

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

C/ Viriato, 52
28010 MADRID

C/ Gran de Gràcia, 171
08012 BARCELONA

C/ Alboraya, 23
46010 VALENCIA

C/ 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 Churriague
(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)

JULIO 2005 – NÚMERO 268

Sumario

	Página
TRIBUTACIÓN:	
50/2005 La modificación de la Directiva de fusio- nes. (Carlos Palao Taboada)	3
51/2005 Precios de transferencia y la UE: revisión de las medidas adoptadas. (Eduardo Gracia Espinar y Bosco Montejo Alonso)	31
52/2005 Los programas de ordenador en los con- venios de doble imposición. (Alejandro García Heredia)	55
53/2005 Internet como zona franca de tributación en Estados Unidos. (Ubaldo González de Frutos)	87
54/2005 La ausencia del Derecho comunitario en la Ley General Tributaria. (Juan López Rodríguez)	95
55/2005 Suspensión automática sin garantías de las sanciones tributarias en la vía contencioso- administrativa. (Miguel Wert Ortega)	125
CONTABILIDAD:	
56/2005 Contabilidad de los derechos de cobro por ventas de bienes y servicios. (Juan Pedro Sánchez Ballesta)	135
57/2005 Modelos contables y financieros sobre capi- tal intelectual y gestión del conocimiento. .. (Noemí Peña Miguel)	183
58/2005 Supuestos propuestos para el ingreso en el Cuerpo Técnico de Hacienda. (Inmaculada de Benito Cámara, Javier Romano Aparicio y José Tovar Jiménez)	237
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	277

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 MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE FUSIONES	Núm. 50/2005
-------------	--	-----------------



CARLOS PALAO TABOADA

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad
Autónoma de Madrid*

Extracto:

LA Directiva 2005/19/CE, recientemente publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, ha modificado la importante Directiva de fusiones, 90/434/CEE. En el presente artículo se examinan los antecedentes de esta disposición, se analiza su contenido y se indican las modificaciones que su entrada en vigor obligará a introducir en el Derecho español.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Antecedentes.
 - 1. La propuesta de 1993.
 - 2. Los documentos comunitarios sobre la imposición de sociedades.
 - 3. La propuesta de 2003.
 - a) Elaboración de la propuesta.
 - b) Disposiciones no incorporadas al texto definitivo.
 - 1. Eliminación de la doble imposición.
 - 2. Acciones adquiridas en un canje con residentes en Estados no miembros de la Unión Europea.
- III. Análisis de la Directiva 2005/19/CE.
 - 1. Cuestiones a las que afecta la nueva Directiva.
 - 2. Ampliación del ámbito de la Directiva de fusiones.
 - a) Ampliación respecto a los tipos de entidades.
 - b) Ampliación respecto a las operaciones cubiertas.
 - 1. Escisión parcial.
 - 2. Traslado de domicilio social.
 - 3. Definición de canje de acciones.
 - 3. Tratamiento de las sociedades transparentes.
 - a) El problema.
 - b) Contenido del régimen.
 - 1. Tratamiento del socio residente de la sociedad transmitente no residente calificada como transparente.
 - 2. Tratamiento del socio transparente de la entidad transmitente.
 - 3. Normas aplicables en el supuesto de sociedad adquirente no residente considerada como transparente.
 - 4. «Filialización» de sucursal.
 - 5. Participación en la transmitente.
 - 6. Tratamiento del traslado del domicilio social.
- IV. Efectos de la nueva Directiva sobre el Derecho español.

NOTA: El presente trabajo está destinado al Libro-homenaje al Profesor José Luis PÉREZ DE AYALA Y LÓPEZ DE AYALA con motivo de su jubilación. Ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación SEC 2003-00696.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado día 4 de marzo ¹ se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, comúnmente conocida como «Directiva de fusiones». Culmina de este modo un largo proceso que comenzó poco tiempo después de la entrada en vigor de esta disposición. El presente trabajo tiene por objeto exponer dicho proceso y analizar el contenido de la nueva Directiva.

II. ANTECEDENTES

1. La propuesta de 1993.

La Directiva 90/434/CEE lleva fecha del 23 de julio de 1990, lo mismo que su compañera la 90/435/CEE, «Directiva matriz-filial». Hasta el año 2003, en que se aprobaron las Directivas sobre fiscalidad del ahorro y de los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas de diferentes Estados miembros ², estas dos fueron las únicas Directivas en materia de imposición directa. En ambas se dio de plazo a los Estados miembros hasta el 1 de enero de 1992 para su transposición al Derecho interno, que tuvo lugar en el Derecho español por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, sustituida luego, en lo que respecta a la materia de dichas Directivas, por la Ley del Impuesto de Sociedades 43/1995.

Ya en 1993 se inicia un movimiento hacia la modificación tanto de la Directiva de fusiones como de la Directiva matriz-filial. En efecto, el 26 de julio de ese año se presentan por la Comisión de las Comunidades Europeas sendas propuestas en este sentido ³. La finalidad principal persegui-

¹ Serie L, número 58, págs. 19 y sigs.

² Directivas 2003/48/CE y 2003/49/CE, respectivamente, ambas de 3 de junio de 2003.

³ Ambas propuestas están contenidas en el documento COM/93/293 final, de la fecha indicada.

da por ellas era la ampliación del ámbito de aplicación de ambas Directivas extendiéndolo a todas las entidades sujetas al Impuesto sobre sociedades. En efecto, ese ámbito alcanzaba únicamente a las sociedades de los tipos enumerados para cada Estado miembro en el anexo de las Directivas, que, en términos generales, eran las sociedades de capital; en lo que respecta a España, las anónimas, las comanditarias por acciones y las de responsabilidad limitada, a las que se añadían «las entidades de derecho público que operen en régimen de derecho privado». Quedaban, pues, fuera del campo de aplicación de las Directivas las sociedades personalistas y otras figuras sin personalidad sujetas en muchos Estados miembros de la Unión Europea al Impuesto de Sociedades. Las exposiciones de motivos de las dos propuestas recuerdan las recomendaciones en este sentido del Informe Ruding. Aparte de lo anterior, la propuesta relativa a la Directiva de fusiones trataba de resolver cierto problema técnico de coordinación con la Directiva matriz-filial. Esta primera propuesta de modificación nunca llegó a ser aprobada y finalmente fue retirada formalmente por la Comisión ⁴. Sin embargo, como veremos, sus propuestas han sido recogidas en la modificación recientemente aprobada.

2. Los documentos comunitarios sobre la imposición de sociedades.

El origen inmediato de la Directiva 2005/19/CE es una propuesta de la Comisión del año 2003 ⁵. En su exposición de motivos se mencionan como antecedentes el estudio de la Comisión sobre la tributación de las sociedades en el mercado interior ⁶ y la comunicación de la Comisión sobre las medidas políticas a adoptar en relación con dicha imposición basada en el documento anterior ⁷.

La parte III del citado estudio trata de los obstáculos derivados de la imposición sobre las sociedades para la actividad económica transfronteriza en el mercado interior, y su capítulo 3 está dedicado a la tributación de las operaciones transfronterizas de reestructuración empresarial. En él se observa que aunque la Directiva de fusiones, 90/434/CEE, mejoró la situación, esta disposición no era totalmente satisfactoria y a pesar de ella dichas operaciones podían entrañar importantes costes fiscales. La eficacia de la Directiva está obstaculizada, en primer lugar, por la ausencia de una norma de Derecho de sociedades que regule las fusiones internacionales, al no haber sido aprobada la Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades anónimas ⁸ por motivos relativos a la participación de los trabajadores en la sociedad. En defecto de una norma de esta clase, algunas legislaciones nacionales no permiten la absorción o la escisión de sus sociedades en beneficio de otras extranjeras; en la actualidad, observa el estudio de 2001, sólo la aportación de activos o el canje de acciones es posible en todos los Estados miembros.

⁴ La retirada se llevó a cabo mediante la Comunicación de la Comisión de 10 de marzo de 2005, COM(2004)542 final/3, de 10 de marzo de 2005, curiosamente posterior a la aprobación de la Directiva 2005/19/CE.

⁵ COM(2003) 613 final, de 17 de octubre de 2003.

⁶ «Company Taxation in the Internal Market», SEC(2001) 1681.

⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria», COM(2001) 582 final, de 23 de octubre de 2001.

⁸ El estudio cita la décima propuesta de Directiva sobre esta materia, COM(84) 727 final. Esta propuesta ha sido reemplazada por la propuesta de Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales, COM(2003) 703 final, de 18 de noviembre de 2003, que tampoco ha sido aprobada aún.

Por otra parte, señala el estudio, el ámbito de la Directiva 90/434/CEE era demasiado estrecho, al no comprender a determinados tipos de sociedades pese a estar sujetos al impuesto de sociedades. Las negociaciones con el Consejo sobre la propuesta de modificación de 1993 llegaron a un punto muerto en 1997. El principal problema, según el estudio, era el planteado por las sociedades personalistas (*partnerships*) cuando se les aplica un régimen de transparencia por su legislación nacional, en cuyo caso una reorganización transfronteriza podría ocasionar una carga fiscal excesiva para los socios. Tampoco están cubiertas por la Directiva de fusiones las aportaciones realizadas por personas físicas.

Refiere también el estudio las dudas que se habían planteado en relación con la aplicación de la Directiva a la operación consistente en la conversión de una sucursal en una filial mediante la aportación a ésta de los activos de aquélla («*subsidiarisation*» o «filialización»), en vista de que del artículo 4 de esa disposición se derivaba la exigencia de que los activos transferidos quedasen «efectivamente vinculados al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente». El estudio señala otros casos en los que, por la misma razón de que falta un establecimiento permanente en el Estado de la sociedad transmitente, la operación no quedaba cubierta por la Directiva, como la transferencia de una cartera de clientes (fondo de comercio) o las fusiones y escisiones de sociedades holding ⁹.

Observa el estudio asimismo la existencia de disparidades entre las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva; en unos casos por haber adoptado normas de dudosa compatibilidad con ésta, en otros por falta de claridad de la propia Directiva. Como ejemplo de lo primero indica que al transponer la cláusula anti-abuso algunos Estados exigen que las acciones recibidas como consecuencia de una aportación o de un canje se mantengan en poder del adquirente durante un periodo de entre tres y siete años, por considerar que una transmisión rápida de dichas acciones podría constituir un abuso en el sentido del artículo 11 de la Directiva. El estudio recuerda a este respecto la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Leur-Bloem*, C-28/95, en el sentido de que la existencia del abuso debe determinarse caso por caso y no puede decidirse mediante la aplicación de criterios generales predeterminados.

También pueden ser contrarias a la Directiva, como indica el estudio, las normas internas que someten a imposición las plusvalías latentes en las acciones de la sociedad dominante adquiridas en un canje de valores con anterioridad a su enajenación. Esto sucede si se aplica el impuesto en el caso de que la sociedad dominante transmita las acciones de la dominada. Una norma de esta clase sería contraria al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 8 de la Directiva en su redacción originaria (por lo demás coincidente con el apartado 6 del mismo artículo en su nueva redacción), según el cual los Estados miembros pueden «gravar el beneficio resultante de la cesión de los títulos recibidos de la misma forma en que se habría gravado el beneficio resultante de la cesión de los títulos antes de la atribución [de los títulos de la dominante]».

⁹ El estudio observa también que «la transmisión de dinero entre sociedades del mismo grupo situadas en distintos Estados miembros a menudo no puede disfrutar de la exención de la tributación de las ganancias de capital, si bien es común que en el marco de esquemas de tributación de grupos en el interior de Estados miembros tales transferencias no den lugar a la imposición de ganancias de capital» (págs. 252 y sig.). Sin embargo, la naturaleza de esta clase de operaciones parece estar alejada de las que constituyen reorganizaciones empresariales.

Expone a continuación el estudio algunos problemas no resueltos por la Directiva. El primero es el de la doble imposición resultante del hecho de que la misma plusvalía está latente tanto en los elementos patrimoniales transmitidos como en los valores recibidos por la sociedad transmitente; o en los valores entregados y recibidos en el canje. Según los redactores del estudio, esta doble imposición no es contraria a la letra de la Directiva, aunque sí vulnera su espíritu y es inaceptable desde la perspectiva de un mercado interno. Ciertamente que los Derechos nacionales de los Estados miembros pueden establecer las disposiciones necesarias para eliminar esta doble imposición, como lo hace el Derecho español (especialmente por medio del art. 95 LIS). No obstante, la propuesta de la Comisión de modificación de la Directiva contenía, como veremos, normas destinadas a dicha eliminación, que finalmente no pasaron al texto de la Directiva 2005/19/CE.

Un segundo problema no resuelto por la Directiva, a juicio de los redactores del estudio, es el de la compensación de las pérdidas de la sociedad transmitente, en relación con el cual el artículo 6 de la Directiva (que no ha sido modificado en su fondo) remite al Derecho interno de los Estados miembros al disponer simplemente que éstos extenderán a las operaciones cubiertas por la Directiva las disposiciones aplicables a las operaciones que se realicen entre sociedades del Estado miembro de la sociedad transmitente. El estudio se queja de las restricciones que tal Derecho interno impone a la compensación y de los obstáculos que de ello se derivan para las operaciones de reorganización.

Además de las observaciones anteriores, relativas a la imposición sobre beneficios, que es el ámbito de la Directiva de fusiones, el estudio pone de manifiesto que con ocasión de las operaciones de reorganización pueden exigirse otros impuestos indirectos compatibles con el derecho de aportación (nuestro Impuesto sobre operaciones societarias) armonizado por la Directiva 69/335/CEE¹⁰, lo cual puede constituir un obstáculo relevante para dichas operaciones.

Apunta asimismo el estudio ciertos problemas resultantes de la conexión entre la Directiva de fusiones y la Directiva matriz-filial. El artículo 3.1, a) de ésta disponía en su redacción originaria que la calidad de sociedad matriz se reconociese a toda sociedad de un Estado miembro que, además de las restantes condiciones exigidas por la Directiva, posea en el capital de una sociedad de otro Estado

¹⁰ El estudio recuerda que desde 1986 se suprimió el derecho de aportación sobre las fusiones. Efectivamente, hasta ese año la Directiva 69/335/CEE, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, permitía en su artículo 7 el gravamen de estas operaciones a un tipo reducido. Este artículo fue modificado por la Directiva 85/303/CEE para ordenar la exención de tales operaciones. El problema, no obstante, deriva, según el estudio, de la autorización que la Directiva 69/335/CEE concede a los Estados miembros para establecer impuestos sobre las transmisiones de bienes inmuebles o negocios –la versión española dice «fondos de comercio», pero se trata de una traducción inexacta de la palabra «businesses». Como indica el estudio, el TJCE declaró en su sentencia de 11 de diciembre de 1997, en el asunto *SIF*, C-42/96, que la Directiva 69/335/CEE no es aplicable a un impuesto que grava la plusvalía de un bien inmueble manifestada en el momento de la aportación de dicho bien a una sociedad de capital, dada la naturaleza directa de tal impuesto. Por el contrario, el artículo 12 de la Directiva permite la aplicación, con ocasión de la aportación de bienes inmuebles, de impuestos como el de registro, el impuesto hipotecario y el impuesto catastral, que gravan la transmisión o el cambio de titularidad, siempre que no sean superiores a los aplicables a las operaciones similares en el Estado miembro que los liquide. En nuestro Derecho, la doctrina de la Dirección General de Tributos considera que las transmisiones de inmuebles dentro de una fusión o escisión no están sujetas al Impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas al estarlo al Impuesto sobre operaciones societarias, aunque exentas de éste. La misma doctrina se aplica aunque se realice el presupuesto del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Por otra parte, las operaciones a las que es aplicable el régimen especial están exentas del Impuesto sobre incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (D.A. 2.ª 3 de la LIS).

miembro que cumpla las mismas condiciones, una participación mínima del 25 por 100 ¹¹. El hecho de que para el cómputo de este porcentaje sólo se tenga en cuenta la participación directa ¹² puede disuadir de la realización de una operación si con ella no se alcanza el indicado límite, aunque el resto del capital pertenezca a otras sociedades del mismo grupo, o si la aportación ocasiona una dilución del capital que reduce la participación de otras sociedades del grupo por debajo de ese umbral.

Las medidas que propone el estudio respecto a las operaciones transfronterizas de reorganización ¹³ son, como es lógico, las que se deducen de las observaciones anteriores. Como veremos, algunas de estas medidas fueron aceptadas por la Comisión en su propuesta de 2003, y de éstas no todas se incorporaron finalmente a la Directiva 2005/19/CE.

