2001]: «Value relevance of nonfinancial information: The case of patent data». *Review of Quantitative Finance and Accounting*, vol. 17, págs. 223-235.
- HITT, M.A.; IRELAND, R.D. y LEE, H. [2000]: «Technological learning, knowledge management, firm growth and performance: an introductory essay». *Journal of Engineering and Technology Management*, vol. 14, n.º 3-4, págs. 231-246.
- HULT, G.T.M. y KETCHEN, D.J. Jr. [2001]: «Does market orientation matter?: A test of the relationship between positional advantage and performance». *Strategic Management Journal*, vol. 22, n.º 9, págs. 899-906.

- INKPEN, A. y BEAMISH, P. [1997]: «Knowledge, bargaining power, and the instability of international joint ventures». *Academy of Management Review*, vol. 22, n.º 1, págs. 177-202.
- IRELAND, R.D.; HITT, M.A. y VAIDYANATH, D. [2002]: «Alliance management as a source of competitive advantage». *Journal of Management*, vol. 28, n.º 3, págs. 413-446.
- KAISER, U. [2002]: «An empirical test of models explaining research expenditures and research cooperation: evidence for the German service sector». *International Journal of Industrial Organization*, vol. 20, págs. 747-774.
- KAKABADSE, N.; KOUZMIN, A. y KAKABADSE, A. [2001]: «From tacit knowledge to knowledge management: leveraging invisible assets». *Knowledge and Process Management*, vol. 8, n.º 3, págs. 137-154.
- KELLEY, D.J. y RICE, M.P. [2002]: «Advantage beyond founding. The strategic use of technologies». *Journal of Business Venturing*, vol. 17, n.º 1, págs. 41-57.
- KOGUT, B. y ZANDER, U. [1992]: «Knowledge of the firm, combinative capabilities, and the replication of technology». *Organization Science*, vol. 3, n.º 3, págs. 383-397.
- KOTABE, M.; SRINIVASAN, S.S. y AULAKH, P.S. [2002]: «Multinationality and firm performance: the moderating role of R&D and marketing capabilities». *Journal of International Business Studies*, vol. 33, n.º 1, págs. 79-97.
- KUSUNOKI, T.; NONAKA, I. y NAGATA, A. [1998]: «Organizational capabilities in product development of Japanese firm». *Organization Science*, vol. 9, n.º 6, págs. 699-718.
- LEV, B. [2001]: *Intangibles: Management, Measurement, and reporting*. Ed. The Brookings Institution, Washington, D.C.
- LIU, Q. [2000]: «Essays in empirical finance in high-technology industries». *UMI Dissertation*.
- LÖÖF, H. y HESHMATI, A. [2002]: «Knowledge capital and performance heterogeneity: A firm level innovation study». *International Journal of Production Economics*, vol. 76, págs. 61-85.
- MARKMAN, G.; BALKIN, D. y SCHJOEDT, L. [2001]: «Governing the innovation process in entrepreneurial firms». *Journal of High Technology Management Research*, vol. 12, n.º 2, págs. 273-293.
- MCÉVILY, S.K. y CHAKRAVARTHY, B. [2002]: «The persistence of knowledge-based advantage: An empirical test for product performance and technological knowledge». *Strategic Management Journal*, vol. 23, n.º 4, págs. 285-305.
- MCGAUGHEY, S. [2002]: «Strategic interventions in intellectual asset flows». *Academy of Management Review*, vol. 27, n.º 2, págs. 248-274.
- MICHALISIN, M.D.; KLINE, D.M. y SMITH, R.D. [2000]: «Intangible strategic assets and firm performance: A multi-industry study of the resource based view». *Journal of Business Strategies*, vol. 17, n.º 2, págs. 91-117.
- MOWERY, D.C.; OXLEY, J.E. y SILVERMAN, B.S. [1996]: «Strategic alliances and interfirm knowledge transfer». *Strategic Management Journal*, vol. 17, winter special, págs. 77-91.
- NAVAS, J.E. [1994]: *Organización de la empresa y nuevas tecnologías*. Ed. Pirámide, Barcelona.
- NEILL, J.D.; PFEIFFER, G.M. y YOUNG-YBARRA, C.E. [2001]: «Technology R&D alliances and firm value». *Journal of High Technology Management Research*, vol. 12, págs. 227-237.
- NICHOLLS-NIXON, C.L. y WOO, C.Y. [2003]. «Technology sourcing and output of established firms in a regime of encompassing technological change». *Strategic Management Journal* 24, 651-666.
- NONAKA, I. [1994]: «A dynamic theory of organizational knowledge creation». *Organization Science*, vol. 5, n.º 1/2, págs. 14-37.
- NONAKA, I. y TEECE, D.J. [2001]: «Research directions for knowledge management», en NONAKA, I. y TEECE, D.J. (Eds.), *Managing Industrial Knowledge: creation, transfer and utilization*. SAGE publications Ltd. Londres, Inglaterra, capítulo 16, págs. 330-335.

- NONAKA, I.; TOYAMA, R. y KONNO, N. [2000]: «SECI; Ba and leadership: a unified model of dynamic knowledge creation». *Long Range Planning*, vol. 33, n.º 1, págs. 5-34.
- NONAKA, I.; TOYAMA, R. y NAGATA, A. [2000]: «A firm as a knowledge-creating entity: a new perspective on the theory of the firm». *Industrial and Corporate Change*, vol. 9, n.º 1, págs. 1-20.
- ORDÓÑEZ, P. [2002]: «Knowledge management and organizational learning: typologies of knowledge strategies in the Spanish manufacturing industry from 1995 to 1999». *Journal of Knowledge Management*, vol. 6, n.º 1, págs. 52-62.
- PALOP, F. y VICENTE, J.M. [1999]: «Vigilancia tecnológica e inteligencia competitiva. Su potencial para la empresa española». *Estudios COTEC*, Fundación COTEC para la innovación tecnológica, n.º 15.
- PAPACONSTANTINO, G. [1997]: «Technology and industrial performance». *The OCDE Observer*, n.º 204, págs. 6-10.
- PATEL, P. y PAVITT, K. [1997]: «The technological competencies of the world's largest firms: complex and path-dependent, but not much variety». *Research Policy*, vol. 26, n.º 2, págs. 141-156.
- PETERAF, M. [1993]: «The cornerstones of competitive advantage: a resource-based view». *Strategic Management Journal*, vol. 14, n.º 3, págs. 179-191.
- RAO, H. y DRAZIN, R. [2002]: «Overcoming resource constraints on product innovation by recruiting talent from rivals: a study of the mutual fund industry, 1986-94». *Academy of Management Journal*, vol. 45, n.º 3, págs. 491-507.
- RAY, G.; BARNEY, J.B. y MUHANNA, W.A. [2004]: «Capabilities, business processes, and competitive advantage: choosing the dependent variable in empirical tests of the resource-based view». *Strategic Management Journal*, vol. 25, págs. 23-37.
- ROBERTS, P.W. [1999]: «Product innovation, product-market competition and persistent profitability in the US pharmaceutical industry». *Strategic Management Journal*, vol. 20, n.º 7, págs. 655-670.
- ROBERTS, J. [2000]: «From Know-how to Show-how? Questioning the role of information and communication technologies in knowledge transfer». *Technology Analysis & Strategic Management*, vol. 12, n.º 4, págs. 429-443.
- ROLLAND, N. y CHAUVEL, D. [2000]: «Knowledge transfer in strategic alliances». en DESPRES, C. y CHAUVEL, D. (Eds.). *Knowledge horizons: The present and the promise of knowledge management*. Butterworth Heinemann. Estados Unidos, capítulo 11, págs. 225-236.
- ROSENKOPF, L. y ALMEIDA, P. [2001]: «Overcoming local search through alliances and mobility». *The Wharton School*, Working Paper.
- SALAS, V. [1996]: «Economía y gestión de los activos intangibles». *Economía Industrial*, n.º 307, págs. 17-24.
- SÁNCHEZ y MAHONEY [1996]: «Modularity, flexibility, and knowledge management in product and organization design». *Strategic Management Journal*, vol. 17, winter special, págs. 63-76.
- SCHROEDER, R.G.; BATES, K.A. y JUNTILA, M.A. [2002]: «A resource-based view of manufacturing strategy and the relationship to manufacturing performance». *Strategic Management Journal*, vol. 23, n.º 2, págs. 105-117.
- SCHULZ, M. y JOBE, L. [2001]: «Codification and tacitness as knowledge management strategies: an empirical exploration». *Academy of Management Journal*, vol. 44, n.º 4, págs. 661-681.
- SONG, J.; ALMEIDA, P. y WU, G. [2001]: «Learning-by-hiring: when is mobility useful?». *The Wharton School*, Working Paper.
- SOO, C.; MIDGLEY, D. y DEVINNEY, T. [2002]: «The process of knowledge creation in organizations». *INSEAD*, Working Paper, n.º 2002/30/MKT.
- STOCK, G.; GREIS, N. y FISCHER, W. [2001]: «Absorptive capacity and new product development». *Journal of High Technology Management Research*, vol. 12, págs. 77-91.