En su comunicación titulada «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales», antes citada, la Comisión, haciéndose eco de las conclusiones del estudio en esta materia, afirma lo siguiente: «Las operaciones de reestructuración transfronterizas originan importantes cargas fiscales. La Directiva de fusiones (90/434) prevé el aplazamiento del impuesto sobre sociedades sobre tales operaciones pero su alcance es demasiado limitado y su aplicación es muy diferente en los distintos Estados miembros, lo cual reduce su eficacia. Los impuestos sobre plusvalías y los que gravan las transacciones en las operaciones de reestructuración transfronterizas son a menudo prohibitivamente altos, lo que obliga a las empresas a mantener estructuras económicamente subóptimas». Más adelante añade que «es evidente que las Directivas sobre sociedades matrices y filiales y sobre fusiones han desempeñado un papel importante en la eliminación de obstáculos fiscales para los grupos empresariales en la UE. La Comisión presentó propuestas de modificación de ambas Directivas en 1993 [COM(93)293]. El estudio [«Company Taxation in the Internal Market», SEC(2001) 1681] muestra que existen distintas maneras de ampliar y mejorar las Directivas a fin de abarcar una gama más amplia de empresas, impuestos y transacciones. En especial, el alcance de las Directivas debería incluir a todas las entidades sujetas al impuesto sobre sociedades y especialmente a las empresas que se registrarán en el futuro por el Estatuto de la Sociedad Europea (*Societas Europaea* – SE)». En consecuencia, «la Comisión dará prioridad a la presentación de las modificaciones que deberán introducirse en las actuales propuestas de extensión de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales y en la Directiva sobre fusiones en 2003, tras realizar consultas técnicas con los Estados miembros a lo largo de 2002».

La exposición de motivos de la propuesta de 2003 cita también entre sus antecedentes la comunicación de la Comisión del año 2001 titulada «Política fiscal en la Unión Europea – Prioridades para los próximos años» ¹⁴. En el apartado relativo al impuesto sobre sociedades (3.2.2) hace este documento una alusión a los problemas fiscales de las reorganizaciones empresariales. «Este tipo de reorganización suele ir acompañada de fusiones y adquisiciones transfronterizas, cuyo resultado, en

¹¹ La Directiva 2003/123/CE, de 22 de diciembre de 2003, ha reducido el porcentaje de participación al 20 por 100, que se reducirá al 15 por 100 a partir del 1 de enero de 2007 y al 10 por 100 a partir del 1 de enero de 2009.

¹² Así se establece expresamente en el artículo 14.1, h) de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes.

¹³ Están expuestas en las páginas 345 y siguientes.

¹⁴ COM (2001) 260 final, de 23 de mayo de 2001.

este momento, es una combinación de un coste único con los impuestos corrientes. Otro elemento que tiene que intervenir al establecerse el régimen fiscal de las empresas europeas es el reciente acuerdo sobre el Estatuto de la Sociedad Europea. Habrá que modificar la actual legislación fiscal de la UE (y las propuestas de legislación) para incluir a las sociedades europeas».

El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) fue aprobado por el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001. El Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003 aprobó el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE).

3. La propuesta de 2003.

a) Elaboración de la propuesta.

La propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE fue presentada al Consejo y remitida al Parlamento Europeo el 17 de octubre de 2003. El fundamento jurídico de la disposición propuesta se encuentra en el artículo 94 del Tratado de la Comunidad Europea, según el cual «el Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común». El procedimiento seguido para su elaboración fue, por consiguiente, el de consulta previsto en el artículo 192 del Tratado.

El Comité Económico y Social emitió su dictamen el 25 de febrero de 2004 ¹⁵. El Comité «acoge positivamente las propuestas de modernización de [la] Directiva sobre fusiones que han sido formuladas por la Comisión Europea», si bien formula determinadas observaciones específicas. Así, sugiere generalizar la cláusula por la que toda nueva forma de sociedad establecida por un Estado miembro se añadiría automáticamente a la lista aneja a la Directiva. En segundo lugar afirma que la modernización de las Directivas de fusiones, sobre matrices y filiales y sobre intereses y cánones debe hacerse de manera concordante, tanto por lo que se refiere a la definición del ámbito de aplicación (lista de los tipos de sociedades que figura como anexos a las Directivas) como a los requisitos para poder beneficiarse del régimen fiscal (nivel de participación). Esta recomendación fue atendida en lo que respecta a las dos primeras Directivas.

Por otra parte, el Comité Económico y Social considera que la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva a otros tipos de sociedades y a otras operaciones de reestructuración no es completa, y por tanto, satisfactoria, en la medida en que:

- no incluye a todos los tipos de impuestos a los que afectan las operaciones de reestructuración (en particular, los derechos de registro o los derechos de aportación),

¹⁵ DO C de 30 de abril de 2004, n.º 110, pág. 30.

- en caso de traslado del domicilio social, el régimen de diferimiento de la imposición queda limitado a las SE y las SCE, a pesar de que el TJCE reconoce en la sentencia *Centros* de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, reconoce el derecho a la libertad de establecimiento y de localización del domicilio social para todas las formas de sociedad.

Finalmente, el Comité insiste en que debe garantizarse la plena neutralidad fiscal de las operaciones de reestructuración transfronteriza, en particular por lo que se refiere a la asunción de pérdidas y la conservación de provisiones y reservas.

El Parlamento Europeo emitió el 26 de febrero de 2004 dictamen favorable ¹⁶, limitándose a hacer algunas sugerencias técnicas tendentes a evitar abusos (periodo mínimo de tenencia de las acciones o de los activos de un año ampliable a dos) y evitar la doble imposición (autorización a los Estados a adoptar medidas).

El 25 de noviembre de 2004 el Grupo de Trabajo «Cuestiones Fiscales» (Fiscalidad Directa) del Consejo convino en el texto de la Directiva y el 7 de diciembre el Consejo «tomó nota del acuerdo político existente sobre el texto de la propuesta de la Directiva y sobre el de las declaraciones para el acta del Consejo». Finalmente, la aprobación formal del Consejo fue acordada en su sesión de 17 de febrero de 2005, número 2638.

b) Disposiciones no incorporadas al texto definitivo.

Como es de suponer, el texto definitivamente aprobado coincide en lo fundamental con el de la propuesta inicial de la Comisión; difiere, no obstante, de él en algunos puntos, que indicaremos al hilo del comentario de la Directiva. Vamos ahora a hacer referencia a los puntos de la propuesta que fueron completamente abandonados en el texto final.

1. Eliminación de la doble imposición.

El primero de ellos es el relativo a las normas destinadas a evitar la doble imposición. La propuesta inicial de la Comisión recogía la sugerencia del estudio de 2001 e incluía normas para eliminar la doble imposición en el caso de aportaciones de activos y canje de acciones (en la terminología de la versión española de la Directiva). Tales normas eran las siguientes:

- Respecto a las aportaciones de activos, se añadía un apartado 2 al artículo 9 del siguiente tenor: «Se atribuirá a los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria recibidos a cambio de la aportación de activos por la sociedad transmitente, el valor real que tuviesen los elementos de activo y de pasivo transferidos inmediatamente antes de la aportación de activos».

¹⁶ Documento A5/2004/121.

- Respecto al canje de acciones, la nueva redacción del artículo 8 incluía un apartado 10, con el siguiente texto: «En las operaciones de canje de acciones, la sociedad dominante valorará los títulos recibidos por el valor real de los títulos atribuidos a los socios de la sociedad dominada»¹⁷.

Estas disposiciones arrojan la carga de la eliminación de la doble imposición sobre el Estado de la sociedad transmitente en el caso de la aportación no dineraria o el de la sociedad dominante en el del canje de valores. La exposición de motivos de la propuesta sostiene que «es en el Estado miembro en el que está radicada la sociedad transmitente donde se plantea el problema de la doble imposición» (párrafo 26). Por otra parte, afirma dicha exposición que «los derechos de imposición de los Estados miembros no se verán afectados, dado que seguirá siendo posible gravar las rentas o las plusvalías que se deriven de los activos afectados al establecimiento permanente, que permanecerá bajo la competencia fiscal del mismo Estado miembro». Análoga justificación aduce la exposición de motivos (párrafo 29) con relación al canje de valores: «Los derechos de imposición de los Estados miembros no se verán comprometidos, dado que los socios tributarán por la plusvalía diferida».

Ahora bien, este razonamiento se basa en el presupuesto de que seguirá habiendo un establecimiento permanente en el Estado de la sociedad transmitente o que la plusvalía de las acciones de la sociedad dominante poseídas por los socios que acudieron al canje sigue estando sometida al poder tributario del Estado de dicha sociedad. Pero este presupuesto no necesariamente se cumple: el establecimiento transmitido puede estar situado en un Estado distinto del de la entidad transmitente, supuesto expresamente previsto en el artículo 10 de la Directiva. Este Estado puede ser incluso el de la sociedad adquirente (supuesto de la «filialización» de una sucursal, expresamente contemplado por la nueva Directiva 2005/19/CE). De igual manera, la plusvalía de las acciones recibidas por los socios de la dominante se sustraen a la imposición del Estado de ésta cuando son residentes en otro Estado y entre ambos Estados está en vigor un convenio de doble imposición ajustado al modelo de la OCDE, que, salvo excepciones, atribuye el poder de gravar las ganancias de capital al Estado de la residencia del perceptor (art. 13.5).

¹⁷ La exposición de motivos de la propuesta (párrafo 29) sitúa esta norma en un nuevo párrafo del apartado 2 del artículo 8. Seguramente esta referencia corresponde a una redacción anterior de la propuesta que no fue corregida al modificarse ésta.

El nuevo artículo 8 comprendía además otro apartado 11 que decía así: «Cuando la sociedad dominante sea titular de acciones propias y las transfiera mediante canje, los Estados miembros podrán optar por la inaplicación del apartado 10 y computar las rentas, los beneficios o las plusvalías resultantes, en su caso, de la ulterior cesión de los títulos recibidos, en función del valor que las mencionadas acciones transferidas tuviesen inmediatamente antes del canje». El comentario a esta norma de la propuesta de Directiva (y en términos muy parecidos el párrafo 30 de la exposición de motivos) afirma que «se refiere a aquellos casos en que la sociedad dominante es titular de acciones propias y, en lugar de incrementar su capital escriturado, decide transferirlas, mediante canje, a los socios de la sociedad dominada. En este supuesto, suele registrarse una diferencia entre el valor de las acciones propias que la sociedad posee y el valor real de las mismas en el momento del canje. Los Estados miembros pueden gravar la plusvalía, si bien, con arreglo al principio de neutralidad fiscal, ésta debería gravarse en el momento de la ulterior cesión de los títulos canjeados. A tal fin, la sociedad dominante atribuirá a los títulos recibidos el valor que tuvieran las acciones propias canjeadas inmediatamente antes del canje». En el Derecho español esta plusvalía de las acciones propias no es gravada ni en sede de la sociedad dominante ni en sede de los socios, ya que los valores recibidos tanto por aquélla como por éstos se valoran por el valor que tenían los entregados por los socios (art. 87, apartados 2 y 3 de la LIS).

En vista de estas consideraciones, resulta arbitraria la afirmación de la propuesta de Directiva de que la eliminación de la doble imposición es únicamente de la incumbencia del Estado de la sociedad transmitente. El principio general del Derecho tributario internacional es, por el contrario, que la eliminación de la doble imposición corresponde al Estado de la residencia del perceptor de las rentas. Éste es el principio del que parten las normas internas generales para evitar la doble imposición, a las que remite el artículo 95 de la LIS, que se limita a suprimir ciertas restricciones a su aplicación. Seguramente han sido consideraciones del tipo de las anteriores las que finalmente indujeron a no incluir las normas propuestas en el texto final de la Directiva.

2. Acciones adquiridas en un canje con residentes en Estados no miembros de la Unión Europea.

El artículo 8 de la Directiva, en la redacción dada por la propuesta de la Comisión, contenía un último apartado 12 que disponía lo siguiente: «El hecho de que una sociedad adquiera una participación en la sociedad dominada, a socios con residencia fiscal en un Estado no perteneciente a la Comunidad, no será obstáculo para que se le concedan las ventajas fiscales previstas en el presente artículo». El comentario de la propuesta es el siguiente: «Se añade un nuevo apartado 12, referente a los canjes de acciones en los que la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada proceden de socios que no son residentes fiscales en un Estado miembro de la Unión Europea. El objeto de esta nueva disposición es especificar que el ámbito de aplicación de la Directiva engloba las citadas operaciones. Las ventajas de la Directiva se hacen, por tanto, extensivas a los sujetos pasivos considerados que estén contemplados en la misma». Es decir, el referido precepto tenía una finalidad aclaratoria ¹⁸.

Aunque este apartado no pasó a la redacción definitiva, entre las declaraciones para el acta del Consejo ¹⁹ figura la siguiente ²⁰: «El Consejo y la Comisión convienen en que el artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE no priva a los socios residentes en los Estados miembros de los beneficios de la Directiva en caso de que la participación mayoritaria se adquiera de residentes en la Comunidad y de residentes de terceros países».

III. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2005/19/CE

1. Cuestiones a las que afecta la nueva Directiva.

Las modificaciones introducidas en la Directiva de fusiones por la Directiva 2005/19/CE se refieren a las siguientes cuestiones:

¹⁸ La versión en lengua inglesa utiliza el verbo «clarify».

¹⁹ El artículo 13 del Reglamento interno del Consejo (Decisión del Consejo de 5 de junio de 2000) prevé que en el acta de cada sesión de este órgano figuren «las declaraciones efectuadas por el Consejo y aquellas cuya inclusión haya solicitado un miembro del Consejo o la Comisión».

²⁰ Documento 15341/04 FISC 251, Anexo 2.

- Ampliación del ámbito de aplicación,
- Tratamiento de las sociedades transparentes,
- «Filialización» de sucursales,
- Participación de la entidad adquirente en el capital de la transmitente, y
- Tratamiento del traslado del domicilio social de una SE o una SCE.

2. Ampliación del ámbito de la Directiva de fusiones.

La Directiva 2005/19/CE amplía el ámbito de la 90/434/CEE en dos dimensiones:

- respecto a los tipos de entidades, y
- respecto a las operaciones cubiertas.

a) Ampliación respecto a los tipos de entidades.

Como hemos visto, la primera deficiencia que desde el principio se ha venido achacando a la Directiva de fusiones es que no abarcaba a todas las entidades sujetas al impuesto de sociedades en los Estados miembros. La propuesta de modificación de 1993 trató de resolver este problema de manera radical, mediante la supresión del primero de los tres requisitos que, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 90/434/CEE, debe reunir una sociedad para estar comprendida en su ámbito, a saber, revestir una de las formas enumeradas en el anexo. Por tanto, tales requisitos quedaban reducidos a los dos siguientes:

- que, con arreglo a la legislación fiscal de un Estado miembro, se considere que tiene su domicilio fiscal en dicho Estado y que, a tenor de un convenio en materia de doble imposición celebrado con un Estado tercero, no se considere domiciliada a efectos fiscales fuera de la Comunidad; y
- que, además, esté sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a uno de los impuestos sobre sociedades de los Estados miembros, enumerados por la norma, «o a un impuesto idéntico o básicamente similar a uno de estos impuestos y que, posteriormente, se recaude además o en lugar del mismo».

En consecuencia, desaparecía el anexo con su enumeración de los tipos de sociedades abarcados por la Directiva.

La nueva Directiva renuncia a una solución general como ésta y opta por una ampliación de la lista del anexo mediante la adición de nuevos tipos concretos de entidades a la relación de cada Estado miembro. El resultado es un repertorio muy heterogéneo y difícil de reducir a unas pocas categorías generales. Es interesante advertir la inclusión de sociedades colectivas y comanditarias simples (Bélgica), ciertas sociedades civiles (Francia), mutuas de seguros (Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo), cooperativas (Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos). La inclusión de estos nuevos tipos de sociedades contrasta con la limitación general del anexo anterior a las sociedades de capitales.

Varias relaciones nacionales se cierran con una referencia muy amplia a otros tipos de sociedades constituidos con arreglo al respectivo Derecho y sujetas al impuesto de sociedades (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Francia, Luxemburgo, Países Bajos). Fórmulas muy generales son las de Italia («...y las entidades públicas y privadas cuya actividad sea íntegra o principalmente de carácter comercial»), Luxemburgo («...y otras sociedades constituidas con arreglo al Derecho luxemburgués y sujetas al impuesto de sociedades luxemburgués»), Holanda (análoga a la anterior), Portugal («las sociedades mercantiles o las sociedades civiles con forma mercantil, así como otras personas jurídicas que ejerzan actividades comerciales o industriales, que estén constituidas de conformidad con el Derecho portugués», fórmula igual a la de la versión anterior del anexo) y, sobre todo, la del Reino Unido («las sociedades constituidas de conformidad con el Derecho del Reino Unido», ya en la versión anterior), adoptada también por Lituania, modelo de sencillez y amplitud.

Es de señalar que la lista española permanece intacta: continúa incluyendo únicamente a la sociedad anónima, la comanditaria por acciones, la de responsabilidad limitada y «las entidades de Derecho público que operen en régimen de Derecho privado». Lo restrictivo de esta enumeración contrasta con la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del régimen especial de las reorganizaciones empresariales, que comprende no sólo a todos los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades aunque no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil (art. 83.6 LIS), sino incluso a personas físicas por el cauce de las llamadas aportaciones no dinerarias especiales del artículo 94 de la LIS.

Podría pensarse que el motivo de esta actitud restrictiva es poner límites a la renuncia recaudatoria que le viene impuesta por la Directiva al Estado español, al tener que aplicar el régimen a las transmisiones de establecimientos permanentes situados en otros Estados de la Unión Europea a favor de sociedades asimismo residentes en otro de estos Estados (art. 10 de la Directiva y art. 84.1, d) de la LIS), obligación que está sujeta al requisito de que la sociedad adquirente caiga dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y, por tanto, revista una de las formas previstas en el anexo de ésta. Obsérvese, sin embargo, que las formas societarias relevantes a estos efectos son las correspondientes al Estado de la sociedad adquirente; cuanto más comprensiva sea la lista de estas formas tanto más extensa será la obligación del Estado español de aplicar el régimen a las transferencias realizadas por sus sociedades residentes. Así, por ejemplo, España deberá renunciar a integrar en la base imponible del Impuesto de Sociedades las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la aportación de una sucursal situada en Italia a favor de una sociedad civil francesa, si ésta se halla sujeta al Impuesto de Sociedades. En el caso inverso (p. ej., aportante sociedad francesa y adquirente sociedad mercantil colectiva española) semejante obligación no surgiría para el Estado francés en vista de la lista española del anexo de la Directiva. Por tanto, la restricción de esta lista opera en contra de los intereses fiscales españoles.

Las relaciones correspondientes a los distintos Estados miembros se completan con la inclusión con carácter general de las sociedades constituidas al amparo del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) y de las sociedades cooperativas constituidas al amparo del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) (letra a del anexo).

b) Ampliación respecto a las operaciones cubiertas.

Son dos las operaciones que se incluyen expresamente en la Directiva: la escisión parcial y el cambio de domicilio de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro. Por otra parte, se retoca, en sentido expansivo la definición de canje de acciones.

1. Escisión parcial.

La redacción originaria de la Directiva no contemplaba la escisión parcial, lo cual ciertamente no impidió que esta operación, regulada en las normas mercantiles, fuese incluida en el Derecho español entre aquellas a las que es aplicable el régimen especial. Podía entenderse comprendida dentro de la aportación de activos (art. 2, c de la Directiva), si se admitía que la entidad aportante podía distribuir los títulos recibidos de la beneficiaria entre sus socios ²¹.

La Directiva 2005/19/CE inserta la definición de escisión parcial en una nueva letra b) *bis* del artículo 2 en los siguientes términos: «la operación por la cual una sociedad transfiere a una o varias sociedades ya existentes o nuevas, sin ser disuelta, una o varias ramas de actividad, manteniendo al menos una rama de actividad en la sociedad transmitente, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad».

Esta definición coincide sustancialmente, como no podía ser de otro modo, con la contenida en el artículo 83.2, 1.º, b) de la LIS, que se ajusta básicamente a la del artículo 252 de la Ley de Sociedades Anónimas. Añade, sin embargo, la nota de que el patrimonio restante de la sociedad transmitente debe formar al menos una rama de actividad, requisito que interesa no sólo al Derecho tributario sino también al mercantil, en el que existe un vacío en este punto ²².

²¹ Es curioso que en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen tributario de las fusiones de empresas, precedente inmediato de las leyes que transpusieron la Directiva 90/434/CEE, la situación era la inversa: no se preveía en ella la aportación de rama de actividad, pero ésta tenía cabida en la escisión parcial, respecto de la cual disponía que la sociedad escindida podía mantener las acciones recibidas en su activo o entregarlas a sus socios o partícipes, en cuyo caso debían reducir el capital en la cuantía precisa (art. 15.1, b).

²² Cfr. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Escisión (artículos 252 a 259)», T. IX, Vol. 3.º, de URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 81 y sig.

La nueva definición de escisión parcial hace quizá más problemática de lo que ya lo era ²³ la figura de la llamada «escisión financiera» del artículo 83.2, 1.º, c) de la LIS, que desde luego no tiene encaje en ella.

La introducción de la escisión parcial ha hecho necesarios algunos retoques en varios artículos de la Directiva, que, en lo demás no han sido modificados, como el 4.1; el 6; el 8.1 y 2; el 10.2 ²⁴ y el 11.

2. Traslado de domicilio social.

La nueva Directiva crea un nuevo tipo de operación, el traslado de domicilio social, que define como «la operación en virtud de la cual una SE o una SCE traslada su domicilio social de un Estado miembro a otro, sin que ello dé lugar a la disolución de la sociedad ni a la creación de una nueva persona jurídica». Tales efectos no se producen por imperativo de los Estatutos de estas formas de sociedad. Éstos regulan en sus artículos 8 y 7 respectivamente esta operación, que equivale, en cierto modo, a una transformación de la sociedad. La Directiva se propone aplicarle un régimen de neutralidad para lo cual establece reglas especiales que comentaremos más adelante.

3. Definición de canje de acciones.

La Directiva 2005/19/CE modifica la definición de canje de acciones contenida en el artículo 2, letra d) de la Directiva 90/434/CEE, que queda formulada en los siguientes términos: «la operación por la cual una sociedad adquiere una participación en el capital social de otra sociedad que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto de dicha sociedad o, *si ya dispusiere de dicha mayoría, adquirir una mayor participación* mediante la atribución a los socios de la otra sociedad, a cambio de sus títulos, de títulos representativos del capital social de la primera sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad». La modificación, consistente en la inserción de la frase en cursiva, no figuraba en la propuesta de la Comisión. El preámbulo de la Directiva 2005/19/CE, párrafo 15, la justifica del siguiente modo: «La actual definición de "canje de acciones" del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434/CEE no establece si el término abarca otras adquisiciones subsiguientes además de la que garantiza una mayoría simple de los derechos de voto. No es inusual que los estatutos y las normas de votación de una sociedad estén elaborados de tal modo que sean necesarias adquisiciones subsiguientes para que el adquirente pueda obtener el control completo de la sociedad. La definición de "canje de acciones" debería modificarse, por lo tanto, para establecer que el término abarca todas las adquisiciones subsiguientes».

La interpretación administrativa del artículo 83.5 de la LIS, que reproduce literalmente la disposición de la Directiva, es contraria a la calificación como canje de valores a las adquisiciones posteriores a aquella mediante la cual se adquiere la mayoría de voto ²⁵.

²³ Cfr. SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *Fusión y escisión de sociedades*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2004, págs. 461 y sig.

²⁴ Véase, no obstante, *infra*, nota 37.

²⁵ DGT 2-9-2003 (1144-03).

3. Tratamiento de las sociedades transparentes.

a) El problema.

La extensión del ámbito de aplicación de la Directiva de fusiones a nuevos tipos de sociedades traslada a esta materia un viejo problema del Derecho tributario internacional: el que deriva del hecho de que determinados tipos de sociedad –especialmente las sociedades personalistas, *partnerships* en el Derecho anglosajón– son tratados por algunos ordenamientos tributarios (en general los de los países románicos) como personas jurídicas distintas de sus socios y, por tanto, como sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, mientras que en otros ordenamientos tributarios (los de los países anglosajones y germánicos) sus rentas se imputan a los socios, que son los deudores del impuesto correspondiente; es decir, se las trata como entidades fiscalmente «transparentes». Este problema, o conjunto de problemas, no se había planteado hasta ahora en relación con la Directiva de fusiones, al estar limitado su ámbito de aplicación a las sociedades de capitales, siempre tratadas como sujetos independientes por razón del tipo societario; otra cosa es que ciertas sociedades, con independencia de su forma, sean tratadas como transparentes, como sucedía hasta 2003 en el Derecho español con las sociedades sujetas al régimen de transparencia fiscal y en la actualidad con las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas.

El caso principal que han tenido presente los redactores de la Directiva 2005/19/CE es aquel en que la sociedad transmitente residente en un Estado miembro es tratada como transparente por otro Estado miembro, el cual podría, en consecuencia, gravar a los socios residentes en su territorio por la parte de las rentas de la sociedad que les sean imputadas. La finalidad de las nuevas normas es precisamente diferir esta imposición ²⁶.

El problema es análogo al planteado por las sociedades personalistas en la aplicación de los convenios de doble imposición cuando el Estado de la residencia de la sociedad la considere fiscalmente transparente y, por tanto, al no estar sujeta ilimitadamente a imposición en dicho Estado, no es residente en él, de acuerdo con el artículo 4.1 del Modelo de Convenio de la OCDE, por lo que, según el artículo 1, no puede acogerse al convenio. En el caso de la Directiva de fusiones, la transparencia fiscal hacía que la sociedad transmitente no estuviese sujeta como tal a la imposición del Estado de su residencia y, en la medida en que alguno de sus socios residiesen en otro Estado, sustraía la parte de éste en las rentas sociales al poder tributario del primer Estado, haciendo imposible la aplicación por él del diferimiento.

La solución es también similar. Para los convenios de doble imposición consiste en traspasar a los socios de la sociedad personalista la condición de persona legitimada para acogerse al convenio entre el Estado de su residencia y el de la fuente de las rentas ²⁷. Para la Directiva de fusiones la

²⁶ Cfr. la exposición de motivos de la propuesta de Directiva, párrafos 21 y 22 y el párrafo 1 de los comentarios al apartado 4 del artículo 1 de la propuesta.

²⁷ La indicada solución se recoge en el párrafo 5 del comentario al artículo 1 del Modelo de Convenio, cuya redacción fue modificada en la actualización de éste del año 2000, sobre la base del informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE de 1999 titulado «The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships».

solución consiste en extender el régimen de diferimiento a las rentas de los socios no residentes en el Estado de la sociedad transmitente (art. 4.2 de la Directiva modificada). En el caso de que también este Estado considere transparente a la entidad transmitente, habría que entender que la obligación de diferir el gravamen de las rentas imputadas a los socios residentes en él se deriva de la norma general del apartado 1 del mismo artículo 4 de la Directiva.

Es de notar el concepto de sociedad transparente adoptado por la Directiva: la consideración de transparente a efectos fiscales tiene que ser otorgada por el Estado miembro a la sociedad transmitente no residente «en virtud de una evaluación por dicho Estado de las características jurídicas de dicha sociedad, según determine la ley con arreglo a la cual se haya constituido» (arts. 4.2; 8.3; 10 bis.1, 3 y 4 de la Directiva modificada). La frase transcrita no es un modelo de claridad, y tampoco es precisamente diáfana la explicación que da de ella el comentario de la propuesta de Directiva²⁸, que dice así: «Este nuevo apartado define tales sujetos pasivos como sociedades fiscalmente transparentes en virtud de las disposiciones del Derecho civil aplicables a la organización de sociedades mercantiles. Son éstos los criterios que los Estados miembros aplican a la hora de determinar si debe otorgarse a una sociedad la consideración de transparente a efectos fiscales. El texto propuesto evita toda referencia a sociedades consideradas fiscalmente transparentes por un Estado miembro en razón del régimen fiscal que les es aplicable en su Estado de residencia».

El sentido de la definición de la Directiva es, a nuestro juicio, el siguiente: para determinar si una sociedad es o no «transparente» a estos efectos hay que analizar, en primer lugar, los elementos de la sociedad en cuestión tal como se establecen por el Derecho que rige ese tipo de sociedad en el Estado en el que se ha constituido (mejor que «organizado», que es un anglicismo), para, en un segundo momento, compararlos con los tipos de sociedad del Derecho propio del Estado que realiza la calificación y determinar en cuál de estos tipos encaja la sociedad extranjera. Ésta será calificada como «transparente» en el sentido de la Directiva si lo es el tipo homólogo del Estado calificador. Este proceso lógico prescinde, como advierte el comentario de la propuesta, del régimen fiscal aplicable al tipo societario de que se trate en su Estado de residencia, lo cual significa que no será obligatorio para un Estado miembro aplicar el nuevo régimen de las sociedades transparentes cuando el régimen de transparencia se base en características de la sociedad distintas de su forma social, como sucedía en el Derecho español con las antiguas sociedades transparentes (sociedades de cartera y de mera tenencia de bienes) y hoy con las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas. Ello no impide, sin embargo, que los Estados miembros extiendan voluntariamente dicho régimen a estos supuestos.

El proceso descrito consiste en la subsunción de figuras extranjeras en el Derecho interno²⁹ y no es en absoluto desconocido para la Administración española en materia de reorganizaciones empresariales³⁰. Desde la perspectiva del Derecho español, el campo de aplicación de las normas

²⁸ Comentario al apartado 4 del artículo 1, párrafo 2.

²⁹ Acerca de esta operación y su distinción con el problema de la calificación, véase VOGEL/LEHNER, *Doppelbesteuerungsabkommen-Kommentar*, 4.ª ed., 2003, introducción, n.m. 153 y art. 1, n.m. 18.

³⁰ La DGT lo lleva a cabo con naturalidad a efectos de determinar si operaciones realizadas al amparo de legislaciones extranjeras tienen cabida en aquellas que con arreglo al Derecho español pueden acogerse al régimen especial. Véanse las consultas de 1-6-1994 (NFC002035), escisión; 20-5-1998 (845-98, NFC007595), fusión de dos sociedades residentes en el extranjero; 4-9-2000 (V76-00, NFC011686), operación realizada con arreglo al Derecho irlandés, calificada como cesión global de activos y pasivos; 6-9-2000 (1481-00, NFC011956), operación realizada al amparo del Derecho del Reino Unido, calificada como escisión.

de la Directiva de fusiones sobre sociedades transparentes parece sumamente reducido, si es que existe, ya que el único tipo de sociedad al que, según ese Derecho, es aplicable un régimen de transparencia (y hay que aceptar que el de «atribución de rentas» del artículo 6 de la LIS es un régimen de esta clase) sería la sociedad civil, que, hasta donde resulta inteligible la lista del anexo de la Directiva, tiene muy escasas figuras que encajen en su tipo ³¹.

b) Contenido del régimen.

El régimen de las sociedades transparentes en la nueva Directiva consta de los siguientes elementos:

- Tratamiento del socio residente de la sociedad transmitente no residente calificada como transparente. La Directiva establece un régimen normal y uno alternativo.
- Tratamiento del socio transparente de la entidad transmitente.
- Normas aplicables en el supuesto de sociedad adquirente no residente transparente.

1. Tratamiento del socio residente de la sociedad transmitente no residente calificada como transparente

a. Régimen normal.

La nueva Directiva extiende a los socios de las sociedades transparentes el diferimiento de las rentas de éstas que les son imputadas. Como hemos visto más atrás, ésta es la pieza fundamental del nuevo régimen de las sociedades transparentes en este ámbito. La norma correspondiente está contenida en el artículo 4.2 en la nueva redacción, de acuerdo con la cual cuando sea de aplicación el régimen de la Directiva a una fusión o una escisión total o parcial «y un Estado miembro otorgue a una sociedad transmitente no residente la consideración de transparente a efectos fiscales... y someta, por tanto, a gravamen a los socios por su participación en los beneficios de la sociedad transmitente, en el momento en que éstos se perciban, dicho Estado no gravará en modo alguno las rentas, los beneficios o las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal».