- STOCK, G. y McDERMOTT, C. [2001]: «Organizational and strategic predictors of manufacturing technology implementation success: an exploratory study». *Technovation*, vol. 21, págs. 625-636.
- TEECE, D.J. [1998]: «Capturing value from knowledge assets. The new economy, markets for know-how, and intangible assets». *California Management Review*, vol. 40, n.º 3, págs. 55-79.
- [2000]: «Strategies for managing knowledge assets: the role of firm structure and industrial context». *Long Range Planning*, vol. 33, n.º 1, págs. 35-54.
- [2002]: *Managing intellectual capital*. Oxford University Press, Inglaterra.
- TSAI, W. [2001]: «Knowledge transfer in intraorganizational networks: effects of network position and absorptive capacity on business unit innovation and performance». *Academy of Management Journal*, vol. 44, n.º 5, págs. 996-1004.
- TSOUKAS, H. y VLADIMIROU, E. [2001]: «What is organizational knowledge?». *Journal of Management Studies*, vol. 38, n.º 7, págs. 973-993.
- TYLER, B. [2001]: «The complementarity of cooperative and technological competencies: a resource-based perspective». *Journal of Engineering and technology management*, vol. 18, págs. 1-27.
- VALLE, S. [2002]: «Mecanismos de protección de las innovaciones técnicas: un análisis empírico». *XII Congreso Nacional de la Asociación Científica de Economía y Dirección de la Empresa (ACEDE)*, Palma de Mallorca.
- UIT BEIJERSE, R.P. [1999]: «Questions in knowledge management: defining and conceptualising a phenomenon». *Journal of knowledge Management*, vol. 3, n.º 2, págs. 94-109.
- VAN DAAL, B.; DE HAAS, M. y WEGGEMAN, M. [1998]: «The knowledge matrix: A participatory method for individual knowledge gap determination». *Knowledge and Process Management*, vol. 5, n.º 4, págs. 255-263.
- VEUGELERS, R. [1997]: «Internal R&D expenditures and external technology sourcing». *Research Policy*, vol. 26, págs. 303-315.
- VEUGELERS, R. y CASSIMAN, [1999]: «Make and buy in strategies: evidence from Belgium manufacturing firms». *Research Policy*, vol. 28, págs. 63-80.
- VICENTE-LORENTE, J.D. [2000]: «Inversión en intangibles y creación de valor en la industria manufacturera española». *Economía Industrial*, n.º 332, págs. 109-123.
- VILLALONGA, B. [2004]: «Intangible resources, Tobin's q, and the sustainability of performance differences». *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 54, págs. 205-230.
- VON KROGH, G.; BACK, A.; SEUFERT, A. y VASSILIADIS, S. [2000]: «Competing with intellectual capital: Theoretical background». *Institute of Management (IfB), University of St. Gallen, Working Paper*, n.º 43.
- VON KROGH, G.; NONAKA, I. y ABEN, M. [2001]: «Making the most of your company's knowledge: a strategic framework». *Long Range Planning*, vol. 34, n.º 4, págs. 421-439.
- WOOLDRIDGE, J. [2001]: *Introducción a la econometría. Un enfoque moderno*. Editorial Thomson Learning, Madrid.
- ZACK, M.H. [1999]: «Managing Codified Knowledge». *Sloan Management Review*, vol. 40, n.º 4, summer, págs. 45-58.
- ZAHRA, S. y GEORGE, G. [2002]: «Absorptive capacity: a review, reconceptualization, and extension». *Academy of Management Review*, vol. 27, n.º 2, págs. 185-203.
- ZAHRA, S. y NIELSEN, A. [2002]: «Sources of capabilities, integration and technology commercialization». *Strategic Management Journal*, vol. 23, n.º 5, págs. 377-398.
- ZANDER, U. y KOGUT, B. [1995]: «Knowledge and the speed of the transfer and imitation of organizational capabilities: an empirical test». *Organization Science*, vol. 6, n.º 1, págs. 76-92.

ANEXO I. ÍTEM DE ACTIVOS DE CONOCIMIENTO TECNOLÓGICO

Número ítem	Afirmación del cuestionario (ítem)
E.1	No ha realizado ni contratado actividades de ID Ha realizado internamente actividades de ID pero no ha contratado al exterior Ha contratado actividades de ID pero no las ha realizado en la empresa Ha realizado en la empresa y también ha contratado al exterior actividades de ID
E.4	Indique si durante (año) la empresa registró patentes en España
E.5	Indique si durante (año) la empresa registró patentes en el extranjero
E.6	Indique si durante (año) la empresa registró modelos de utilidad
E.12	Indique si la empresa realizó en (año) pagos por licencias y asistencia técnica del extranjero
E.13.1	Mantuvo una dirección o comité de tecnología o ID
E.13.2	Contó con un plan de actividades de innovación
E.13.3	Se elaboraron indicadores de resultado de la innovación
E.13.4	Se colaboró con Universidades y/o centros tecnológicos
E.13.5	Hubo colaboración tecnológica con clientes
E.13.6	Hubo colaboración tecnológica con proveedores
E.13.7	Hubo colaboración tecnológica con competidores
E.13.8	Mantuvo acuerdos de cooperación tecnológica (<i>Joint ventures</i>)
E.13.9	Participó en empresas que desarrollan innovación tecnológica
E.13.11	Reclutó personal con experiencia profesional en el sistema público de ID
E.13.12	Reclutó personal con experiencia empresarial en ID
E.13.14	Participó en algún programa de investigación de la UE
E.13.16	Utilizó asesores o expertos para informarse sobre tecnologías
E.13.17	Evaluó tecnologías alternativas para la empresa
E.13.18	Evaluó las perspectivas de cambio tecnológico

FUENTE: Encuesta sobre Estrategias Empresariales.

ANEXO II

TABLA A.II.1. Evolución de los recursos de conocimiento explícito y el I+D.

	1998				1999				2000			
	ProInd	PaLic	IDint	IDext	ProInd	PaLic	IDint	IDext	ProInd	PaLic	IDint	IDext
Media	0,766	0,18%	0,52%	0,21%	0,787	0,19%	0,50%	0,28%	0,755	0,20%	0,46%	0,28%
Mediana	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
S.D.	6,794	0,77%	1,60%	0,84%	10,217	1,19%	1,42%	1,38%	11,737	0,93%	1,37%	1,84%
% empresas que utilizan	9,00%	12,33%	35,32%	23,68%	7,82%	11,98%	35,32%	25,62%	8,24%	11,77%	33,93%	24,17%
Media	8,69	1,54%	1,47%	0,91%	10,31	1,67%	1,52%	1,08%	9,17	1,71%	1,38%	1,16%
Mediana	3	0,99%	0,64%	0,32%	3	1,02%	0,65%	0,34%	2	1,12%	2,56%	0,33%
S.D.	21,40	1,71%	2,43%	2,07%	35,78	3,10%	2,10%	2,56%	40,08	2,20%	2,21%	3,62%

TABLA A.II.2. Evolución de las capacidades de conocimiento tecnológico.

	1998		1999		2000	
	CapVig	CapGes	CapVig	CapGes	CapVig	CapGes
Mediana	-,557	-,349	-,600	-,351	-,593	-,369
S.D.	,917	,917	,928	,954	,933	,949
Mínimo	-1,642	-2,286	-1,726	-2,403	-1,577	-2,245
Máximo	1,954	2,536	1,879	2,530	1,907	2,468

TABLA A.II.3. Evolución de los recursos de conocimiento tácito.

	1998			1999			2000		
	AliCap	ConPer	AliCol	AliCap	ConPer	AliCol	AliCap	ConPer	AliCol
Mediana	-,222	-,168	-,265	-,218	-,084	-,278	-,209	-,101	-,265
S.D.	,740	,672	,865	,780	,997	,915	,743	,995	,784
Mínimo	-1,313	-1,352	-1,763	-1,374	-1,131	-1,771	-1,204	-1,101	-2,076
Máximo	5,097	3,746	2,446	5,316	4,261	2,623	4,847	4,062	2,521

CONTABILIDAD	CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC	Núm. 9/2005
--------------	------------------------------	----------------



MIGUEL ÁNGEL GÁLVEZ LINARES
JAVIER FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Profesores del CEF

BOICAC núm. 58, junio de 2004. Consulta 3

SUMARIO:

Sobre el registro contable de las bonificaciones legales aplicables por los vendedores de vehículos de ocasión.

Respuesta:

La consulta planteada hace referencia al registro de un supuesto de bonificación otorgada en la venta de vehículos usados, cuya regulación establece la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que, en su disposición adicional trigésima sexta modifica la Ley 39/1997, de 8 de octubre por la que se aprueba el programa Prever para la modernización del parque de vehículos automóviles, el incremento de la seguridad vial y protección del medio ambiente.

Respecto al **tratamiento contable por parte del vendedor** de la operación descrita, y sin entrar a valorar su calificación desde una perspectiva tributaria, hay que indicar que, en tanto la bonificación otorgada es soportada por la Administración que en último término resarce al vendedor final del vehículo usado permitiéndole la deducción de las citadas bonificaciones de la cuota íntegra del Impuesto sobre Sociedades o de la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el fondo económico que se desprende de la operación es el de un crédito del vendedor frente a la Administración, asimilado a una cantidad retenida a cuenta de impuestos, al señalarse esta aplicación en la correspondiente declaración tributaria.

Por tanto, en relación con las cantidades bonificadas al cliente y que resarce la Administración al vendedor, para incentivar la adquisición del vehículo adquirido, **se asimilarán en la contabilidad del vendedor a las retenciones o pagos a cuenta.** En este sentido, cabe señalar que la normativa

aplicable al respecto se encuentra en la norma de valoración 16.^a «Impuesto sobre Sociedades», contenida en la quinta parte del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, que ha sido objeto de desarrollo en virtud de la Resolución de 9 de octubre de 1997 de este Instituto, publicada en el BOICAC núm. 31 y en la Resolución de 15 de marzo de 2002, BOICAC núm. 49, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se modifica parcialmente la anterior, entre otros motivos, para incorporar el nuevo tratamiento contable de las deducciones y bonificaciones.

EJEMPLO:

La sociedad «NASEBY, S.A.», constituida en el tercer trimestre de 20X4 y dedicada a la compraventa de vehículos usados ha realizado durante el mes de diciembre de 20X4 las siguientes operaciones al contado:

- a) Vende una furgoneta, matriculada hace 2 años, por importe de 55.000 euros. El comprador da de baja otra semejante adquirida hace 13 años.
- b) Vende un vehículo de turismo, con motor diesel y un año de antigüedad, por importe de 25.000 euros. El cliente da de baja otro semejante adquirido hace 11 años y que tenía un motor de gasolina no apto para usar gasolina sin plomo.
- c) Vende por 15.000 euros un vehículo de turismo, matriculado hace 6 años. El comprador acredita haber dado de baja para desguace un vehículo industrial que tenía 15 años de antigüedad.
- d) Vende un camión con 3 años de antigüedad por 80.000 euros. El adquirente da de baja otro camión adquirido hace 8 años.

A final de ejercicio, la sociedad «XX», que es una empresa de reducida dimensión, ha obtenido un resultado contable de 12.000 euros, y ha realizado unos pagos fraccionados de 400 euros.

SE PIDE: Contabilizar las operaciones anteriores y el impuesto sobre beneficios devengado durante el ejercicio 20X4.

Solución:

- a) Por la venta de la furgoneta:

63.319,19	Bancos, c/c a la vista (572)	
480,81	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (473)	
	a Ventas de mercaderías (700)	55.000
	a Hacienda Pública, IVA repercutido (477)	8.000
		...

...../.....

.../...

Impuesto sobre beneficios.

Liquidación Impuesto sobre Sociedades		Gasto del Impuesto sobre Sociedades	
Resultado Contable o BAI	12.000	Resultado Contable o BAI	12.000
+ – Diferencias Permanentes	0	+ – Diferencias Permanentes ..	0
+ – Diferencias Temporales	0	= Resultado Contable ajustado ..	12.000
= Resultado fiscal	33.000	× Escala de gravamen	0,3 - 0,35
– BI negativas ejercicios anteriores ..	0	= Impuesto bruto	3.600
= Base Imponible	33.000	– Deducciones y bonificaciones ..	0
× Escala de gravamen	0,3 - 0,35	= Impuesto devengado	3.600
= Cuota íntegra (1)	3.600		
– Deducciones y bonificaciones ..	0		
= Cuota líquida	3.600		
– Retenciones y pagos a cuenta (1) ..	2.082,83		
= Cuota diferencial	1.517,17		

(1) 480,81 + 721,21 + 480,81 + 400

3.600	Impuesto sobre beneficios (630)	
	a Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (473)	2.082,83
	a Hacienda Pública, acreedor por el Impuesto sobre Sociedades (4752)	1.517,17
	_____ x _____	

La justificación de la deducción se acreditará mediante las facturas justificativas de la aplicación de la bonificación y de los certificados de baja de los correspondientes vehículos.

BOICAC núm. 56, diciembre de 2003. Consulta 4**SUMARIO:**

Sobre el tratamiento contable de determinados envíos gratuitos al exterior.

Respuesta:

La empresa envía muestras de sus existencias mediante la transmisión gratuita de la propiedad, sin posible retrocesión de las mismas.

En este caso, la empresa deberá contabilizar la baja en su activo de los bienes entregados gratuitamente mediante el abono a una cuenta de variación de existencias, valorándose por su precio de adquisición o coste de producción. De acuerdo con el principio de prudencia recogido en la primera parte del Plan General de Contabilidad, la transmisión gratuita originará, en principio, un gasto del ejercicio en el que se produzca la citada transmisión que, por su naturaleza, deberá figurar en la cuenta de pérdidas y ganancias como un gasto de naturaleza comercial, de la forma expuesta anteriormente.

De acuerdo con la Resolución de 16 de mayo de 1991 de este Instituto por la que se fijan criterios generales para determinar el «importe neto de la cifra de negocios», las entregas de existencias destinadas a la venta formarán parte del importe de la cifra anual de negocios. Adicionalmente, si las entregas de existencias destinadas a la venta se efectúan como contraprestación de servicios que representan gastos para ella, las mismas formarán parte de la cifra anual de negocios y se valorarán por el precio de adquisición o coste de producción de los bienes o servicios entregados, o por el valor de mercado de lo recibido si es menor que aquél, debiéndose contabilizar como «ventas» o «prestaciones de servicios», según lo establecido en la letra b) de la norma Segunda de la citada Resolución.

No obstante lo anterior, en la medida que racionalmente, y de una forma clara, este gasto ocasione una ampliación de la actividad de la empresa se considerará, en su caso, como gastos de primer establecimiento, por lo que su imputación a resultados deberá realizarse en un período que en ningún caso podrá exceder de 5 años; dicho período deberá reducirse si los ingresos a producir como consecuencia del gasto se realizaran en un período menor.

EJEMPLO:

La sociedad «PRODUCTOS LÁCTEOS, S.A.» dedicada a la fabricación y comercialización de productos derivados de la leche ha realizado durante el año 20X4 las siguientes operaciones relativas a algunos de sus productos:

- a) Durante el mes de febrero, debido a un descenso en sus ventas de leche desnatada, decide realizar una promoción del tipo si se lleva 3 paga sólo 2. El precio de venta del litro de leche es de 0,5 €, su coste para «PROLASA» 0,28 € y se han vendido durante dicho mes 90.000 litros.
- b) En el mes de abril compra 2 ordenadores cuyo valor es de 6.000 € cada uno y su vida útil de 4 años. El suministrador de los mismos está interesado en hacer una donación de yogures a «CÁRITAS», por lo que acepta el pago mediante la entrega de este producto. El coste para «PROLASA» de los yogures entregados es de 8.000 €.
- c) Hace unos meses la sociedad decidió ampliar sus actividades mediante el lanzamiento de una nueva línea de productos: los zumos. Por ello, por la compra de un pack de 6 litros de leche, la sociedad regala un litro de zumo. El coste del zumo entregado durante mayo y junio asciende a 10.000 € y la sociedad inicia la comercialización normal en el mes de julio, ya que el producto ha tenido muy buena acogida.

SE PIDE: Contabilidad de las operaciones anteriores.

Solución:

- a) La entrega gratuita del tercer litro de leche deberá reflejarse, de acuerdo con el criterio establecido en la consulta 4 del BOICAC 56, mediante el abono en una cuenta de variación de existencias por su precio de adquisición o coste de producción. La contrapartida deberá ser una cuenta de gasto de naturaleza comercial para lo que entendemos que podrá utilizarse la cuenta «(627) Publicidad, propaganda y relaciones públicas» o si así lo estima conveniente la sociedad se podría utilizar una subcuenta con denominación adecuada.

.../...

.../...

30.000	<i>Cientes (430)</i>		
8.400	<i>Publicidad, propaganda y relaciones públicas (627)</i>		
		<i>a Ventas de productos terminados (701)</i>	30.000
		<i>a Variación de existencias de productos terminados (712)</i>	8.400
		_____ x _____	

(Entendemos que 90.000 son el total de litros entregados por «PROLASA» y que todas las ventas han sido en la modalidad 3x2 ofrecida por la sociedad)

b) En este segundo caso será de aplicación lo dispuesto en la Resolución de 16 de mayo de 1991 por la que se fijan criterios generales para determinar el «importe neto de la cifra de negocios», por lo que los productos entregados por «PROLASA» deberán contabilizarse como ventas por su coste de producción o por el valor de mercado de lo recibido si fuera menor.