La aplicación a los socios del régimen de diferimiento se sujeta a la condición de que las rentas cuya tributación se ha diferido sigan latentes en el patrimonio de la sociedad adquirente, requisito fundamental en el sistema de la Directiva exigible también en este supuesto (art. 4.3). Dichas

³¹ La relación de las sociedades francesas incluye a las «sociétés civiles», pero «sometidas automáticamente al impuesto de sociedades». La fórmula del Reino Unido, «sociedades constituidas de conformidad con el Derecho del Reino Unido» («companies incorporated under the law of the United Kingdom») excluye a los *partnerships*, que serían el tipo comparable a la sociedad civil. La misma fórmula se utiliza para Lituania.

rentas serán gravadas con ocasión de la transmisión de los elementos patrimoniales adquiridos por la sociedad beneficiaria, sea en sede de ésta sea en la de los socios si esta sociedad tuviese el tratamiento de transparente.

b. Régimen alternativo.

Los apartados 1 y 2 del artículo 10 *bis* de la Directiva modificada³² permiten a los Estados miembros optar por un tratamiento alternativo de las rentas de las sociedades transparentes imputadas a los socios. El Estado miembro, dice el apartado 1, «podrá no aplicar las disposiciones de la presente Directiva al gravar a las personas que posean una participación directa o indirecta en dicha sociedad [considerada como transparente] con respecto a las rentas, los beneficios y las plusvalías procedentes de la misma».

El apartado 2 dispone que «el Estado miembro que ejerza el derecho mencionado en el apartado 1 deberá admitir la deducción del impuesto que, de no existir las disposiciones de la presente Directiva, se hubiera aplicado a la sociedad considerada transparente a efectos fiscales, por sus rentas, beneficios o plusvalías, del mismo modo y por el mismo importe por el que dicho Estado lo habría hecho si el impuesto hubiera sido aplicado y pagado».

Se trata, por tanto, de sustituir el método ordinario de exención (no integración) de las rentas por el de imputación. El importe del crédito de impuesto suscita algunas dudas, teniendo en cuenta que, al no ser residente la sociedad, no está sujeta al impuesto sobre sociedades del Estado de residencia del socio, ni obtiene renta en él sujeta por obligación real. En consecuencia, hay que entender, en nuestra opinión, que la base de cálculo del crédito es la renta imputada al socio y sometida a imposición en el Estado de la residencia de éste. En cuanto al tipo de gravamen, pensamos que es el del impuesto de sociedades, no el correspondiente a la imposición sobre las rentas de no residentes, pues sólo aquel tipo permite neutralizar totalmente el impuesto sobre el socio (si éste es una persona jurídica).

2. Tratamiento del socio transparente de la entidad transmitente

La neutralidad fiscal de las operaciones de reorganización exige el diferimiento de la imposición no sólo de las rentas puestas de manifiesto en la sociedad transmitente, sino también de las que afloran en el canje de las participaciones de los socios de ésta por participaciones en la sociedad adquirente (en el Derecho español, art. 88 de la LIS). En el canje de valores el diferimiento de estas rentas es obviamente el que pasa al primer plano (art. 87.1 de la LIS). Pues bien, la nueva Directiva extiende el régimen de diferimiento al supuesto de que el socio que efectúa el canje sea considera-

³² Este artículo, que no estaba incluido en la propuesta de la Comisión, forma el contenido del nuevo Título IV *bis* de la Directiva, que lleva la rúbrica «Caso particular de las entidades transparentes», que no refleja su contenido. Éste lo forman, además de los dos apartados en los que se regula el régimen alternativo que ahora comentamos, otros dos apartados 3 y 4, en el que se contienen las normas sobre las sociedades beneficiarias no residentes a las que más adelante nos referiremos. Hubiera sido más exacto traducir el título de la versión inglesa («Special case of transparent entities») como «Caso especial de entidades transparentes», sin el artículo «las». Tal como ha quedado sugiere que en él se regula el tratamiento de estas sociedades, lo cual, como sabemos, no es cierto.

do como transparente, en los términos antes expuestos, por un Estado miembro distinto del de su residencia, el cual podría, en consecuencia, gravar dichas rentas en sede de los socios del que efectúa el canje residentes en su territorio.

La norma pertinente está contenida en el apartado 3 del artículo 8, con arreglo al cual «cuando un Estado miembro otorgue a un socio la condición de transparente a efectos fiscales... y someta, por tanto, a gravamen a las personas que posean un interés en dicho socio por su participación en los beneficios del socio, en el momento en que éstos se perciban, dicho Estado no exigirá tributación a las referidas personas por las rentas, los beneficios o las plusvalías que se deriven de la atribución al socio de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante».

El diferimiento de las rentas puestas de manifiesto en el canje (incluidas las imputadas al socio del socio transparente) está condicionado, como es lógico, al posterior gravamen de dichas rentas, lo cual requiere que no se atribuya a los títulos recibidos un valor fiscal más elevado que el que tenían inmediatamente antes de la operación los de la sociedad transmitente entregados (art. 8.4). En el supuesto de escisión parcial, no previsto anteriormente por la Directiva 90/434/CEE, el socio conserva una participación en la sociedad escindida, a la que se añade la participación en la sociedad o sociedades beneficiarias y, por tanto, el valor fiscal de la anterior participación en la escindida debe repartirse entre la participación en esta sociedad posterior a la operación y la nueva participación en la beneficiaria o beneficiarias. Este reparto puede hacerse con arreglo a diversos criterios ³³. La Directiva modificada establece la regla de que el socio no puede atribuir «al total agregado de los títulos recibidos y los que posea en la sociedad transmitente un valor fiscal más elevado que el que tuviesen inmediatamente antes de la escisión parcial los poseídos en la sociedad transmitente» (art. 8.5).

3. Normas aplicables en el supuesto de sociedad adquirente no residente considerada como transparente

Los apartados 3 y 4 del artículo 10 *bis* de la Directiva modificada, que no figuraban en la propuesta de la Comisión ³⁴, contienen sendas autorizaciones a los Estados miembros para adoptar medidas con relación a sociedades adquirentes no residentes ³⁵ que éstos consideren como transparentes, en el sentido de la Directiva expuesto más atrás:

1.^a La primera de dichas autorizaciones permite a los Estados miembros no aplicar las disposiciones del artículo 8, apartados 1, 2 y 3. Como se recordará, estos preceptos ordenan la no integración de las rentas de los socios puestas de manifiesto por el canje de sus participaciones en la

³³ Cfr. LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., *Fusiones 2005-2006*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2004, nn.mm. 2.617 y sigs.

³⁴ Cfr. *supra*, nota 32.

³⁵ Ambos apartados se refieren a sociedades no residentes. Sin embargo, la traducción española de la Directiva 2005/19/CE omite increíblemente esta característica en el apartado 4, que sí figura en la versión en lengua inglesa.

sociedad transmitente (o dominada, en el canje de acciones) por títulos de la sociedad beneficiaria (o dominante) con ocasión de una fusión, una escisión (total) o un canje de acciones (apartado 1); o con motivo de una escisión parcial (apartado 2); incluidas las rentas imputadas a los partícipes en socios transparentes (apartado 3).

Por consiguiente, el Estado miembro que se acoja a esta posibilidad gravará dichas rentas, las cuales son reflejo de las plusvalías implícitas en el patrimonio aportado. En el sistema ordinario de la Directiva, estas rentas serán gravadas en sede de la entidad adquirente cuando ésta realice tales plusvalías, pero si ésta es considerada transparente por el Estado de residencia de alguno de sus socios, éste pretenderá someter a imposición dicha renta en sede de los socios residentes. Pues bien, el resultado de la opción prevista en la norma comentada es el adelantamiento de la imposición de tales rentas al momento de su realización por el socio. De este modo el Estado de la residencia de éste se asegura la recaudación de su impuesto ³⁶, si bien a costa de una cierta quiebra de la neutralidad fiscal de la operación.

Obsérvese que la Directiva se refiere en este apartado a «una sociedad beneficiaria o dominante», lo que significa que esta autorización se refiere tanto a las operaciones de fusión, escisión (no a la aportación de activos, en la que no intervienen los socios de la aportante) como al canje de acciones, que son también las operaciones contempladas en el artículo 8.

2.^a El apartado 4 del artículo 10 *bis* autoriza a los Estados miembros a aplicar a las personas que posean una participación directa o indirecta en una sociedad beneficiaria no residente que el Estado de que se trate considere fiscalmente transparente, en el sentido de la Directiva, «el mismo trato fiscal que aplicaría si la compañía beneficiaria residiera en dicho Estado miembro».

A nuestro entender, esta norma es alternativa de la del apartado 3; es decir, el Estado miembro que trate a una entidad no residente como transparente puede elegir entre gravar las rentas puestas de manifiesto en una reorganización en sede de los socios, en el momento en que la operación se lleva a cabo, o esperar a que dichas rentas se realicen por la sociedad beneficiaria, e imputarlas entonces a los socios con arreglo a su Derecho interno en materia de transparencia fiscal.

Nótese que, a diferencia del apartado 3, el 4 se refiere solamente a sociedades beneficiarias, lo cual excluye del ámbito de aplicación de esta norma a las operaciones de canje de acciones.

³⁶ Sin embargo, el mecanismo previsto por la norma de la Directiva da lugar a un exceso o un defecto de imposición en función del porcentaje de participación del socio en las sociedades transmitente y adquirente, y de los tipos de gravamen en los Estados implicados. Véase el siguiente ejemplo:

La sociedad transmitente T es absorbida por la sociedad A, ambas no residentes. El Estado R de residencia de S, único socio de T, considera a A como transparente. S adquirió su participación por 1.000 unidades de cuenta y el valor real de T es de 1.500 u.c. S realiza, por tanto, una renta de 500 al canjear su participación en T por la participación en A, y si el Estado R se acogió al artículo 10 *bis*, apartado 3 de la Directiva modificada, someterá a imposición dicha renta. A igualdad de tipos de gravamen en R y el Estado de residencia de A, el impuesto sólo será igual si S adquiere una participación del 100 por 100 en A.

4. «Filialización» de sucursal.

El artículo 10 de la Directiva, relativo a la transmisión de un establecimiento permanente en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de aquel en que reside la sociedad transmitente, sufre ciertos cambios, unos sustantivos y otros meramente formales, que afectan sobre todo a su apartado 1 ³⁷.

El cambio sustantivo es la adición de un nuevo párrafo para eliminar la duda que se había suscitado acerca de la aplicación de la Directiva a la transmisión de un establecimiento permanente en favor de una sociedad de nueva creación en el mismo Estado del establecimiento ³⁸; operación que se conoce con el término «filialización», es decir, conversión de una sucursal en una filial. El nuevo párrafo dice así: «Las presentes disposiciones serán, asimismo, aplicables en el supuesto de que el establecimiento permanente esté situado en el mismo Estado miembro que aquel en el que sea residente la sociedad beneficiaria».

Las restantes modificaciones del apartado 1 mejoran ciertamente su redacción, antes bastante confusa.

5. Participación en la transmitente.

Algunos de los problemas que se habían planteado respecto a la Directiva de fusiones hacían referencia a su conexión con la Directiva matriz-filial. El estudio de la Comisión sobre el impuesto de sociedades del año 2001 suscitaba la cuestión del cómputo de la participación que otorga la condición de sociedad matriz y el efecto que ello podría tener sobre las reorganizaciones transfronterizas ³⁹. El problema que ha tratado de resolver la modificación de la Directiva 90/434/CEE es de índole algo más técnica y consistía en que la definición de sociedad matriz no coincidía exactamente en ambas Directivas. La Directiva matriz-filial (art. 3.1, a) exigía una «participación mínima» del 25%; por su parte, la Directiva de fusiones (art. 7), después de establecer que no se gravaría la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria al anularse su participación en la transmitente, autorizaba a los Estados a someterla a imposición «cuando la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente no exceda del 25%». Existía, por tanto, un cierto solapamiento lógico entre ambos límites, de manera que una sociedad que tuviese una participación del 25% en otra sería matriz a efectos de la Directiva matriz-filial, pero podría ser gravada con ocasión de la anulación de esta participación en una fusión. La incoherencia que esto supone se explica claramente en la exposición de motivos (párrafo 24) de la Directiva 2005/19/CE: «En su condición de socio de una sociedad transmitente, la sociedad bene-

³⁷ El apartado 2 únicamente se modifica para insertar la referencia a la escisión parcial. No obstante, los autores de la versión española de la Directiva 2005/19/CE han hecho retoques de estilo en partes del texto no modificadas en la versión en lengua inglesa, excediéndose así, a nuestro juicio, de su función.

³⁸ Cfr. *supra*, II.2.

³⁹ Cfr. *supra*, II.2.

ficiaria podría perfectamente recibir de aquélla dichos beneficios aplicados a reservas en forma de beneficios distribuidos. Cuando los beneficios se distribuyen, puede aplicarse lo dispuesto en la Directiva sobre matrices y filiales. Así, si la sociedad beneficiaria posee una "participación suficiente", de acuerdo con los requisitos de esta última Directiva, la Directiva sobre fusiones deberá autorizar la concesión de ventajas fiscales similares en caso de fusión o escisión, y eximir de impuestos la diferencia de valor anteriormente mencionada».

La nueva redacción del apartado 2 del artículo 7 permite a los Estados miembros gravar la plusvalía únicamente «cuando la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente sea inferior al 20%». Por otra parte, dispone que este límite se reducirá escalonadamente de manera paralela a lo previsto en la Directiva matriz-filial modificada ⁴⁰.

6. Tratamiento del traslado del domicilio social.

La Directiva 2005/19/CE ha añadido un nuevo título, el IV *ter* ⁴¹, formado por los artículos 10 *ter*, 10 *quater* y 10 *quinqies*, que contienen las normas reguladoras del tratamiento fiscal del cambio de domicilio social de una SE o de una SCE, acto u operación que, como hemos visto, se integra en el campo de aplicación de la Directiva 90/434/CEE.

Las referidas normas aplican a esta operación el principio básico de neutralidad fiscal de la Directiva, mediante el diferimiento de la imposición que recaería sobre ella por aplicación del régimen tributario general. La idea general que preside la adaptación al traslado de domicilio del régimen de la Directiva es que de igual manera que la aplicación de dicho régimen a las operaciones de fusión, escisión y aportación de activos presupone, por regla general, la creación de un establecimiento permanente en el Estado miembro de la sociedad transmitente, el traslado a otro Estado miembro del domicilio supone igualmente la creación de un establecimiento permanente en el Estado del antiguo domicilio («el Estado del que ha sido trasladado el domicilio social» es la expresión utilizada por la Directiva). En ambos casos, las plusvalías cuyo gravamen se difiere son las que se manifiestan en los elementos de activo y de pasivo «que queden efectivamente vinculados» a dicho establecimiento permanente (arts. 4.1 y 10 *ter*.1).

Desde la perspectiva fiscal existe, pues, un evidente paralelismo entre estas dos situaciones: en ambas el Estado de la entidad transmitente y aquel del que ha sido trasladado el domicilio fiscal pierden el poder de imposición basado en la residencia de la sociedad, que es sustituido por el basado en la presencia en su territorio de un establecimiento permanente. La diferencia entre las dos situaciones es jurídica: en la fusión, escisión o aportación de activos se produce un cambio de titular de los elementos patrimoniales, mientras que en el cambio de domicilio el titular sigue siendo el mismo.

⁴⁰ Cfr. *supra*, nota 11.

⁴¹ En la propuesta de Directiva este título era el número IV *bis*, que ahora lleva el dedicado a las entidades transparentes.

Los comentarios a los artículos de la propuesta de Directiva en los que se regulaba el traslado del domicilio social exponían la idea anterior en los siguientes términos ⁴²: «El régimen tributario al que está sujeto el traslado de domicilio social es semejante al aplicable a las fusiones y escisiones. El nuevo artículo 10 *ter* [correspondiente al 10 *quater* del texto definitivo] remite a otras disposiciones de la Directiva. Ahora bien, en las operaciones de fusión y escisión participan dos sociedades: la transmitente y la beneficiaria. Las referidas disposiciones afectan a ambas sociedades, en tanto que en la operación contemplada en este artículo interviene una única sociedad. A fin de esclarecer la situación, el apartado 4 dispone que esta sociedad se considere a un tiempo transmitente y beneficiaria». Este apartado 4 desapareció en la redacción definitiva de la Directiva, quizá por considerarlo innecesario, ya que el artículo 10 *quater* no se remite a otros artículos, sino que establece directamente las normas aplicables ⁴³.