8.000	<i>Equipos para proceso de información (227)</i>		
		<i>a Ventas de productos terminados (701)</i>	8.000
		_____ x _____	

A 31 de diciembre por la amortización de los ordenadores:

1.500	<i>Amortización del inmovilizado material (682)</i> (8.000/4 × 9/12)		
		<i>a Amortización acumulada del inmovilizado material (282)</i>	1.500
		_____ x _____	

c) En esta tercera operación, la entrega gratuita de muestras de zumo puede considerarse como un gasto de primer establecimiento ya que se produce como consecuencia de la ampliación de la capacidad productiva de la sociedad y debido que el producto ha tenido buena acogida puede entenderse que contribuirá a la generación de ingresos futuros.

10.000	<i>Gastos de primer establecimiento (201)</i>		
		<i>a Variación de existencias de productos terminados (712)</i>	10.000
		_____ x _____	

A 31 de diciembre por la amortización:

1.000	<i>Amortización de gastos de establecimiento (680)</i>		
		<i>a Gastos de primer establecimiento (201)</i>	1.000
		_____ x _____	

CONTABILIDAD	SEGUNDO EJERCICIO DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS PARA INGRESO EN EL CUERPO SUPERIOR DE INTERVENTORES Y AUDITORES DEL ESTADO	Núm. 10/2005
---------------------	---	-------------------------



INMACULADA DE BENITO CÁMARA

Profesora del CEF

Sumario:

- CASO 1.** Contabilidad general. Regularización y cálculo del resultado.
- CASO 2.** Cálculo del patrimonio neto. Distribución de resultados. Operaciones con acciones y obligaciones.
- CASO 3.** Matemáticas financieras. Préstamos. Amortización variable en progresión geométrica. Cuadro de amortización.

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado convocadas por Orden HAC/1199/2004, de 6 de abril (BOE de 6 de mayo)].

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

CONTABILIDAD GENERAL. REGULARIZACIÓN Y CÁLCULO DEL RESULTADO

ENUNCIADO

La sociedad anónima «ABC, S.A.» presenta el siguiente Balance de Saldos a 30-11-2004:

	Saldo deudores	Saldo acreedores
Capital social (20.000 acciones) (100)		100.000
Reserva legal (112)		12.000
Deudas a largo plazo con entidades de crédito (170)		6.000
Gastos de I+D en proyectos terminados (2101)	9.000	0
Fondo de comercio (213)	6.000	0
AAII (281)	0	1.200
Terrenos (220)	30.000	0
Construcciones (221)	72.000	0
Maquinaria (223)	15.000	0
Elementos de transporte (228)	50.000	0
AAIM (282)		29.200
Equipos para proceso de información en montaje (237)	9.000	0
Mercaderías (300)	18.000	0
Provisión por depreciación de mercaderías (390)	0	3.000
Proveedores (400)	0	19.000
Clientes (430)	25.200	0
Anticipos de clientes (437)	0	1.200
Remuneraciones pendientes de pago (465)	0	3.600
Hacienda pública, retenciones y pagos a cuenta (473)	180	0
Hacienda pública acreedor por retenciones practicadas (4751) .	0	9.600
Hacienda pública, IVA soportado (472)	9.000	0
Hacienda pública, IVA repercutido (477)	0	20.600
Hacienda pública deudor por IVA (4700)	120	0
Organismos Seguridad Social acreedores (476)	0	9.100
Bancos c/c (572)	59.000	0
Compras de mercaderías (600)	76.000	0
Reparaciones y conservación (622)	930	0
Servicios bancarios y similares (626)	60	0
Sueldos y salarios (640)	278.000	0
Seguridad Social a c/ empresa (642)	83.500	0
Ventas de mercaderías (700)	0	500.000
Prestaciones de servicios (705)	0	26.490
Total	740.990	740.990

OPERACIONES DEL MES DE DICIEMBRE:

1. El 1-XII compra mercaderías a crédito a 90 días por valor de 10.000\$ (en dicha fecha 1 euro = 1,25 \$). Además, paga al contado gastos de transporte de estas compras por 300 euros a una empresa española. El día 20 devuelve mercaderías al proveedor por valor de 1.000\$ (en dicha fecha 1 euro = 1,25\$).

2. El 2-XII dona a una asociación deportiva una máquina con un precio de adquisición de 1.200 euros estando amortizada en un 10%.

3. El 4-XII vende mercaderías por 30.000 euros, aplica primero el anticipo ya contabilizado y del resto paga el 50% al contado y el resto a 60 días. En la factura figuran además envases retornables por 120 euros, así como un descuento por volumen de pedido del 2%. El 20-XII el comprador devuelve la mitad de los envases y el resto se los queda definitivamente.

4. El 6-XII adquiere al contado una maquinaria por valor de 9.000 euros. En la misma fecha se le concede y entrega una subvención de la Comunidad Autónoma por el 80% de su valor.

5. El 8-XII entra en funcionamiento el inmovilizado en curso que figura en balance. Para financiar el mismo se obtuvo el 8-VI-2004 el préstamo que figura en balance, que devenga un 6% de interés anual, pagadero por años vencidos. La empresa decide capitalizar todos los gastos permitidos por el PGC.

6. El 15-XII adquiere en Bolsa, por importe de 12.920 euros, 2.000 obligaciones de valor nominal 6 euros. Dichas obligaciones fueron emitidas el 15 de marzo de 2004 y se remuneran a un interés del 3,6% anual. El primer cupón se cobrará el 15-III-2005.

7. El 18-XII establece una cuenta de participación con la sociedad «XYZ, S.A.» en la que ésta actúa como gestora, acordándose entre ambas una participación en los resultados al 50%. Dos días después hace efectiva a la sociedad «XYZ, S.A.» una provisión de fondos para operaciones en común de 40.000 euros. La sociedad «XYZ, S.A.» compra mercancía en participación por 80.000 euros y la vende unos días después por 92.000 euros. El 25-XII la sociedad «XYZ, S.A.» procede a practicar la liquidación de los resultados con nuestra sociedad.

8. El 28-XII compra una camioneta para el reparto de mercancía cuyo precio de venta al contado es de 11.700 euros. Se satisfacen en efectivo 9.000 euros, y por el resto la empresa vendedora acepta la entrega, por parte de «ABC, S.A.», de un vehículo usado con un coste histórico de 15.000 euros y una amortización acumulada del 75% que la entidad vendedora de la camioneta valora en los 2.700 euros restantes.

INFORMACIÓN ADICIONAL:

- a) El inmovilizado material se amortiza en un 10% anual y el inmaterial un 20%. Los gastos de establecimiento y a distribuir en varios ejercicios se sanean linealmente.

- b) Las existencias finales de mercaderías son 18.000 euros. El valor de mercado es 19.230 euros.
- c) Se utiliza el método global para la dotación de la provisión para insolvencias de clientes. El año en curso decide dotar el 1% de los saldos pendientes de cobrar.
- d) A 31-XII la cotización del dólar es 1 euro=1,20 \$.
- e) Los gastos de I+D que figuran en el balance se finalizaron el 31-XII-2003.
- f) A 31-XII el valor de mercado de los valores de renta fija adquiridos es de 12.831 euros.

SE PIDE:

- A) Contabilización de las operaciones descritas.
- B) Operaciones de Regularización y cálculo del Resultado.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

Notas del autor en relación con los criterios utilizados en la resolución del supuesto:

1. No se ha tenido en cuenta el IVA que según se desprende del Balance (por aparecer en él las cuentas Hacienda pública, IVA soportado, Hacienda pública, IVA repercutido y Hacienda pública, deudor por IVA) grava las operaciones realizadas por la empresa, por dos razones: la primera por decirse expresamente en las notas introductorias que no se tenga en cuenta la problemática fiscal y la segunda porque de aplicarse se tendría que suponer el tipo de gravamen que sujeta las operaciones realizadas.
2. En las operaciones correspondientes a amortizaciones, cálculo de intereses e imputación de la subvención a resultados se ha considerado meses completos.

A) CONTABILIZACIÓN DE LAS OPERACIONES DESCRITAS

1 – XII. Compra de mercaderías, transporte de compras (punto 1).

8.000,00	Compras de mercaderías (600)	
	a Proveedores en moneda ex-	
	tranjera (4004)	8.000,00
	(10.000 \$ / 1,25)	
	_____ X _____	

300,00	Compras de mercaderías (600)		
		a	Bancos c/c (572)
			300,00
		x	

2 – XII. Donación de una maquinaria (punto 2 y apartado a) de la información adicional).

En este punto se va a considerar que la información suministrada por el punto 2 en cuanto que la amortización de la máquina es del 10% corresponde a la amortización que se encuentra contabilizada en el Balance, procediéndose en consecuencia a contabilizar en primer lugar la depreciación del año en curso, y en segundo lugar la operación de donación.

110,00	Amortización inmovilizado material (682)		
	(0,10 × 1.200 × 11/12)		
		a	Amortización acumulada inmovilizado material (282)
			110,00
		x	
230,00	Amortización acumulada inmovilizado material (282)		
	[(0,10 × 1.200) + 110]		
970,00	Pérdidas por donaciones de inmovilizado material (676)		
		a	Maquinaria (223)
			1.200,00
		x	

4 – XII. Venta de mercaderías con envases retornables (punto 3).

La solución se va a realizar en tres asientos siguiendo literalmente el enunciado, y considerando que el descuento por volumen que incorpora la factura no corresponde únicamente a esta operación (en cuyo caso se habría contabilizado como menor importe de la venta), por lo que se va a contabilizar en la cuenta «Rappel s/ventas».

1.200,00	Anticipos de clientes (437)		
14.400,00	Bancos c/c (572)		
	[0,50 × (30.000 – 1.200)]		
14.400,00	Clientes (430)		
		a	Ventas de mercaderías (700)
			30.000,00
		x	

120,00	Cientes (430)		
		a	Envases a devolver por clientes (436)
			120,00
		x	
600,00	Rappel s/ventas (709)		
		a	Cientes (430)
			600,00
		x	

6 – XII. Compra de una maquinaria y concesión y cobro de una subvención (punto 4).

9.000,00	Maquinaria (223)		
		a	Bancos c/c (572)
			9.000,00
		x	
7.200,00	Hacienda Pública, deudor por subvenciones concedidas (4708)		
		a	Subvenciones oficiales al capital (130)
			(0,80 × 9.000)
			7.200,00
		x	
7.200,00	Bancos c/c (572)		
		a	Hacienda Pública, deudor por subvenciones concedidas (4708)
			7.200,00
		x	

8 – XII. Devengo de intereses, activación de intereses e inmovilizado (punto 5).

180,00	Intereses de deudas a largo plazo (662)		
	(0,06 × 6.000 × 6/12)		
		a	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito (526)
			180,00
		x	
9.180,00	Equipos para procesos de información (227)		
		a	Equipos para procesos de información en montaje (237)
			9.000,00
		a	Incorporación al activo de gastos financieros (736)
			180,00
		x	

15 – XII. Compra en Bolsa de obligaciones (punto 6).

12.596,00	Valores de renta fija (251)		
	(12.920 – 324)		
324,00	Intereses a corto plazo de valores de renta fija (546)		
	$(0,036 \times 2.000 \times 6 \times 9/12)$		
	a Bancos c/c (572)	12.920,00	
	x		

20 – XII. Devolución de compras de mercaderías al proveedor (punto 1).

800,00	Proveedores en moneda extranjera (4004)		
	(1.000 \$ / 1,25)		
	a Devoluciones de compras (608)	800,00	
	x		

20 – XII. Devolución del cliente de la mitad de los envases y compra de la otra mitad (punto 3).

120,00	Envases a devolver por clientes (437)		
	a Ventas de envases (704)	60,00	
	a Clientes (430)	60,00	
	x		

20 – XII. Provisión de fondos para el negocio en participación (punto 7).

40.000,00	Deudores por operaciones en común (449)		
	a Bancos c/c (572)	40.000,00	
	x		

25 – XII. Liquidación de los resultados correspondientes al negocio en participación (punto 7).

6.000,00	Deudores por operaciones en común (449)		
		a Beneficio atribuido (7511)	6.000,00
		[0,50 × (92.000 – 80.000)]	
		x	

28 – XII. Adquisición de una camioneta de reparto (punto 8).

En la contabilización de esta operación se va a seguir el mismo criterio que el utilizado en la operación correspondiente al 2 – XII.

1.500,00	Amortización inmovilizado material (682)		
	(0,10 × 15.000)	a Amortización acumulada inmovilizado material (282)	1.500,00
		x	

Precio de adquisición del vehículo entregado	15.000
– Amortización acumulada [(0,75 × 15.000) + 1.500]	(12.750)
Valor neto contable	2.250
+ Importe a satisfacer monetariamente	9.000
Suma	11.250
Valor de mercado de la camioneta	11.700

La camioneta se da entrada por 11.250 por ser menor que el valor de mercado, de acuerdo con lo establecido en la Resolución de 30 de julio de 1991 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

12.750,00	Amortización acumulada inmovilizado material (282)		
	[(0,75 × 15.000) + 1.500]		
11.250,00	Elementos de transporte (228)	a Elementos de transporte (228)	15.000,00
		a Bancos c/c (572)	9.000,00
		x	

31 – XII. Amortización del inmovilizado material (apartado a).

Construcciones ($0,10 \times 72.000$)	7.200
Maquinaria de Balance [$(15.000 - 1.200) \times 0,10$]	1.380
Maquinaria comprada ($0,10 \times 9.000 \times 1/12$)	75
Elementos de transporte [$(50.000 - 15.000) \times 0,10$]	3.500
Equipos para procesos de información ($9.180 \times 0,10 \times 1/12$)	76,50
Suma	12.231,50

12.231,50 Amortización inmovilizado material (682)

a Amortización acumulada inmovilizado material (282) 12.231,50

_____ x _____

31 – XII. Imputación de la subvención a resultados (punto 4).

60,00 Subvención oficial al capital (130)

a Subvenciones de capital trasladadas a resultados del ejercicio (775) 60,00
($0,10 \times 7.200 \times 1/12$)

_____ x _____

31 – XII. Amortización del inmovilizado inmaterial (apartado a).

Gastos de I+D en proyectos terminados ($0,20 \times 9.000$)	1.800
Fondo de comercio ($0,20 \times 6.000$)	1.200
Suma	3.000

3.000,00 Amortización inmovilizado inmaterial (681)

a Amortización acumulada inmovilizado inmaterial (281) 3.000,00

_____ x _____

31 – XII. Regularización de existencias y aplicación de provisión (apartado b).

18.000,00	Variación de existencias de mercaderías (610)		
		a Mercaderías (300)	18.000,00
		x	
18.000,00	Mercaderías (300)		
		a Variación de existencias de mercaderías (610)	18.000,00
		x	
3.000,00	Provisión por depreciación de mercaderías (390)		
		a Provisión de existencias aplicada (793)	3.000,00
		x	

En el ejercicio actual no procede dotar provisión por ser mayor el valor de mercado que el precio de coste de las existencias finales.

31 – XII. Dotación provisión insolvencias de clientes (apartado c).

Clientes			
Saldo 30-11-2004	25.200		
4-XII Ventas	13.920	60	Devolución envases 20-XII
	39.120	60	
		Sd = 39.060	
390,60	Dotación provisión insolvencias de tráfico (794)		
		a Provisión insolvencias de tráfico (490)	390,60
		(0,01 × 39.060)	
		x	

31 – XII. Ajuste de la deuda en dólares (apartado d).

300,00	<i>Diferencias negativas de cambio</i>		
	(668)		
	$[9.000\$ \times (1,25 - 1,20)]$		
		a Proveedores en moneda ex-	
		tranjera (4004)	300,00
_____		x _____	

31 – XII. Dotación provisión insolvencias de clientes (apartado e).

La amortización correspondiente a los gastos de I +D se ha contabilizado en el apartado a).

31 – XII. Valores de renta fija (apartado f).

18,00	<i>Intereses a corto plazo de valo-</i>		
	<i>res de renta fija (546)</i>		
	$(0,036 \times 2.000 \times 6 \times 1/24)$		
		a Ingresos de valores de renta	
		fija (761)	18,00
_____		x _____	

Precio de adquisición	12.596
Intereses a corto plazo de valores de renta fija $(324 + 18)$	342
Suma	12.938
Precio de mercado	12.831
Depreciación	107

107,00	<i>Dotación provisión valores nego-</i>		
	<i>ciables (696)</i>		
		a Provisión depreciación valo-	
		res negociables (297)	107,00
_____		x _____	

31 – XII. Contabilización de los intereses devengados por el préstamo en el mes de diciembre (punto 5).