El expuesto principio inspirador del régimen del traslado del domicilio social se refleja en la sistemática del Título IV *ter* de la Directiva modificada, que es la siguiente:

- El artículo 10 *ter* establece el principio básico del diferimiento, en el Estado del antiguo domicilio, de la imposición de las plusvalías que se manifiesten en los elementos patrimoniales que queden afectos en él a un establecimiento permanente, a condición de que su valoración fiscal permanezca inalterada.
- El artículo 10 *quater* dispone, por un lado, análogamente al artículo 5 de la Directiva, que el Estado miembro del nuevo domicilio permitirá la subrogación del establecimiento permanente en las situaciones tributarias de la sociedad («provisiones o reservas debidamente constituidas por la SE o la SCE antes del traslado del domicilio social... parcial o totalmente exentas de imposición y no [provenientes] de un establecimiento permanente en el extranjero») ⁴⁴. Por otro lado, paralelamente a lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva, el Estado del antiguo domicilio deberá permitir al establecimiento permanente la compensación de las pérdidas de la SE o la SCE en los mismos términos que las sociedades domiciliadas o residentes en dicho Estado.
- Finalmente, el artículo 10 *quinqüies*, aplica el diferimiento a las rentas de los socios.

⁴² Párrafo 6 del comentario al apartado 9 del artículo 1 de la propuesta.

⁴³ Uno de los artículos a los que remitía el artículo 10 *ter* de la propuesta era el 10 de la Directiva. Lo hacía en su apartado 3 en los siguientes términos: «Lo dispuesto en el artículo 10 será de aplicación en caso de traslado del domicilio social de una SE o una SCE, si ésta posee un establecimiento permanente en otro Estado miembro, pese a no registrarse transmisión alguna de elementos de activo y de pasivo entre sociedades». El artículo 10 *quater* del texto definitivo de la Directiva no contiene ninguna norma relativa al supuesto del artículo 10 de la Directiva, seguramente por considerar que al no haber cambio de titularidad en el traslado del domicilio social, esta operación no afecta en modo alguno a los establecimientos permanentes en terceros Estados.

⁴⁴ La versión de la Directiva 2005/19/CE en lengua española se refiere en el apartado 1 de este artículo al Estado miembro al que se traslada en domicilio, mientras que la versión en lengua inglesa se refiere a ambos Estados miembros, lo cual tiene más sentido, puesto que el Estado del antiguo domicilio y ahora del establecimiento permanente tendrá que reconocer la subrogación en la aplicación del impuesto a éste.

Es de resaltar que mientras que la propuesta de Directiva se refería únicamente al traslado del domicilio social, el texto finalmente aprobado contempla un doble supuesto:

- que una SE o una SCE traslade su domicilio social de un Estado miembro a otro, o
- que, en relación con el traslado de su domicilio social de un Estado miembro a otro, una SE o una SCE que sea residente en el primer Estado miembro deje de ser residente en dicho Estado miembro y pase a serlo en otro Estado miembro.

El preámbulo de la Directiva 2005/19/CE ⁴⁵ alude a esta nueva redacción diciendo que «el traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro no siempre dará lugar a que la SE o la SCE dejen de tener su residencia en el primer Estado miembro. La residencia fiscal de la SE o la SCE seguirá siendo la que determinen la legislación nacional y los tratados sobre fiscalidad». Y continúa así ⁴⁶: «El traslado del domicilio social de una sociedad que dé lugar a que cambie la residencia fiscal o los hechos relacionados con ese traslado pueden dar pie a alguna forma de imposición en el Estado miembro a partir del cual se traslade el domicilio. La imposición puede tener lugar incluso en casos en los que el traslado del domicilio social o los hechos relacionados con dicho traslado no den pie a que cambie la residencia fiscal».

Este último supuesto no es, sin embargo, el normal en el Derecho comparado, en el que el hecho que determina el gravamen es generalmente el cambio de residencia. Más probable será el caso inverso: cambio de residencia fiscal sin traslado del domicilio social; por ejemplo, por traslado de la sede de dirección efectiva. Sin embargo, este supuesto no está contemplado por la nueva Directiva, a la que preocupa solamente hacer fiscalmente neutro el traslado de domicilio. Posiblemente la finalidad pretendida con el supuesto añadido en la redacción definitiva (cambio de residencia ocasionado por el traslado del domicilio) sea prever expresamente el hecho imponible normalmente utilizado por las legislaciones tributarias, que, en una interpretación estricta podría considerarse no cubierto por la redacción originaria.

IV. EFECTOS DE LA NUEVA DIRECTIVA SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL

La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/19/CE va a requerir algunas modificaciones de las normas vigentes, pero no tantas como pudiera pensarse a primera vista. Siguiendo las innovaciones de la Directiva, veamos cuáles son, a nuestro juicio, dichas modificaciones.

1. La escisión parcial ya está incluida entre las operaciones que pueden acogerse al régimen especial en el artículo 83.2, 1.º, b) de la LIS. Quizá sea conveniente incluir expresamente el requisito de que el patrimonio no segregado debe constituir una rama de actividad; si

⁴⁵ Párrafo 6.

⁴⁶ Párrafo 7.

bien puede pensarse que esta mención no es estrictamente necesaria, en la medida en que se entienda que las normas actuales, tanto mercantiles como fiscales, deben ser interpretadas de conformidad con esta exigencia.

2. Será necesario modificar la definición del canje de valores del artículo 83.5 de la LIS a fin de incluir en ella el supuesto en el que la sociedad adquirente de los valores ya posee la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada y mediante la operación solamente amplía dicha mayoría.

La declaración para el acta del Consejo según la cual el hecho de que la participación mayoritaria se adquiera [en parte] de residentes de la Comunidad y [en parte] de residentes de terceros países no impide a los socios residentes de los Estados miembros disfrutar de los beneficios de la Directiva ⁴⁷ no necesita, como es obvio, dada su naturaleza, ser transpuesta al Derecho interno de los Estados miembros. En la medida, no obstante, en que quepa concederle cierto valor interpretativo ⁴⁸, tiene interés examinar en qué medida concuerda con el ordenamiento español.

En primer lugar, la interpretación que se deriva de dicha declaración es compatible con el artículo 87.1 de la LIS. En efecto, éste exige para el diferimiento de las rentas que se pongan de manifiesto en el canje de valores que los socios que lo realicen residan en territorio español o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España. Este último requisito se refiere a la no integración en la base imponible del impuesto que recae sobre el socio residente en el Estado no miembro de la Unión Europea ⁴⁹, no a la aplicación del régimen a los demás socios. Es decir, que en el caso de que los valores recibidos por el socio residente en un tercer Estado no correspondan a una sociedad residente en España (según la letra b del art. 87.1 de la LIS tiene entonces que ser residente en la Unión Europea), sus rentas serán gravadas en España; pero, de acuerdo con la interpretación adoptada por la declaración para el acta de Consejo, no impedirán el diferimiento de la tributación en los casos previstos en la letra a) del artículo 87.1 de la LIS.

Lo que es contrario a la citada declaración para el acta del Consejo es la interpretación de la Dirección General de Tributos según la cual está excluida la aplicación del régimen especial cuando la mayoría de los derechos de voto se adquiera de socios que no satisfagan los requisitos de la letra a) del artículo 87.1 ⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. *supra*, II.3.b.2.

⁴⁸ Según Díez-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 2001, pong. 720, nota al artículo 13 del Reglamento interno del Consejo, la postura del TJCE en relación con el valor de las declaraciones que se inscriben en las actas es que no pueden ser tenidas en cuenta para interpretar una disposición del Derecho derivado cuando su contenido no se plasme de algún modo en el texto de la disposición de que se trate, y no tienen, por tanto, ningún alcance jurídico (sentencia de 26 de febrero de 1991, asunto *Antonissen*, C-292/89).

⁴⁹ Este impuesto sólo puede ser el Impuesto sobre la renta de no residentes, pero el artículo 87.1 se refiere únicamente al IRPF y al IS. El texto del artículo no fue modificado tras el establecimiento del IRNR en 1998, como hubiera debido hacerse.

⁵⁰ Véase la consulta DGT 27-12-2001 (V78-01, NFC016040), que versa sobre una oferta pública de canje de acciones de una sociedad dominante residente en Luxemburgo por acciones de una residente en España, a la que pueden concurrir residentes en la Unión Europea y en terceros países. La DGT sostiene que de los artículos 97.5 y 101, apartados 1 y 6, de

También pueden suscitarse dudas acerca de la compatibilidad de la declaración para el acta del Consejo con el apartado 6 del artículo 87 ⁵¹, según el cual «las operaciones de canje de valores que no cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo no podrán acogerse al régimen previsto en este capítulo». Según autorizada opinión ⁵², el sentido de este precepto sería aclarar (*a sensu contrario*) que pueden acogerse al régimen especial operaciones de canje de valores que cumplen los requisitos del artículo 87.1 pero en las que no se manifiestan rentas en territorio español que diferir; el régimen sería aplicable en lo que se refiere a la imposición indirecta. No existe, sin embargo, contradicción entre ambos textos siempre que los requisitos del apartado 1 se interpreten, de conformidad con la declaración, en el sentido antes expuesto; es decir, que éstos se cumplen, y por tanto el régimen es aplicable, aunque la mayoría de los derechos de voto se adquieran de socios residentes en terceros Estados, sin ningún requisito adicional.

3. En lo que respecta al traslado del domicilio social de una SE o una SCE, en primer lugar, no procede incluir esta operación en la lista de las operaciones que pueden acogerse al régimen especial del artículo 83 de la LIS, que no es transposición del artículo 1 de la Directiva, sino del 2. Lo necesario es establecer las normas de Derecho interno que apliquen a dicha operación las disposiciones del Título IV *ter* de la Directiva. En cuanto al tratamiento de las rentas de la sociedad que traslada su domicilio, la norma correspondiente al artículo 10 *ter* de la Directiva está ya contenida en el artículo 17.1, a) de la LIS. Este precepto dispone, en primer lugar, que se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste. Sin embargo, exceptúa de esta norma el supuesto de que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente de la entidad que traslada la residencia, situado en territorio español, en cuyo caso será aplicable a tales elementos lo previsto en el artículo 85 de la LIS. Es decir, los mencionados elementos patrimoniales se valorarán fiscalmente por el mismo valor que tenían con anterioridad al cambio de residencia.

No existen, sin embargo, en el Derecho español vigente las normas correspondientes a los artículos 10 *quater* y 10 *quinqüies* de la Directiva.

Pensamos que una forma sencilla de transponer la Directiva en esta materia sería ampliar la remisión del artículo 17.1, a) de la LIS bien a los artículos 88 y 90 bien, en general, al régimen del capítulo VIII del Título VII de la LIS, añadiendo si se quiere, como hacía la

la LIS (arts. 83.5 y 87.1 y 6 del Texto refundido) «se deduce que la aplicación del régimen especial está condicionada a que los socios que por sí mismos permiten a la entidad adquirente alcanzar la mayoría absoluta de los derechos de voto en la entidad participara (condición para considerar una operación como canje de valores), sean residentes en territorio español, en otro Estado de la Unión Europea o en cualquier otro Estado, siempre que, en este caso, la entidad adquirente sea residente en territorio español. Por tanto, la participación en el canje de algún otro socio que no cumpla los requisitos citados en cuanto a su residencia, no modifica la calificación a efectos fiscales de la operación como canje de valores, sin perjuicio de que a los mismos no les sea de aplicación el régimen especial».

⁵¹ Este apartado fue añadido al artículo 101 de la Ley 43/1995, correspondiente al 87 del Texto refundido, por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

⁵² LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., *op. cit.* (nota 33), n.m. 2.296.

propuesta de Directiva, que a estos efectos se considerará que la sociedad que traslada su residencia es al mismo tiempo la transmitente y la beneficiaria, aunque no creemos que esta aclaración sea indispensable.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que el artículo 17.1, a) tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que la Directiva, ya que ésta únicamente es aplicable a los cambios de domicilio, no a todo cambio de residencia, y solamente a la SE y la SCE.

4. Aunque, como ya hemos dicho, las normas de la Directiva sobre sociedades transparentes tienen pocas posibilidades de aplicación en el Derecho español, dada la amplitud con que éste reconoce personalidad jurídica a las sociedades, esto no elimina la necesidad de transponer dichas normas.

La del apartado 2 del artículo 4 de la Directiva podría recogerse en un nuevo apartado del artículo 84 de la LIS, declarando aplicable el régimen de diferimiento al socio residente de la sociedad no residente transparente comprendida en el ámbito de la Directiva. En este sentido, parece que la no integración en la base imponible de las rentas (método de exención) está más en consonancia con las normas generales del régimen que el método de imputación que ofrece como alternativa el artículo 10 *bis*, apartados 1 y 2 de la Directiva.

La norma del apartado 3 del artículo 8 de la Directiva (socio transparente) podría insertarse en nuevos apartados de los artículos 87 y 88 de la LIS.

Por otra parte, posiblemente el Estado español quiera ejercitar alguna de las opciones, a nuestro entender alternativas, que le ofrecen los apartados 3 y 4 del artículo 10 *bis* de la Directiva. En tal caso, consideramos preferible la del apartado 3, que asegura más eficazmente la imposición de las rentas latentes en la sociedad adquirente, aunque, como ya quedó señalado, renunciando a la plena neutralidad fiscal de la operación. Esta opción tiene la ventaja de que, a diferencia de la del apartado 4, es aplicable también al canje de valores.

5. La aclaración del último párrafo del apartado 1 del artículo 10 de la Directiva, en su nueva redacción no necesita, en nuestra opinión, ser transpuesta al Derecho español, puesto que el apartado 1 del artículo 84 de la LIS no establece ninguna restricción que impida la «filialización» tanto de una sucursal de una entidad no residente situada en España (letra c) como la de una sucursal de una entidad residente en territorio español situada en otro Estado miembro de la Unión Europea (letra d).
6. Por último, los nuevos porcentajes de participación de la entidad adquirente en la transmitente, por debajo de los cuales los Estados miembros pueden gravar las rentas derivadas de la anulación de dicha participación, incluido el 10 por 100 que se aplicará a partir del 1 de enero de 2009, son muy superiores al 5 por 100 establecido por el artículo 89.1 de la LIS.

TRIBUTACIÓN	PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y LA UE: REVISIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS	Núm. 51/2005
--------------------	--	-------------------------

EDUARDO GRACIA ESPINAR

*Socio del Departamento Tributario de Ashurst Abogados,
Madrid*

*Representante del sector privado del Foro Conjunto de Precios
de Transferencia de la UE*

BOSCO MONTEJO ALONSO

*Asociado del Departamento Tributario de Ashurst Abogados,
Madrid*

Extracto:

LA reciente adopción por parte del Consejo de Ministros de Economía y Finanzas de la UE, por medio del Código de Conducta, de las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia para la efectiva aplicación del Convenio de Arbitraje relativo a la supresión de la doble imposición que emana de los ajustes por operaciones vinculadas entre sociedades residentes en diferentes países de la UE supone un claro avance en la eliminación de las barreras fiscales con las que se encuentran los operadores comunitarios en sus operaciones intra-grupo dentro del Mercado Único.

El artículo realiza, en primer lugar, un análisis del articulado del Convenio de Arbitraje para posteriormente adentrarse en el avance que supone la aceptación de las recomendaciones del Foro y finalmente plantear las cuestiones que deberán resolverse en los próximos años.

Sumario:

1. Introducción.
2. El Convenio de Arbitraje.
 - 2.1. Ámbito objetivo de aplicación.
 - 2.2. Procedimiento Amistoso.
 - 2.3. Comisión Consultiva.
 - 2.4. Inaplicación del Convenio de Arbitraje por Sanción Grave.
 - 2.5. Vigencia y eficacia retroactiva.
 - 2.6. Interacción del Convenio de Arbitraje y los recursos internos.
 - 2.7. Funcionamiento práctico del procedimiento previsto por el Convenio de Arbitraje.
3. El Código de Conducta.
 - 3.1. Fecha de inicio del plazo de tres años.
 - 3.2. Fecha de inicio del período de dos años de resolución en el marco del Procedimiento Amistoso.
 - 3.3. Aspectos procesales administrativos prácticos para un eficaz funcionamiento del Procedimiento Amistoso.
 - 3.4. Aspectos prácticos para un eficaz funcionamiento de la Comisión Consultiva (Segunda Fase del Convenio de Arbitraje).
 - 3.5. Otras cuestiones de relevancia apuntadas: recomendaciones a los EM y utilización del Convenio en supuestos de doble imposición no causados por ajustes administrativos.
4. Efecto práctico de la utilización del Convenio de Arbitraje.
5. Cuestiones pendientes de abordar por el Foro en los dos próximos años de prórroga.
 - 5.1. Doble imposición por aplicación de intereses de demora en el marco de los precios de transferencia.
 - 5.2. Las «Sanciones Graves» en el marco del Convenio de Arbitraje.
6. Cuestiones adicionales.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 7 de diciembre de 2004 vieron oficialmente la luz las primeras conclusiones de los trabajos del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE (el «**Foro**») pues ese día el Consejo de Ministros de Economía y Finanzas de la UE («**ECOFIN**») adoptó, mediante código de conducta (el «**Código de Conducta**»), las sugerencias emanadas de aquél en materia de soluciones prácticas a la aplicabilidad del Convenio 90/436/CEE relativo a la Supresión de la Doble Imposición en caso de Corrección de los Beneficios de Empresas Vinculadas de 23 de julio de 1990 (el «**Convenio de Arbitraje**» o el «**Convenio**»).