30,00	Intereses de deudas a largo plazo (662) ($0,06 \times 6.000 \times 1/12$)	
	a Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito (526)	30,00
	x	

B) OPERACIONES DE REGULARIZACIÓN Y CÁLCULO DEL RESULTADO

466.209,10	Pérdidas y ganancias (129)	
	a Compras de mercaderías (600)	84.300,00
	a Reparaciones y conservación (622)	930,00
	a Servicios bancarios y similares (626)	60,00
	a Sueldos y salarios (640)	278.000,00
	a Seguridad Social a c/ empresa (642)	83.500,00
	a Amortización inmovilizado material (682)	13.841,50
	a Amortización inmovilizado inmaterial (681)	3.000,00
	a Intereses de deudas a largo plazo (662)	210,00
	a Rappel s/ventas (709)	600,00
	a Dotación provisión insolvencias de tráfico (694)	390,60
	a Pérdida por donación inmovilizado material (676)	970,00
	a Diferencias negativas de cambio (668)	300,00
	a Dotación provisión valores negociables (696)	107,00
	x	

530.000,00	Ventas de mercaderías (700)		
26.490,00	Prestación de servicios (705)		
180,00	Incorporación al activo de gastos financieros (736)		
18,00	Ingresos de valores de renta fija (761)		
6.000,00	Beneficio atribuido (7511)		
60,00	Subvenciones de capital traspassadas a resultados del ejercicio (775)		
3.000,00	Provisión de existencias aplicada (793)		
800,00	Devoluciones de compras (608)		
60,00	Ventas de envases (704)		
	a Pérdidas y ganancias (129)	566.608,00	
	x		

Beneficio del ejercicio 100.398,90

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

CÁLCULO DEL PATRIMONIO NETO. DISTRIBUCIÓN DE RESULTADOS. OPERACIONES CON ACCIONES Y OBLIGACIONES

ENUNCIADO

La Sociedad Anónima «XLS» presenta el siguiente balance a 1 de abril de 2004:

Activo		Pasivo	
Acciones propias situaciones especiales ... (8.000 acciones).....	100.900	Capital social	780.000
Accionistas por desembolsos no exigidos	60.000	Reserva legal	145.000
Accionistas morosos	12.000	Reserva voluntaria	48.500
Accionistas por aportaciones no dinerarias		Prima emisión	288.000
pendientes	30.000	Pérdidas y ganancias (ejerc. 2003)	132.000
Activos reales	1.900.000	Reserva por acciones propias	72.000
		Pérdidas y ganancias	6.000
		Subvenciones de capital	6.000
		Pasivos exigibles	408.320
		Obligaciones y bonos convertibles	216.000
		(72.000 oblig.)	
		Intereses de empréstitos y otras	1.080
Total activo	2.102.900	Total pasivo	2.102.900

INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA AL BALANCE

1. El capital está formado por dos series de acciones de 6 euros nominales. La serie A está formada por 70.000 acciones emitidas a la par. La serie B de 60.000 acciones corresponde a una ampliación realizada con prima a finales del ejercicio 2003, de las que 20.000 acciones se destinaron a aportaciones no dinerarias valoradas en 216.000 euros.

2. Los dividendos pasivos han sido siempre del 25% del nominal.

3. Las obligaciones que figuran en balance son de 3 euros nominal; fueron emitidas el 1-3-2001 a la par y devengan el 6% de interés anual pagadero por años vencidos. Las condiciones de conversión son de 1 acción de nominal 6 euros por 3 obligaciones y 1,2 euros en efectivo.

4. Las acciones propias fueron adquiridas en Bolsa en enero de 2004.

5. Tipo del Impuesto de Sociedades, 35%

OPERACIONES REALIZADAS DESDE EL 1 DE ABRIL DE 2004 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2004.

A) El 1 de junio del 2004, la sociedad X adquiere 2.000 obligaciones convertibles propias por un importe de 6.030 euros que posteriormente amortiza.

B) En la misma fecha vende en bolsa las acciones propias que sobrepasan el límite permitido por la ley, la cotización de las acciones en ese momento es del 200%.

C) El beneficio de 2003 se repartirá de la siguiente forma: 12%: Rentabilidad para el accionista. -A Reserva Legal, si fuese necesario, lo estipulado por la Ley. A Reserva por Acciones propias la cantidad necesaria estipulada en la Ley. A Reserva Voluntaria, el resto.

D) En la misma junta se aprueba una ampliación de capital con cargo a la totalidad de las reservas disponible y a la parte admitida de Reserva Legal (para ello se toman los datos que figuran en el balance). La ampliación se realiza el 1 de septiembre.

E) El 1 de agosto se convierten 9.000 obligaciones y se les paga a los obligacionistas los intereses devengados.

SE PIDE:

1. Determinar el patrimonio neto al 1 de abril de 2004.

2. Contabilizar las operaciones descritas hasta el 31 de diciembre 2004.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2**ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA AL BALANCE**

1. Capital social: $130.000 \times 6 = 780.000$

Serie A: $70.000 \times 6 = 420.000$ Emisión a la par

Serie B: $60.000 \times 6 = 360.000$ Emisión al 180%

Serie B: 60.000 acciones

• Aportaciones no dinerarias: $20.000 \times 10,80 = 216.000$

• Aportaciones dinerarias: $40.000 \times 10,80 = 432.000$

Total: $60.000 \times 10,80 = 648.000 = 60.000 \times 6 \times 180\%$

Prima de emisión: $288.000 = 60.000 \times 4,80$

2. Accionistas por aportaciones no dinerarias pendientes: $30.000 = 0,25 \times 20.000 \times 6$

Accionistas por desembolsos no exigidos: $60.000 = 0,25 \times 40.000 \times 6$

Accionistas morosos: $12.000 = 0,25 \times 8.000 \times 6$

3. Obligaciones y bonos convertibles: $216.000 = 72.000 \times 3$

Intereses de empréstitos: $1.080 = 0,06 \times 72.000 \times 3 \times 1/12$

4. Acciones propias en situaciones especiales: $100.900 = 8.000 \times 12,6125$ (Serie A)

Reserva por acciones propias: 72.000

1. Determinación del patrimonio neto a 1 de abril de 2004.

Capital social	780.000
Reserva legal	145.000
Reserva voluntaria	48.500
Prima de emisión	288.000
Pérdidas y ganancias (ejercicio 2003)	132.000

Reserva por acciones propias	72.000
Pérdidas y ganancias	6.000
Subvenciones de capital ($0,65 \times 6.000$)	3.900
– Acciones propias en situaciones especiales	(100.900)
Patrimonio neto a 01-04-2004	1.374.500

En el cálculo del patrimonio se ha aplicado la Resolución de 20 de diciembre de 1996 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

2. Contabilización de las operaciones realizadas hasta el 31 de diciembre de 2004.

01-06-2004. Compra y amortización de obligaciones propias. (Apartado A)

5.940,00	Obligaciones propias		
30,00	Intereses de empréstitos y otras		
	$(0,06 \times 2.000 \times 3 \times 1/12)$		
60,00	Intereses de obligaciones y bonos		
	$(0,06 \times 2.000 \times 3 \times 2/12)$		
		a Activos reales	6.030,00
		x	
6.000,00	Obligaciones y bonos convertibles		
	(2.000×3)		
		a Obligaciones propias	5.940,00
		a Beneficios por operaciones	
		con obligaciones propias	60,00
		x	

Obligaciones vivas: $72.000 - 2.000 = 70.000$

01-06-2004. Venta de acciones propias. (Apartado B)

Artículo 75. Adquisición derivativa de acciones propias.

La sociedad sólo podrá adquirir sus propias acciones dentro de los límites y con los requisitos que se enuncian seguidamente:

1.º Que la adquisición haya sido autorizada por la junta general.

- 2.º Que el valor nominal de las acciones adquiridas no exceda el 5 por 100 del capital social.
- 3.º Que la adquisición permita a la sociedad adquirente dotar la reserva prescrita por la norma 3.ª del artículo 79, sin disminuir el capital ni las reservas legal o estatutariamente indisponibles.
- 4.º Que las acciones adquiridas se hallen íntegramente desembolsadas.

Límite permitido por la Ley ($0,05 \times 130.000$).....	6.500 acciones
Acciones poseídas	8.000
Acciones propias a vender	1.500
18.000,00 Activos reales ($1.500 \times 6 \times 200\%$)	
918,75 Pérdidas por operaciones con acciones propias	
a Acciones propias en situaciones especiales ($1.500 \times 12,6125$)	18.918,75
_____ x _____	

Acciones propias en situaciones especiales: $6.500 \times 12,6125 = 81.981,25$

Reserva por acciones propias: 72.000,00

El artículo 79 establece tres requisitos y un límite en relación con las acciones propias. Al referirse el enunciado concretamente al límite, se ha vendido el exceso sobre éste.

Ahora bien hay un requisito que no se cumple, cual es la dotación de una reserva indisponible por el mismo importe por el que figuran las acciones propias computado en el Activo, estableciéndose en él.

Artículo 76. Consecuencias de la infracción.

1. Las acciones adquiridas en contravención de cualquiera de los tres primeros números del artículo 75 deberán ser enajenadas en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de la primera adquisición.
2. La inobservancia del cuarto requisito del artículo anterior determinará la nulidad del negocio de adquisición.

Por lo que si en el plazo de un año a contar desde el 1 de enero de 2004 no se dota la reserva, se habrán de vender aquellas acciones propias para las que no se tuviera dotada la reserva correspondiente.

Reparto del beneficio de 2003. (Apartado C)

132.000,00	Pérdidas y ganancias		
	a	Reserva legal (1)	11.000,00
	a	Dividendo activo a pagar (2)	42.720,00
	a	Reserva por acciones propias (3)	9.981,25
	a	Reserva voluntaria	65.298,75
		X	

(1) Artículo 214. Reserva legal

1. En todo caso, una cifra igual al 10 por 100 del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el 20 por 100 del capital social.

Límite de la Reserva legal ($0,20 \times 780.000$)	156.000	
Reserva legal en Balance	145.000	
Reserva legal a dotar ($156.000 - 145.000$)	11.000	$< 0,10 \times 132.000 = 13.200$

(2) Artículo 215. Distribución de dividendos.

1. La distribución de dividendos a los accionistas ordinarios se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado.

Como el beneficio que se va a repartir corresponde al ejercicio 2003, el único capital desembolsado a lo largo de dicho ejercicio corresponde a la Serie A, puesto que la Serie B según se establece en el punto 1) de la información complementaria al Balance fue emitida a finales de 2003, por lo que a efectos de la solución se va a considerar que se realizó el 31 de diciembre de 2003, y que los desembolsos se han exigido en el 2004.

Artículo 79. Régimen de las acciones propias.

Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias se aplicarán las siguientes normas:

1.ª Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias.

Los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.

Según el artículo anterior, los dividendos (derechos económicos) inherentes a las acciones propias se reparten proporcionalmente a las demás acciones. En la solución se va a considerar que la rentabilidad del 12% es la que corresponde a las acciones en circulación, al decirse en el enunciado que representa la rentabilidad para el accionista.

$$\text{Dividendo activo a pagar Serie A: } 0,12 \times (70.000 - 6.500) \times 6 = 45.720$$

(3) **Artículo 79. Régimen de las acciones propias.**

Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias se aplicarán las siguientes normas:

3.ª Se establecerá en el pasivo del balance de la sociedad adquirente una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones propias computado en el activo. Esta reserva deberá mantenerse en tanto las acciones no sean enajenadas o amortizadas.

Acciones propias en situaciones especiales ($6.500 \times 12,6125$)	81.981,25
Reserva por acciones propias	72.000,00
Reserva por acciones propias a dotar	9.981,25

45.720,00 Dividendo activo a pagar

a	Activos reales	45.720,00
_____	x	_____

01-08-2004. Pago de los intereses y conversión de 9.000 obligaciones. (Apartado E)

135,00	Intereses de empréstitos y otras emisiones análogas ($0,06 \times 9.000 \times 3 \times 1/12$)	
540,00	Intereses de obligaciones y bonos ($0,06 \times 9.000 \times 3 \times 4/12$)	
	a	Activo reales
	_____	675,00
	x	_____

Valor de 3 obligaciones a efectos del canje:	$3 \times 3 =$	9,00
+ Importe monetario a satisfacer por el obligacionista:		1,20
= Valor de 1 acción a efectos del canje:		10,20

Obligaciones a canjear: 9.000

Acciones a canjear: $9.000 / 3 = 3.000$

27.000,00	Obligaciones y bonos convertibles (9.000 × 3)		
		a Valores negociables amorti- zados por canje (9.000 × 3)	27.000,00
30.600,00	Acciones emitidas (3.000 × 10,20)	x	
		a Capital social (3.000 × 6)	18.000,00
		a Prima de emisión (3.000 × 4,20)	12.600,00
27.000,00	Valores negociables amortizados por canje (9.000 × 3)	x	
3.600,00	Activos reales (3.000 × 1,20)		
		a Acciones emitidas (3.000 × 10,20)	30.600,00
		x	

Obligaciones vivas: $70.000 - 9.000 = 61.000$

Capital social: $780.000 + 18.000 = 798.000 = 133.000 \times 6$

Acciones en circulación: $133.000 - 8.000 = 125.000$

01-09-2004. Ampliación de capital con cargo a Reservas. (Apartado D)

Artículo 157. Aumento con cargo a reservas.

1. Cuando el aumento del capital se haga con cargo a reservas, podrán utilizarse para tal fin las reservas disponibles, las primas de emisión y la reserva legal en la parte que exceda del 10 por 100 del capital ya aumentado.

2. Deberá servir de base a la operación un balance aprobado referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de aumento del capital, verificado por los auditores de cuentas de la sociedad, por un auditor a petición de los administradores si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable.

La ampliación se va a realizar el 1 de septiembre, tomando como base a la operación el Balance aprobado a 1 de abril de 2004.

Los saldos que presentan a la fecha de 1 de abril de 2004 las cuentas que van a intervenir en la operación son los siguientes:

Capital social	780.000
Reserva legal	145.000
Reserva voluntaria	48.500
Prima de emisión	288.000
Suma	1.261.500

Si la finalidad de la operación es traspasar la totalidad de las reservas disponibles y la parte admitida de reserva legal a capital, y dado que la ampliación de capital va dirigida al antiguo accionista, parece razonable empezar cubriendo con reservas disponibles el capital pendiente de la Serie B, para a continuación realizar la ampliación de capital.

48.500,00 *Reserva voluntaria*

41.500,00 *Prima de emisión*

<i>a Accionistas por desembolsos no exigidos</i>	60.000,00
<i>a Accionistas por aportaciones no dinerarias pendientes</i>	30.000,00

_____ x _____

Los saldos tras la operación anterior son:

Capital social	780.000
Reserva legal	145.000
Prima de emisión	246.500
Suma	1.171.500

$$1.171.500 = X + 0,10 X, \text{ siendo } X = \text{Capital ampliado}$$

$$X = 1.065.000$$

$$1.065.000 - 780.000 = 285.000 = 47.500 \times 6 \text{ Capital a ampliar}$$

$$0,10 \times 1.165.000 = 106.500$$

$$145.000 - 106.500 = 38.500 \text{ Reserva legal a utilizar}$$

246.500,00	Prima de emisión		
38.500,00	Reserva legal		
		a Capital social	285.000,00
		(1.065.000 – 780.000)	
		x	

Una vez realizada la ampliación, los saldos que presentarían las cuentas de capital y reserva legal sin tener en cuenta los derivados de las operaciones realizadas entre el 1 de abril y 1 de septiembre de 2004 son los siguientes (se comprueba que la reserva legal representa el 10% del capital, al haberse utilizado el exceso sobre el mencionado 10%):

Capital social	1.065.000
Reserva legal	106.500
Suma	1.171.500

Sin embargo, los saldos que presentan a 1 de septiembre de 2004 las cuentas que representa el patrimonio neto de la sociedad son los siguientes:

Capital social (780.000 + 18.000 + 285.000)	1.083.000
Reserva legal	106.500
Prima de emisión	12.600
Reserva por acciones propias	81.981,25
Reserva voluntaria	65.298,75
– Acciones propias	(81.981,25)
Suma	1.267.398,75

Artículo 44. *Efectos de la mora.*

2. *Tampoco tendrá derecho el socio moroso a percibir dividendos ni a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles.*

Una vez abonado el importe de los dividendos pasivos junto con los intereses adeudados podrá el accionista reclamar el pago de los dividendos no prescrito, pero no podrá reclamar la suscripción preferente si el plazo para su ejercicio ya hubiese transcurrido.

De acuerdo con el artículo anterior, el accionista moroso no ha podido acudir a la ampliación de capital realizada con cargo a reservas, por no estar al corriente en el pago de sus compromisos con la sociedad.

Por lo tanto el número de acciones antiguas que han podido suscribir acciones en la ampliación han sido: $130.000 + 3.000 - 8.000 = 125.000$

Proporción de la ampliación:

$$\begin{aligned} &47.500 \text{ Nuevas} \times 125.000 \text{ Antiguas} \\ &19 \text{ Nuevas} \times 50 \text{ Antiguas} \\ &0,38 \text{ Nuevas} \times 1 \text{ Antigua} \end{aligned}$$

Artículo 79. Régimen de las acciones propias.

Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias se aplicarán las siguientes normas:

1.ª Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias.

Los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.

Del artículo anterior se deduce que el derecho de asignación gratuita correspondiente a las acciones propias no se reparte al resto de las acciones.

En consecuencia, el número de acciones de la ampliación que le ha correspondido a las acciones propias poseídas por la sociedad a 1 de septiembre de 2004 ha sido el siguiente:

$$\begin{array}{rcl} 50 \text{ Antiguas} & \text{_____} & 19 \text{ Nuevas} \\ 6.500 \text{ Propias} & \text{_____} & X \text{ Nuevas} \\ & & X = 2.470 \text{ acciones en la ampliación} \end{array}$$

Al tratarse de un ampliación de capital liberada, no corresponde efectuar asiento alguno por la suscripción de las 2.470 acciones, no modificándose en consecuencia el saldo de la cuenta «Acciones propias en situaciones especiales», pero sí el número de acciones poseídas tras la ampliación ($6.500 + 2.470 = 8.970$) y el coste unitario de cada una de ellas ($81.981,25 / 8.970 = 9,1395$).

Artículo 294. Conversión.

2. Si se produce un aumento de capital con cargo a reservas o se reduce el capital por pérdidas, deberá modificarse la relación de cambio de las obligaciones por acciones, en proporción a la cuantía del aumento o de la reducción de forma que afecte de igual manera a los accionistas y a los obligacionistas.

El artículo anterior se interpreta en el sentido de que una obligación convertible no puede acudir a una ampliación de capital realizada con cargo a reservas (por ser éstas de los accionistas), por lo que para que no se vea afectada la proporción en el capital que le reconocía la relación de cambio inicial, habrá que modificar dicha relación de cambio.