En 1990, los Estados Miembros («**EM**») firmaron el Convenio de Arbitraje con el propósito de eliminar la doble imposición que emanaba de los ajustes realizados en operaciones entre empresas vinculadas residentes en diferentes países de la UE. El principio inspirador que regía el mismo no era otro que el de impedir que, dentro del Mercado Único, los mismos beneficios empresariales fueran gravados dos veces como consecuencia de los ajustes realizados por las autoridades fiscales de dos jurisdicciones diferentes en materia de fijación de los precios en operaciones comerciales, financieras o de servicios entre empresas asociadas (precios de transferencia), lo que responde a los principios dimanantes de las libertades económicas fundamentales instauradas por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea («**TCE**» o el «**Tratado**») tal y como viene siendo interpretado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («**TJCE**»), quien ha subrayado cómo muchos de los posibles supuestos de doble imposición económica intracomunitaria son obstáculos incompatibles con aquéllas.

Pues bien, el Convenio de Arbitraje puede encuadrarse dentro del denominado Derecho Complementario, entendiendo por tal aquel conjunto de fuentes prolongación de los objetivos definidos por el TCE, pero que, en sentido amplio, se considera igualmente Derecho Comunitario.

Efectivamente, el artículo 293 TCE ampara el Convenio de Arbitraje –y en consecuencia su aplicación por parte de los EM debe respetar los principios y libertades fundamentales que derivan del propio Tratado– obligando a los EM a «*entablar negociaciones entre sí*» para la firma de cuantos convenios internacionales fueran necesarios para asegurar el buen funcionamiento del Mercado Único y, en concreto, «*la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad*»; incluso se prevé que en sede del Acta de Adhesión de cualquier nuevo EM éste contraiga, obligatoriamente, el compromiso de entablar negociaciones con el resto de EM para la firma de los mencionados convenios.

No obstante, a pesar de la consideración del Convenio como Derecho Comunitario Complementario (o precisamente por ello), es importante reseñar que su interpretación uniforme no se atribuye al TJCE en tanto en cuanto no se firme el correspondiente protocolo adicional que le atribuya dicha competencia, lo cual no se ha producido hasta la fecha. Ello implica una cierta limitación a la aplicabilidad y utilización del Convenio, pues en aquellos casos en los que se produzcan supuestos de imposible aplicación de sus disposiciones por incompatibilidad con el ordenamiento interno ¹ no será posible (al menos en principio) acudir al TJCE como medio de superación de la discrepancia.

Como todo Convenio multilateral, el Convenio de Arbitraje exigía para su entrada en vigor definitiva su ratificación por parte de todos y cada uno de los EM, razón por la cual el Convenio no entró en vigor hasta 1 de enero de 1995 y por un plazo de cinco años, es decir, con efectos hasta 31 de diciembre de 1999. El 25 de mayo de 1999, sin embargo, se firmó el protocolo por el que se modificaba el Convenio de Arbitraje (el «**Protocolo**»), en el que se establecía la extensión del período de vigencia a otros cinco años, período renovable automáticamente salvo denuncia de alguno de los EM. Además, se establecía que el período de tiempo que corriese hasta la entrada en vigor del Protocolo no computaría a los efectos de los plazos previstos en el Convenio. Finalmente, y fruto del interés manifestado por los miembros del Foro para la pronta ratificación de los muchos instrumentos pendientes cuando éste inició su labor en 2002, el Protocolo entró en vigor entre los antiguos 15 EM tres meses después del depósito del último instrumento de ratificación, es decir, el 1 de noviembre de 2004.

Desde el momento de su concepción, fueron muchas las críticas que acerca de su utilidad como herramienta práctica surgieron en torno al Convenio, en primer lugar porque la propia aplicación del mismo (que requería, por el hecho de tomar la forma de convenio multilateral, la ratificación de todos los miembros firmantes) exigía entablar negociaciones para su extensión por cada una de las nuevas incorporaciones a la UE que se fueran produciendo; en segundo lugar por su limitada vigencia temporal (cinco años), lo que causaba enormes incertidumbres acerca de su futuro, y en tercer lugar por las cautelas impuestas por los EM para retener esta parcela de su soberanía, al utilizarse una herramienta que se separaba de la tradicional armonización por vía de directivas (como se ha indicado, este Convenio no incluye la cláusula de remisión de controversias a la jurisdicción del TJCE), con lo que las numerosas lagunas que quedaban incontestadas por su propio articulado no podrían integrarse por medio de una interpretación jurisdiccional común, sembrando su aplicación de una inseguridad jurídica que lo avocaba a una escasa y confusa utilización. De hecho, de un reciente cuestionario remitido por la Comisión a los diferentes EM, se desprende que un total de 119 procedimientos están aún pendientes de resolución, 64 de los cuales habían superado ya, en el momento de la encuesta, los dos años máximos de Procedimiento Amistoso establecidos por el Convenio y en 29 de esos casos el contribuyente había incoado la iniciación del procedimiento con anterioridad a 1 de enero de 2000.

¹ Por ejemplo, aquellos supuestos en que, como explicaremos más adelante, una sentencia firme por un órgano jurisdiccional nacional impida, sin corregir la doble imposición, la aplicación del Convenio de Arbitraje.

Fruto de las dificultades antedichas, la Comisión, en su Comunicación *«Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria»*, de 23 de octubre de 2001 [COM (2001) 582], propuso la creación de un grupo de expertos que dedicaran sus esfuerzos a encontrar soluciones, no legislativas pero sí prácticas, a la doble imposición emanada dentro del Mercado Único entre empresas vinculadas como consecuencia de los ajustes realizados por las autoridades fiscales de cada EM por precios de transferencia, con respeto absoluto a las Directrices OCDE en la materia de 1997, basadas en el principio de libre concurrencia como punto de partida de sus previsiones.

A raíz de las conclusiones del Consejo de 11 de marzo de 2002, auspiciadas por la presidencia española, en las que se acogió favorablemente la recomendación de la Comisión, ésta creó el Foro. El mismo se centraría, en una primera fase, en buscar medios para lograr la aplicabilidad práctica del Convenio de Arbitraje como herramienta para la eliminación de esa doble imposición. Sus miembros son un experto de la Administración tributaria de cada EM y diez expertos en representación del sector privado ² (igualmente se invitó a participar a representantes de la OCDE en calidad de observadores). Su mandato acaba de ser prorrogado por otros dos años.

En las siguientes páginas vamos a analizar cuáles son las principales soluciones aportadas por el Foro de cara a la aplicabilidad práctica del Convenio de Arbitraje, las cuales han sido recogidas por el ECOFIN en el Código de Conducta. Para ello se explicará brevemente, con carácter previo, las principales características del mecanismo establecido por aquél para la eliminación de la doble imposición, para posteriormente analizar más en detalle las recomendaciones del Código de Conducta.

2. EL CONVENIO DE ARBITRAJE

2.1. Ámbito objetivo de aplicación.

La cuestión que puede ser sometida al procedimiento previsto por el Convenio de Arbitraje es, por lo tanto, todo supuesto de doble imposición económica internacional que se pueda producir cuando los mismos beneficios empresariales obtenidos por empresas asociadas (incluso sus establecimientos permanentes en territorio comunitario) se vean sometidos a tributación en dos jurisdicciones diferentes de la Comunidad Europea («CE») por una controversia sobre la valoración de sus transacciones vinculadas basada en una diferente interpretación del principio de libre concurrencia, el cual aparece como principio inspirador del Convenio en su artículo 4.1 b).

² Miembros del Foro en representación del sector privado: Philip Gillet, Guy Kersch, Dr. Klaus Kroppen, Prof. Guglielmo Maisto, Dr. Ulrich Moebus, Sylvie Puech, Chris Rolfe, Theo Schmit, Dirk Van Stappen y Eduardo Gracia.

2.2. Procedimiento Amistoso.

El mecanismo previsto por el Convenio de Arbitraje para la resolución de la discrepancia entre las Administraciones tributarias en liza se inicia con un procedimiento amistoso entre las Administraciones competentes (el «**Procedimiento Amistoso**»), tal y como establece su artículo 6. Así, si el contribuyente entendiera que una determinada actuación administrativa en materia de precios de transferencia hace que un mismo beneficio haya tributado (o vaya a hacerlo) en dos jurisdicciones de la CE deberá, en primera instancia, solicitar la iniciación de este procedimiento ante aquella cuya actuación cause o pueda causar dicha doble imposición. El plazo máximo para incoar la solicitud es de tres años desde «*la primera notificación de la medida que ocasione o pueda ocasionar una doble imposición con arreglo al artículo 1 del Convenio*», plazo sugerido por la OCDE en sus Comentarios al artículo 25 y que sustituye los plazos que bilateralmente hayan podido acordar los EM en su convenio para la eliminación de la doble imposición (p. ej., el Convenio para evitar la doble imposición, «**CDI**», entre Portugal y España establece un período de dos años máximo para iniciar el procedimiento amistoso) cuando se utilice el Procedimiento Amistoso previsto en el Convenio de Arbitraje (no así en los supuestos en que los contribuyentes afectados decidan acudir al procedimiento amistoso previsto en el artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE y del correspondiente CDI).

2.3. Comisión Consultiva.

Si las Administraciones no llegaren a un acuerdo en el marco del Procedimiento Amistoso en el plazo de dos años desde que se entienda incoado éste, se constituirá una comisión consultiva (la «**Comisión Consultiva**») a la que se encargará que emita un dictamen sobre la forma de suprimir la doble imposición en cuestión.

La Comisión Consultiva, regulada en el artículo 9 del Convenio, deberá incluir:

- a) Dos representantes de cada autoridad competente de que se trate.
- b) Un número par de personalidades independientes de entre la lista *ad hoc* que debe remitir cada EM a la Comisión.

La Comisión Consultiva tendrá un plazo para resolver de seis meses desde la fecha en la que fue consultada.

Tras el dictamen, las autoridades competentes adoptarán una decisión que garantice la eliminación de la doble imposición. Si no se pusieran de acuerdo en cuanto a la decisión, la opinión de la Comisión Consultiva tendrá carácter vinculante al cabo de seis meses desde su emisión.

2.4. Inaplicación del Convenio de Arbitraje por Sanción Grave.

El artículo 8 del Convenio de Arbitraje se ocupa de la inaplicación de sus disposiciones en caso de que el contribuyente haya incurrido en sanción grave; *«la autoridad competente de un EM no se hallará obligada a entablar el procedimiento amistoso ni a constituir la comisión consultiva cuando algún procedimiento judicial o administrativo decida que una de las empresas de que se trate puede ser objeto de sanción grave»*.

Adicionalmente, el artículo 8.2 establece que mientras se sustancie el procedimiento sancionador, las autoridades competentes podrán suspender el procedimiento previsto en el Convenio hasta su resolución definitiva y en función del resultado del mismo.

Finalmente, el Anexo del Convenio, en su apartado de declaraciones relativas al artículo 7, contiene la interpretación que, de acuerdo con sus normativas internas, cada EM hace del término «sanción grave». En concreto, en el caso de España se establece que *«las sanciones graves comprenden las sanciones administrativas por infracciones tributarias graves, así como las penas en caso de delitos contra la Hacienda Pública»*.

El reciente Convenio de adhesión de los nuevos EM, del que luego se hablará, ha sido aprovechado por algunos EM (Grecia, Países Bajos y Portugal) para aclarar el sentido del concepto «sanción grave», modificando en consecuencia el contenido del Anexo del Convenio de Arbitraje.

Lamentablemente, España ha desaprovechado la oportunidad de llevar a cabo tal aclaración, máxime después de los cambios introducidos en materia sancionadora por la nueva Ley General Tributaria («LGT»), y mantiene la definición de «sanción grave» que se incluyó originariamente en el Convenio, lo que causará inseguridad jurídica en el futuro. Bien es cierto que, dada la actual estructura del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades («TRLIS»), no es probable que de una actuación de la Administración en la que se proceda a un ajuste por precios de transferencia se deduzca sanción alguna, en la medida en que dicho ajuste es potestad exclusiva de la propia Administración. No obstante, en previsión de que tal posibilidad fuere posible ahora o como consecuencia de la modificación legislativa del vigente sistema español de ajustes, hubiere sido recomendable que España aprovechara la ocasión que le brindaba el mencionado Convenio de Adhesión para, bien alinear la declaración del Anexo del Convenio con la nueva terminología en materia sancionadora establecida por la LGT (p. ej., ¿quedan o no incluidas en el ámbito del Convenio de Arbitraje las sanciones ocasionadas por infracciones muy graves, nueva calificación creada en el sistema tributario español?), bien para ajustar su definición de sanción grave aportando una lista *ad hoc* de supuestos en los que se puede incoar un expediente sancionador en caso de ajuste por precios de transferencia.

Es más, como se explicará más adelante, entendemos que resulta necesaria una modificación del propio artículo 16 TRLIS con el fin de alinearlo con las tendencias generalizadas en los países de la OCDE, para otorgar la posibilidad al sujeto pasivo de llevar a cabo los ajustes por pre-

cios de transferencia. Pues bien, si tal modificación legislativa se llevara a cabo, sería particularmente relevante a estos efectos que se extendiera al establecimiento de una lista *ad hoc* de supuestos que pudieran dar lugar a la incoación de un expediente sancionador por parte de la Administración que contemplara además la sanción concreta a imponer y su cualificación a los efectos del Convenio de Arbitraje. Huelga indicar que, a nuestro juicio, no debería ser objeto de penalización el caso en que el contribuyente hubiera efectuado el ajuste conforme a una política de precios que pudiera considerarse razonable, mantuviera una correcta documentación de la misma y demostrase una actitud de colaboración con la Administración en el desarrollo de las actuaciones de comprobación.

2.5. Vigencia y eficacia retroactiva.

Como ya hemos indicado, el Convenio se firmó por un período inicial de cinco años, ampliándose de manera automática, mediante la firma del Protocolo, por períodos de otros cinco años, salvo que alguno de los EM se opusiera de manera expresa a tal ampliación ante el Secretario General del Consejo de la UE al menos con seis meses de antelación a la fecha de expiración de cada período de vigencia. Es decir, que, en la medida en que el Protocolo establecía la vigencia del Convenio entre los EM hasta 1 de enero de 2005, puede ya entenderse prorrogado tal plazo hasta 2010, pues no se produjo objeción alguna con anterioridad a 30 de junio de 2004.

Además, el Protocolo prevé la aplicación retroactiva del Convenio de Arbitraje desde 1 de enero de 2000, indicando adicionalmente que el período que se extiende desde dicha fecha hasta la de entrada en vigor del mismo el 1 de noviembre de 2004 no se tendrá en cuenta a los efectos de determinar si un caso ha sido presentado dentro del plazo de los tres años mencionado en el apartado 2.2 anterior.

Es decir, puede entenderse de lo expuesto en el párrafo anterior que aún puede ser incoado el Convenio de Arbitraje para todos aquellos supuestos de doble imposición producidos como consecuencia de actos administrativos de liquidación notificados desde principios de 1997. Ciertamente la retroactividad de esta cláusula puede parecer excesiva, pues estamos hablando de un buen número de ejercicios lejanos ya en el tiempo que habrían prescrito no sólo de conformidad con las disposiciones legales españolas, sino de la mayor parte de los EM. Sin embargo, las disposiciones del Convenio de Arbitraje deben respetarse pues ninguna de sus previsiones establece un término para su aplicación. Además, sería contrario al principio de coherencia con los actos propios que aquellos que han causado el retraso (los EM, al dilatar excesivamente su ratificación parlamentaria) se beneficien de sus consecuencias en perjuicio de los contribuyentes.

Dicho lo cual, el problema práctico que se puede plantear desde la perspectiva española es la elección del mecanismo adecuado para ejecutar el ajuste que corresponda para la eliminación de la doble imposición; en efecto, en principio el ajuste bilateral debería efectuarse respecto de la liquidación tributaria del ejercicio en que se generó la doble imposición, por entender que se trata de la solución técnicamente más coherente. Sin embargo, cuando el ajuste se refiere a ejercicios prescri-

tos, la adopción de esta solución adolece de serias deficiencias prácticas y, de hecho, puede impedir la efectiva eliminación de la doble imposición internacional (o suponer un coste excesivo para la Administración española en términos de interés de demora, por una dilación que no le es imputable en exclusiva). En consecuencia, por respeto a la finalidad perseguida por el Convenio de Arbitraje en cuanto instrumento de Derecho Comunitario Complementario, y a falta de una disposición legal específica de imputación temporal para este tipo de casos, entendemos que la solución adecuada en estos casos pasará generalmente por permitir que el contribuyente pueda practicar el ajuste bilateral en la declaración-liquidación del ejercicio en que la solución de la doble imposición sea vinculante para las partes involucradas, por ser cuando nace el derecho a la eliminación de ésta. Si el contribuyente hubiera cesado en su actividad para entonces, el ajuste debería practicarse en la declaración del último ejercicio de actividad mediante la presentación, en su caso, de una declaración complementaria.

Todo ello no sin reconocer, como se indica reiteradamente a lo largo de este trabajo, que la vigente normativa tributaria española no contempla soluciones a la gran mayoría de los problemas procedimentales que se generan en estos supuestos de doble imposición, que son cada vez más frecuentes como consecuencia de la generalización de los ajustes de valoración en la UE y entre países de la OCDE. La falta de dicha regulación es causa de inseguridad jurídica para nuestros operadores económicos y puede acarrear costes financieros y económicos serios, lo que sin duda perjudica sus intereses en un mundo cada vez más competitivo.

2.6. Interacción del Convenio de Arbitraje y los recursos internos.

El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 7 del Convenio de Arbitraje establece que *«las empresas podrán utilizar las posibilidades de recurso previstas en el derecho interno (...) no obstante, cuando el caso se hubiere presentado ante algún tribunal, el plazo de dos años a que se refiere el párrafo primero comenzará a contarse a partir de la fecha en que sea firme la resolución dictada en última instancia en el marco de esos recursos internos»*. Es decir, el Convenio de Arbitraje prevé la compatibilidad de ambos procedimientos, pero establece una salvaguarda por la cual el plazo de los dos años para alcanzar un acuerdo entre las Administraciones en liza se paraliza en tanto en cuanto el recurso interno no haya sido resuelto por sentencia firme.

Además, el apartado 3 del artículo 7 señala que, para aquellos casos en que la legislación de los EM no permita a la Administración competente aplicar excepciones a las resoluciones de las instancias judiciales, no cabe la aplicabilidad del Convenio de Arbitraje en el caso en que medie sentencia firme, pues establece que el apartado 1 del artículo 7 sólo será de aplicación si la empresa asociada del EM en que se produzca el acto administrativo no incoa el recurso en el plazo correspondiente o si, en el marco de éste, desiste de sus pretensiones.

Conviene señalar, en este contexto, que Reino Unido y Francia han manifestado de manera expresa en el Convenio de Arbitraje la total aplicabilidad, en sus jurisdicciones, de las disposiciones previstas en el mencionado apartado 3 del artículo 7. El hecho de que el resto de EM no se haya

manifestado no debe interpretarse como que sus Administraciones pueden separarse de las resoluciones de sus jueces y tribunales. En efecto, entendemos que esta disposición del Convenio es auto-ejecutiva, es decir, que basta con que una determinada legislación interna no permita a su Administración el establecer excepción alguna a la sentencia firme emanada de sus órganos jurisdiccionales para que sea de aplicación el artículo 7.3 y, en consecuencia, no quepa la constitución de la Comisión Consultiva.

En el caso concreto de España, el artículo 118 de la Constitución Española establece que «*es obligatorio cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales...*»; por su parte, el Capítulo IV de la Sección Sexta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa («**LJCA**») desarrolla dicho artículo cuando en su artículo 103.2 establece que «*las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignent*», es decir, que no cabe por parte de la Administración tributaria excepcionar la aplicación de una sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional correspondiente y, en consecuencia, en el caso de España nos encontramos con que el artículo 7.3. del Convenio es también de aplicación.

Lo que el artículo 7 no aclara es qué ocurre con el Procedimiento Amistoso en el caso de que medie sentencia firme en el procedimiento jurisdiccional interno que no solucione el problema de la doble imposición, ya que simplemente se limita a afirmar que en el caso de que medie aquella no cabría la constitución de la Comisión Consultiva.

Dicho esto, en función del momento en el que se produzca la sentencia firme y del sentido de ésta, entendemos que se puede concluir lo siguiente:

- a) En el caso de que la sentencia anulara el ajuste de la Administración con anterioridad a la finalización del Procedimiento Amistoso quedaría resuelto el problema de la doble imposición y, en consecuencia, no procedería seguir adelante con aquél por parte de las Administraciones en liza.
- b) En el caso de que la sentencia anulara el ajuste de la Administración con posterioridad al Procedimiento Amistoso y sin haberse alcanzado un acuerdo en aquél, no procedería continuar con el dictamen de la Comisión Consultiva por cuanto que habría quedado resuelto ya el problema de la doble imposición y por aplicación del artículo 7.3 del Convenio.
- c) En el caso de que la sentencia confirmara el acto administrativo de liquidación tributaria, quedaría sin resolverse la doble imposición que emana de aquél, pues, en principio, la Administración tributaria debería atenerse a lo establecido por la resolución judicial (salvo que, obviamente, la otra Administración involucrada acatase también dicha resolución de *motu proprio*, supuesto altamente improbable).

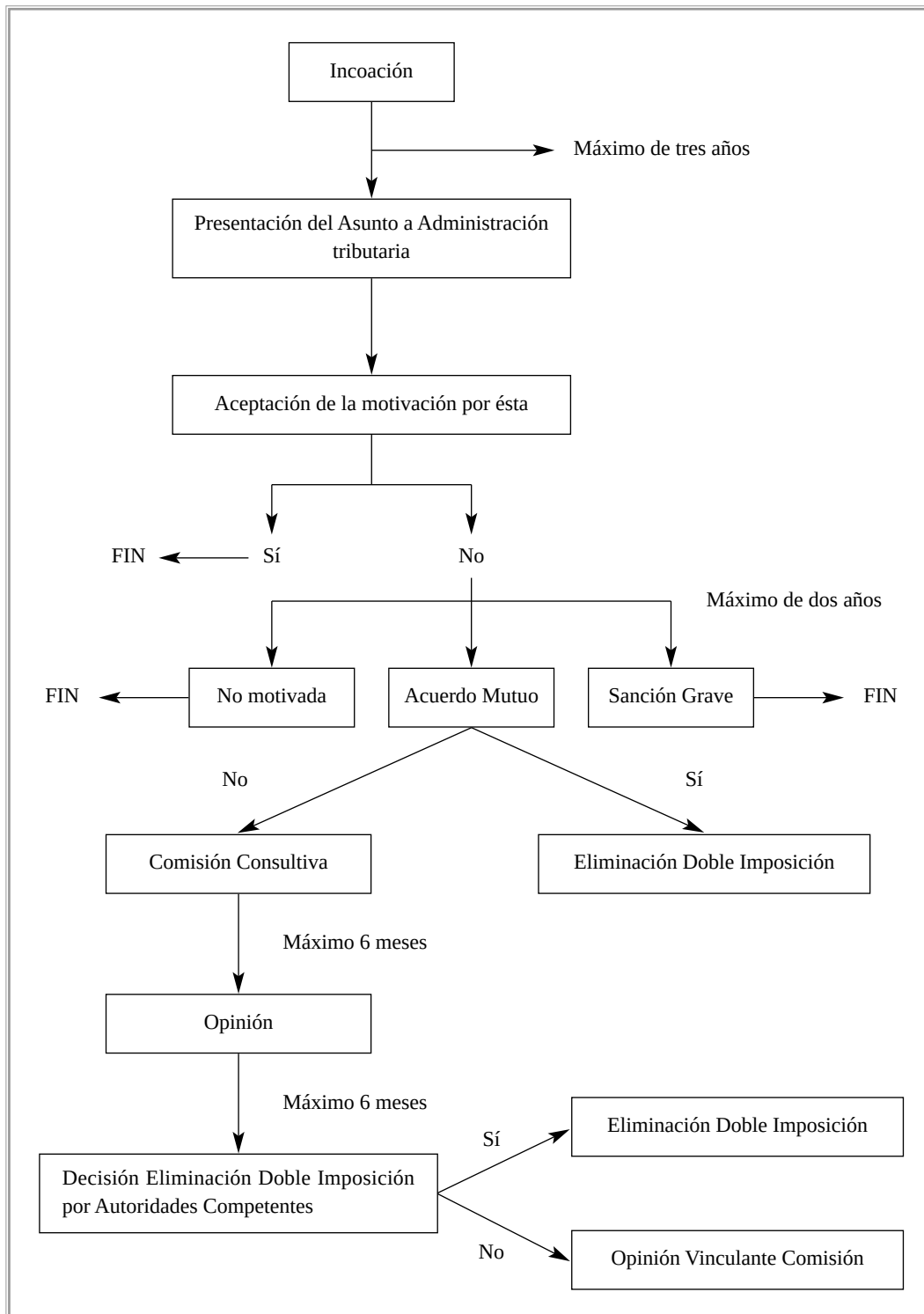
Esta situación demuestra a las claras la principal deficiencia de la solución adoptada por los EM mediante la firma del Convenio de Arbitraje, que no es otra que la falta de una instancia jurisdiccional común cuyas resoluciones deben ser acatadas por los EM en caso de discrepancia entre ellos. De aquí se deduce, a su vez, que el Convenio de Arbitraje no da respuesta completa al mandato del artículo 293 TCE, pues lo negociado no suprime la doble imposición en tales circunstancias, deficiencia esta que quizá pudiera ser objeto de revisión por los órganos comunitarios en cuanto suponga un incumplimiento de las obligaciones asumidas por los EM con la firma del TCE.

Desde una perspectiva más práctica, sin embargo, debemos reconocer que este supuesto no ocurrirá con asiduidad si todos los EM implantan una de las recomendaciones que efectúa el Código de Conducta que luego analizaremos, por la que se insta a éstos a asimilar el procedimiento del Convenio de Arbitraje a los procedimientos internos de reclamaciones y recursos a los efectos de la suspensión del ingreso de la deuda tributaria: en efecto, una vez se produzca tal asimilación no habrá ningún estímulo para que un contribuyente residente en España quiera compaginar ambas vías procedimentales, lo que servirá para evitar el supuesto que aquí se analiza.

Si, por el contrario, no se produjese tal asimilación y con vistas a evitar un incumplimiento de las previsiones del TCE en materia de supresión de la doble imposición internacional, quizá pudiera explorarse una vía alternativa, consistente en que, a pesar del dictamen judicial interno, la Administración pudiese apartarse del contenido de la resolución firme cuando, en el curso del Procedimiento Amistoso, surgiesen o se tuviesen en cuenta nuevos hechos que tuvieran influencia significativa sobre la liquidación tributaria. El resultado de tal Procedimiento Amistoso debería entonces ser utilizado por el contribuyente para incoar el recurso de revisión previsto en el artículo 102 LJCA: en concreto, el apartado 1 a) del artículo 102 establece la posibilidad de revisión de una sentencia firme «*si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado*» (el subrayado es nuestro). Podría entenderse por tanto que, en la medida en que aparece un documento decisivo nuevo (el acuerdo en el Procedimiento Amistoso) en el que la Administración estima, al menos parcialmente, la corrección del acto administrativo de liquidación como fórmula para evitar un incumplimiento de Estado, éste es un cauce (ciertamente complejo, incierto y laborioso) para superar las deficiencias apuntadas del Convenio de Arbitraje.

2.7. Funcionamiento práctico del procedimiento previsto por el Convenio de Arbitraje.

A título de resumen del procedimiento establecido por el Convenio, se explica a continuación gráficamente su funcionamiento en función de las circunstancias.



3. EL CÓDIGO DE CONDUCTA

Como se ha explicado en el apartado anterior, el Convenio de Arbitraje pretendía servir de instrumento eficaz para evitar la doble imposición dentro del Mercado Único, en el caso de ajustes por precios de transferencia, pero lo cierto es que dejaba demasiadas cuestiones sin resolver, tales como las siguientes:

- a) Cuál debía ser considerada la fecha de inicio del cómputo del plazo de dos años para resolver el Procedimiento Amistoso.
- b) El procedimiento a seguir por las Administraciones tributarias para dotar de eficacia el Procedimiento Amistoso.
- c) La operatividad práctica de la Comisión Consultiva y su transparencia para con el contribuyente.

Todas ellas han sido abordadas por el Código de Conducta mediante la propuesta de medidas prácticas que supondrán para los contribuyentes de los diferentes EM, si finalmente sus conclusiones se acogen satisfactoriamente en las normativas internas de los EM, un avance en cuanto a la aplicabilidad práctica del Convenio.

Además, el Código de Conducta lleva a cabo dos recomendaciones adicionales: (i) la asimilación del procedimiento previsto en el Convenio de Arbitraje a cualquier otro procedimiento interno en materia de suspensión de la deuda tributaria y (ii) la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de su articulado a los países recientemente incorporados en un plazo no superior a dos años. Todas estas cuestiones, junto con alguna más que el Código aborda más sutilmente, se revisarán en el apartado 3.5 posterior.

3.1. Fecha de inicio del plazo de tres años.

El párrafo 1 del Código de Conducta establece que *«se considera que la fecha de inicio del período de tres años es la fecha de la primera notificación del acto de liquidación que ocasione o pueda ocasionar la doble imposición»* (el subrayado es nuestro). Es decir, que en el caso de España, y dado que, hoy por hoy, el acto de liquidación sólo puede surgir en el marco del procedimiento inspector, el plazo empezaría a contar desde la fecha de la notificación del Acto Administrativo de Liquidación Tributaria emitido por el Inspector Jefe (tal y como se establece en el propio Anexo del Código, que recoge una declaración de cada uno de los 25 EM indicando, tanto en inglés como en la lengua oficial correspondiente, qué momento procesal es el que entienden que da lugar al inicio del cómputo del plazo).

3.2. Fecha de inicio del período de dos años de resolución en el marco del Procedimiento Amistoso.

Otra de las cuestiones a las que se refiere el Código de Conducta es el momento a partir del cual debe computarse el plazo para que las autoridades competentes tomen una decisión sobre la corrección de la doble imposición en el marco del Procedimiento Amistoso.

Así, el Convenio establece que tal plazo empezará a contar desde el momento *«en que se hubiere presentado el caso a una de las autoridades competentes de conformidad con el artículo 6.1»*.

Pues bien, el Código de Conducta aclara que para que se entienda producida tal presentación *«de conformidad con el artículo 6.1»*, será necesario que el contribuyente facilite la siguiente información en su solicitud de iniciación de este procedimiento convencional:

- a) Identificación de la empresa del contribuyente residente y de las demás involucradas.
- b) Datos detallados de los hechos y circunstancias relevantes.
- c) Identificación de los períodos impositivos afectados.
- d) Copias de la notificación, informe de la inspección o equivalente que recoja la alegada doble imposición.
- e) Datos de los recursos administrativos y/o judiciales iniciados por la empresa.
- f) Descripción de las razones que amparan la vulneración de los principios del artículo 4 del Convenio.
- g) Compromiso por parte de la empresa de responder de la manera más rápida posible a los requerimientos razonables y apropiados hechos por una autoridad competente y de poner a su disposición la documentación relativa al caso.
- h) Cualquier otra información adicional que se estime pertinente.

Finalmente, se aclara que la fecha en la que se empezará a computar el plazo de los dos años será la última de las dos siguientes:

- a) Fecha de la notificación del acto de liquidación.
- b) Fecha en la que la autoridad competente reciba la información indicada en las líneas anteriores.