Veamos dos formas de calcular la variación en el número de acciones a recibir por el obligacionista cuando se lleve a efecto el canje, teniendo en cuenta que su participación en el capital no se debe ver afectada:

OPCIÓN A):

Dos consideraciones previas a efectuar: la primera que cuando se emitió el empréstito convertible (1 de marzo de 2001), el único capital existente era la Serie A, y la segunda que el número de obligaciones que se va a considerar son 70.000 (72.000 – 2.000), puesto que 2.000 obligaciones han sido amortizadas por compra en Bolsa.

Capital existente a la fecha de la emisión del empréstito convertible: 420.000 (Serie A)

Capital a entregar al obligacionista cuando se realizara el canje: $70.000 / 3 \times 6 = 140.000$

Capital total una vez realizado el canje: $420.000 + 140.000 = 560.000$

% de participación del obligacionista: $(140.000 / 560.000) \times 100 = 25\%$

Capital suscrito por la Serie A en la ampliación de capital liberada:

$$70.000 / 50 \times 19 \times 6 = 159.600$$

Capital correspondiente a la Serie A y al que se entregará a los obligacionistas cuando se lleve a cabo el canje, que mantenga la misma proporción que inicialmente se estableció:

$$420.000 + 159.600 + 0,25 X = X$$

$$X = 772.800$$

Capital correspondiente al canje: $0,25 \times 772.800 = 193.200 = 32.200 \times 6$

OPCIÓN B):

El accionista que tenía una acción de la Serie A antes de la ampliación de capital liberada, tiene tras la ampliación 1,38 acciones, por lo que al obligacionista le corresponderán en el canje:

$$70.000 / 3 \times 1,38 = 32.200 \text{ acciones}$$

En consecuencia, al obligacionista le corresponderán en el canje 32.200 acciones, frente a las que le hubieran correspondido de no haberse realizado la ampliación de capital liberada ($70.000 / 3 \times 1$).

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

MATEMÁTICAS FINANCIERAS. PRÉSTAMOS. AMORTIZACIÓN VARIABLE EN PROGRESIÓN GEOMÉTRICA.
CUADRO DE AMORTIZACIÓN

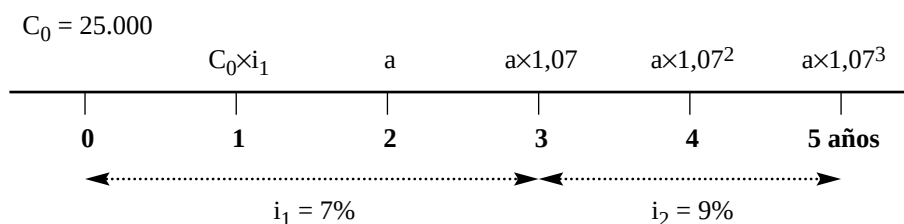
ENUNCIADO

Constrúyase el cuadro de amortización de un préstamo con las siguientes características:

- Capital inicial: 25.000 euros.
- Duración: 5 años.
- Abono de intereses a rédito anual $i_1 = 0,07$ los tres primeros años e $i_2 = 0,09$ los restantes.
- La amortización se realiza mediante términos amortizativos variables en progresión geométrica de razón $q = 1,07$ abonándose el primero a los dos años de concertada la operación, ya que el primer año sólo se abonan intereses.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

Se trata de un préstamo amortizable con términos variables en progresión geométrica, con un año de diferimiento (con pago de intereses) y con tipo de interés variable, cuyo esquema es el siguiente:



En primer lugar se calculará el primer término de la progresión (a), mediante la siguiente equivalencia financiera en 1:

$$25.000 = \frac{a}{1,07} + \frac{a \times 1,07}{1,07^2} + \frac{a \times 1,07^2}{1,07^2 \times 1,09} + \frac{a \times 1,07^3}{1,07^2 \times 1,09^2}$$

de donde:

$$a = 6.780,24$$

Una vez obtenido el primer término de la progresión, ya pueden conocerse todos los demás.

Los valores del cuadro son los siguientes:

Años	Término amortizativo	Cuota de interés	Cuota de amortización	Total amortizado	Capital vivo
0					25.000,00
1	1.750,00	1.750,00	—	—	25.000,00
2	6.780,24	1.750,00	5.030,24	5.030,24	19.969,76
3	7.254,86	1.397,88	5.856,97	10.887,21	14.112,79
4	7.762,70	1.270,15	6.492,55	17.379,76	7.620,24
5	8.306,09	685,85	7.620,24	25.000,00	

RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA



Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios públicos

Javier MARTÍN FERNÁNDEZ y Jaime ANEIROs PEREIRA

EDERSA, Madrid, 2004, 269 págs.

La aplicación del ordenamiento jurídico tributario casi siempre exige contar con la doctrina científica, además de la jurisprudencia. Y la exposición de la doctrina científica suele adoptar el comentario de la ley reguladora, precepto a precepto, con análisis simultáneo de las normas jurídicas que tengan alguna relación con la disposición que se examina, además de la jurisprudencia y las aportaciones de tratadistas y comentaristas.

Ello es hoy posible y aun recomendable porque el legislador elabora las disposiciones que aprueba siguiendo la sistemática que la Ley General Tributaria de 1963 estableció, la de 2003 ha perfeccionado y la doctrina respalda.

Este sistema de estudio y examen es el que siguen Javier MARTÍN FERNÁNDEZ y Jaime ANEIROs PEREIRA, doctores en Derecho y profesores universitarios de Derecho Financiero y Tributario, en la obra que me propongo reseñar después de resaltar su utilidad y excelente calidad.

Los autores con reconocida autoridad científica en las materias jurídicas incluidas las tributarias comentan la Ley 8/1989, de Tasas y Precios públicos, con todo rigor actualizada y sin prescindir de la cita y valoración de la doctrina disponible en su evolución histórica.

La profundidad y acierto de los estudios que la mencionada obra contiene, impiden, al menos a mí, analizar sus aportaciones sin incurrir en reiteraciones que quien la consulte no las necesita dada la claridad y precisión con que son expuestos.

Pero las aportaciones relativas a los conceptos y diferencias de las tasas y de los precios públicos (págs. 23 a 50) brindan la oportunidad de exponer algunas consideraciones distintivas que no siempre se encuentran en los respectivos textos legales, pero que estimo podrían servir para reordenar la expresada materia.

En la definición de las tasas entiendo debería primar el carácter obligatorio de la llamada «provocación del gasto público». Y esta obligatoriedad de la solicitud o demanda de la prestación administrativa no debe ser sólo decisión de la Ley, sino que puede venir impuesta por la propia

realidad socioeconómica como hace muchos años mantuvo el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en estudio magistral y relevante, que no dejan de citar los autores de la obra que se anota. Es decir, no se considerará voluntaria la solicitud por parte de los administrados cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

Otra consideración a exponer es la relativa al grado de aplicación del principio de reserva de Ley, pues así como en los impuestos no hay otra referencia que la capacidad económica a gravar, en las tasas existe una magnitud (la prestación administrativa) que permite o consiente que la aplicación de dicho principio constitucional no sea tan rígida, esto es, que no actúe como un «férreo corsé» (pág. 39).

También sería deseable que la coactividad que preside la redacción del artículo 31.1 de la Constitución Española se aproximara al concepto de tributo, tanto cuando en él rige el principio de beneficio o equivalencia económica, como cuando responde al principio de capacidad de pago o económica en toda su extensión.

Un criterio útil en la materia que se plantea debiera ser el del mercado, pues cuando éste no existe por la vigencia de un monopolio legal o de hecho, los conceptos a establecer o a utilizar quedarían amparados por la propia realidad económica. Así todos aquellos supuestos en que se perfilan las diferencias en función del régimen de Derecho público aplicable se verían fortalecidos con el expresado respaldo y no dependiendo, por tanto y exclusivamente del arbitrio de la decisión legal. Al fin hay que reconocer, y cada día más, que el sustrato económico empapa la materia tributaria. La consideración del dominio público en la definición de la tasa es buena muestra de ello.

Y si se plantea el concepto del precio público cuanto más se aleje de la norma jurídica tanto mejor. Admitida la existencia de la empresa en el seno del sector público (véanse los correspondientes preceptos de la Ley General Presupuestaria), el concepto del precio con el aditamento de público se enmarcará en el mercado si la respectiva empresa está en el mercado, pues si no estuviera en él, entraría en juego.

Por último, si se diera un paso firme a favor de la diferencia que existe entre el impuesto de un lado, y las tasas y las contribuciones especiales, de otro, se opina que muchas de las cuestiones que hoy se plantean desaparecerían al renunciar a buscar soluciones jurídicas integrales en materia tributaria.

Esperando se me perdonen las anteriores proposiciones en lo que tengan de heterodoxas, he de felicitar, además de agradecer, a los autores por su documentada y cuidada obra.

César Albiñana García-Quintana

Profesor emérito de la Universidad San Pablo: CEU