Es decir, a efectos prácticos, el período de dos años empezará a contar generalmente desde la fecha en que el interesado presente su solicitud con los documentos requeridos, si bien nada impide que con anterioridad al acto de liquidación generador de la doble imposición y con vistas a acelerar

la resolución del problema pueda ya incoar el procedimiento aportando toda la información anterior [excepto lo indicado en la letra d), obviamente]. Nada impide, tampoco, que el contribuyente entable también contacto con el otro EM involucrado para explicarle oficiosamente el caso e iniciar la exploración de posibles soluciones a la espera de la reacción oficial de la Administración ante la que se ha presentado el caso y cuya actuación ha dado lugar a la doble imposición.

3.3. Aspectos procesales administrativos prácticos para un eficaz funcionamiento del Procedimiento Amistoso.

El apartado 3 del Código de Conducta se ocupa del Procedimiento Amistoso en el marco del Convenio de Arbitraje.

En primer lugar se encarga de enumerar los principios generales que deben inspirar el mismo, presididos por el principio de libre concurrencia entre partes independientes (*arm's length*) y haciendo una recomendación de celeridad en la resolución del procedimiento.

En segundo lugar, el Código de Conducta establece, con carácter subsidiario a lo que puedan acordar en cada caso las Administraciones involucradas, una serie de plazos, condiciones de funcionamiento práctico y transparencia que debe reunir el Procedimiento Amistoso. Estas reglas son el resultado de las negociaciones entabladas entre las propias Administraciones tributarias en el seno del Foro. Así:

- a) Se recomienda la utilización de una lengua común o procedimiento equivalente.
- b) La autoridad competente deberá mantener informada a la empresa que incoe el procedimiento, garantizando igualmente la confidencialidad de la información sobre cualquier persona protegida por un convenio bilateral o por el derecho interno del correspondiente Estado Contratante. En concreto:
 - i) En el plazo de un mes desde que la empresa presente debidamente su solicitud, la autoridad competente acusará recibo de la misma reconociendo que la fecha de inicio del plazo de dos años es la de incoación por el contribuyente.
 - ii) Si la autoridad estimara que la solicitud se encuentra incompleta se invitará a la empresa para que complete la misma en el plazo de dos meses.
 - iii) Llegado el momento, la autoridad competente responderá en alguno de los siguientes sentidos:
 - A) Si la autoridad entiende que los beneficios de la empresa solicitante no están incluidos, o pueden no estarlo, dentro de los beneficios de otra empresa residente en otro Estado contratante, informará a la empresa de sus dudas y le invitará a presentar observaciones adicionales.

- B) Si la autoridad entiende que la petición es fundada informará a la empresa solicitante y realizará, lo antes posible, los ajustes necesarios.
 - C) Si la autoridad entiende que la petición es fundada pero que no puede, por sí sola, llegar a una solución satisfactoria, informará a la empresa de que tratará de resolver el caso mediante el Procedimiento Amistoso.
- iv) Cuando proceda iniciar el Procedimiento Amistoso, dará traslado de la solicitud a la autoridad del otro Estado contratante, informando de ello a la empresa solicitante. El Código de Conducta establece una serie de plazos de tramitación a cumplir por ambas Administraciones con vistas a evitar dilaciones indebidas y respetar el plazo máximo de dos años, previéndose incluso la creación de comisiones mixtas en las que representantes de ambas Administraciones se reúnan para debatir sobre su visión del asunto.

Finalmente, se realiza una recomendación expresa a los EM de aplicación de este mismo procedimiento a los procedimientos amistosos iniciados de conformidad con el apartado 1 del artículo 25 del Modelo del Convenio de la OCDE, aun cuando la controversia no verse sobre la problemática de precios de transferencia, en lo que supone una nueva interferencia del Derecho Comunitario en el contenido y alcance de los convenios para evitar la doble imposición internacional firmados entre diferentes EM. Además, es un ejemplo de cómo la actuación de los organismos comunitarios se ha anticipado al Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE a la hora de abordar un problema creciente en fiscalidad internacional. De hecho, la OCDE se encuentra actualmente estudiando este asunto con vistas a dotar de mayor eficacia y eficiencia al contenido del artículo 25 MCOCDE.

3.4. Aspectos prácticos para un eficaz funcionamiento de la Comisión Consultiva (Segunda Fase del Convenio de Arbitraje).

Por último, el Código de Conducta se ocupa de la segunda fase del procedimiento, la cual sólo acaecerá en el caso de que las autoridades de las jurisdicciones en liza no lleguen a un acuerdo en los dos años siguientes a la iniciación del Procedimiento Amistoso. El Convenio de Arbitraje no contiene solución para cuestiones tan prácticas como las lenguas a utilizar en el procedimiento, reparto de los gastos derivados de la creación y mantenimiento de cada Comisión Consultiva y tantos otros cuya resolución sin embargo resulta crucial para dotar de eficacia a esta parte del Convenio. El Código de Conducta se ocupa de todas estas cuestiones, especificando cuál debe ser el funcionamiento práctico de la Comisión Consultiva:

- a) En primer lugar se recuerda a todos los EM su obligación de designar a cinco personas independientes susceptibles de poder formar parte de la Comisión Consultiva adjuntando el correspondiente currículum vitae en el que figure la experiencia de cada uno de ellos en materia de precios de transferencia (incluso se prevé la posibilidad de que los EM indiquen

en su lista qué personas son susceptibles de ser elegidas presidente de la Comisión Consultiva). Adicionalmente, se recomienda que la lista sea revisada (y, en su caso, actualizada anualmente, mediante comunicación al Secretario del Consejo) y que se proceda a su publicación en el sitio web del Consejo.

b) La Comisión Consultiva estará formada, con carácter general, por los siguientes miembros:

- i) Un presidente.
- ii) Dos personalidades independientes (elegidas de entre las propuestas por los EM).
- iii) Representantes de cada una de las autoridades en liza.

Se establece además que los EM involucrados facilitarán de antemano a la Comisión Consultiva toda la documentación e información relativa al caso, en especial todos los documentos, informes, correspondencia y conclusiones utilizados durante el Procedimiento Amistoso.

c) Por último, los párrafos 4.3 y 4.4 del Código de Conducta se ocupan del funcionamiento que debe tener la Comisión Consultiva (así, por ejemplo, se establece la lengua o lenguas en las que la misma desarrollará sus tareas, el reparto de costes del procedimiento o los honorarios de los integrantes) así como de la forma y requisitos que debe reunir el dictamen que proponga en aras a la eliminación de la doble imposición. Se establece incluso que, en el caso de que exista acuerdo entre las Administraciones y siempre que las empresas afectadas comuniquen por escrito que no tienen objeciones, se publique el dictamen en el sitio web de la Comisión sin mencionar los nombres de las empresas afectadas y omitiendo cualquier otra información que pudiera revelar la identidad de dichas empresas. Así, se espera una pronta publicación del primer dictamen emitido hasta la fecha por una Comisión Consultiva, en un caso que afectaba a Francia e Italia.

Del dictamen de la Comisión Consultiva se redactarán tres copias originales (dos para las autoridades competentes y otra para la Comisión, para su archivo).

3.5. Otras cuestiones de relevancia apuntadas: recomendaciones a los EM y utilización del Convenio en supuestos de doble imposición no causados por ajustes administrativos.

a) *Suspensión de la deuda.*

Una vez propuestas soluciones prácticas para superar las dificultades de funcionamiento con las que el Convenio de Arbitraje chocaba, el Código de Conducta se centra, en su apartado 5, en recomendar a los EM que adopten todas las medidas necesarias para garantizar que las empresas que inicien el procedimiento puedan obtener la suspensión del ingreso de la deuda tributaria durante dicho procedimiento, en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que los exigidos en los procedimientos internos de reclamaciones y recursos.

Efectivamente, aunque pueda parecer que los actos administrativos de liquidación tributaria suponen una controversia entre el EM correspondiente y el contribuyente, lo cierto es que lo que verdaderamente se está produciendo es una confrontación de intereses entre dos EM con relación al reparto de la recaudación correspondiente a los ingresos o al beneficio dimanante de la operación objeto de ajuste. En este contexto, no parece aconsejable, por lo que ya se ha razonado, que uno de los EM se niegue a la suspensión de la deuda tributaria en los supuestos en los que el contribuyente acuda a la vía del Convenio de Arbitraje para la resolución del problema de la doble imposición en lugar de acudir a la vía de los recursos internos.

Pero es que, además, el artículo 27 de la Convención de 23 de mayo de 1967 sobre Derecho de los Tratados (la «**Convención de Viena**») prevé que *«una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado»*. Pues bien, si un EM no da las mismas facilidades a la aplicación del procedimiento previsto en el Convenio de Arbitraje que aquellas ofrecidas a los recursos internos (que generalmente incluyen la posibilidad de suspender el ingreso), podría apreciarse que ese EM está incumpliendo *de facto* con la obligación que se deriva del artículo 27 de la Convención de Viena al restar eficacia (o dejar completamente ineficaces) sus disposiciones, en particular si se tiene en cuenta que los plazos del Convenio no corren durante la sustanciación de un procedimiento interno y, más aún, si no cupiese incoar el mismo al haber ya una sentencia firme.

En consecuencia, entendemos que es necesaria la reforma de la LGT para permitir explícitamente la suspensión de la deuda en los casos en los que el contribuyente haya acudido al procedimiento previsto por el Convenio de Arbitraje para la eliminación de la doble imposición y en las mismas condiciones que las previstas para el supuesto de interposición de reclamaciones y recursos ante tribunales económico-administrativos y contencioso-administrativos. Ello no obstante, conviene mencionar que el artículo 62 de la LGT, que se ocupa de la suspensión de los plazos para el pago deuda tributaria, establece en su apartado 8 que *«el ingreso de la deuda de un obligado tributario se suspenderá total o parcialmente, sin aportación de garantías, cuando se compruebe que por la misma operación se ha satisfecho a la misma u otra Administración una deuda tributaria...»*. La lectura del artículo, con independencia del fin para el que originariamente se aprobó, podría ya amparar la anterior recomendación del Código de Conducta al indicar que el hecho de haber ingresado la deuda tributaria en otra Administración (de otro EM, en este caso) –lo cual se cumple siempre de manera rigurosa en un supuesto de ajuste por precios de transferencia– debe suponer la suspensión automática y sin garantía de la deuda tributaria.

En favor de esta interpretación del alcance del artículo 62.8 LGT se encuentra la misma *ratio decidendi* que la inspiradora de la jurisprudencia del TJCE que, en general, establece como principio básico el de la prohibición de discriminación entre nacionales de los EM (incluidas sus Administraciones) salvo en supuestos excepcionales, que no parecen darse en este caso y, en particular, en lo que atañe a los procedimientos tributarios, señala que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada EM designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho Comunitario confiere a los justiciables, siempre que, por una parte, dicha regulación no

sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna ni, por otra parte, haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

b) Ratificación por nuevos EM.

Por último, en cuanto a la adhesión de nuevos miembros a la UE, sugiere que los nuevos EM procuren firmar y ratificar lo antes posible el Convenio de Arbitraje y, en todo caso, en el plazo máximo de dos años tras la adhesión.

En este sentido, el Consejo de 7 de diciembre de 2004 aprobó el Convenio de adhesión de los nuevos EM, incorporando como novedad una cláusula que permite la aplicación bilateral automática del Convenio entre los EM que hayan procedido a su ratificación, aun cuando el mismo no esté aún en vigor por la falta de ratificación de todos ellos.

c) Aplicación del Convenio de Arbitraje para supuestos de doble imposición por ajustes no realizados por los órganos de la Administración.

En el momento de la firma del Convenio de Arbitraje, en 1990, las legislaciones de los diferentes EM tan sólo preveían que los ajustes por precios de transferencia fueran realizados por las propias Administraciones y en consecuencia el Convenio de Arbitraje se refiere, a la hora de plantear el presupuesto objetivo de aplicación, a la doble imposición que emana de los ajustes por precios de transferencia realizados por la Administración.

Sin embargo, esa tendencia fue evolucionando durante la década de los 90, a medida que se fue generalizando la asunción de las Directrices de la OCDE sobre esta materia en las diferentes legislaciones y, sobre todo, en la práctica de las Administraciones de los EM. Así, actualmente muchas legislaciones obligan ya a que sea el propio contribuyente el que prepare la documentación justificativa de su política de precios de transferencia y efectúe en consecuencia los ajustes de valoración que correspondan a la hora de determinar anualmente su base imponible sobre los beneficios empresariales.

De esta forma aparece una doble problemática:

- i) De una parte, nos encontramos con que literalmente el Convenio de Arbitraje no puede utilizarse si no ha habido ajuste administrativo.
- ii) De la otra, en algunos países en los que, como en el caso de España, no se permite la realización de ajustes negativos por parte de la Administración, se consagra de manera definitiva la doble imposición.

En efecto, por lo que se refiere al segundo punto, a la luz del vigente artículo 16 TRLIS, el contribuyente español no está facultado para practicar dicho ajuste en su base imponible (ya sea en sentido positivo o negativo), pero tampoco la Administración española se encuentra habilitada para efectuarlo cuando suponga una reducción o un diferimiento de la base imponible a gravar en territorio español, por lo que, desde la perspectiva de la empresa residente o establecida en España, existe un riesgo evidente de sufrir una doble imposición económica que no puede resolverse por medio de la vigente normativa sobre precios de transferencia.

Adicionalmente, y a la luz de la jurisprudencia del TJCE, podría llegar a hilarse un argumento que cuestionara la incapacidad de respuesta que brinda el TRLIS para la resolución de este problema, en la medida en que suponga un trato discriminatorio de las transacciones económicas efectuadas con operadores comunitarios al amparo de cualquiera de las libertades fundamentales previstas en el TCE por comparación con la realización de las mismas transacciones entre operadores residentes, ya que en este caso sí está garantizada la eliminación de la doble imposición mediante la práctica de un ajuste bilateral.

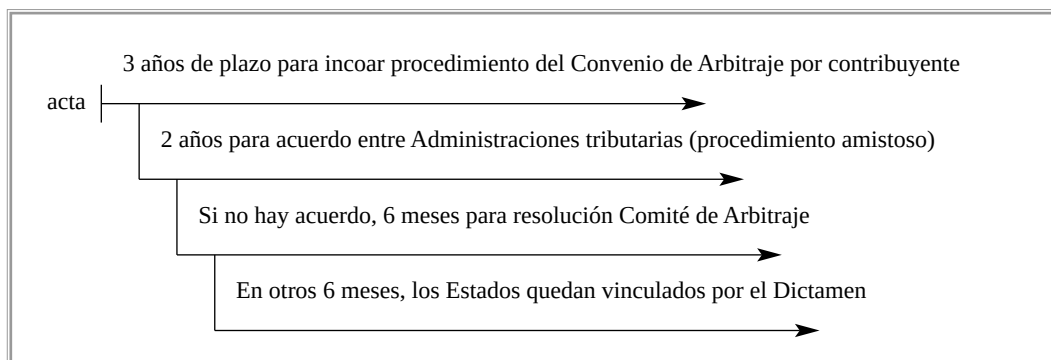
Todo ello sugiere –una vez más– la necesaria evolución de la normativa española en materia de precios de transferencia para alinearse con las tendencias cada vez más generalizadas en el resto de países de la OCDE y que, con carácter general, prevén el ajuste por parte del contribuyente.

En segundo lugar, en lo que se refiere al alcance a dar a las disposiciones del Convenio de Arbitraje, parece razonable concluir, acudiendo a un criterio finalista, que también podrá recurrirse a él en estos supuestos. A esta posibilidad parece referirse el Código de Conducta cuando, cada vez que se refiere a las causas que pueden dar lugar al inicio del procedimiento, alude a los ajustes administrativos de precios de transferencia simplemente a título de ejemplo, dando a entender que existen otros supuestos que permitirían también su utilización. A este mismo razonamiento responde el hecho de que el Anexo del Código de Conducta en el que cada EM ha señalado el momento que da inicio al cómputo del plazo de tres años para iniciar el Procedimiento Amistoso no sólo se refiere al acto administrativo de liquidación, sino en muchos casos también a otros «equivalentes», entre los que entendemos cabría incluir los ajustes obligatorios de valoración que deban efectuar los contribuyentes. Ni la delegación española ni la de ningún otro EM ha introducido reserva alguna contra esta interpretación, por lo que de modificarse la normativa española vigente en la materia sería conveniente que se estableciera un procedimiento *ad hoc* que facilitase la utilización del Convenio de Arbitraje en estos casos.

4. EFECTO PRÁCTICO DE LA UTILIZACIÓN DEL CONVENIO DE ARBITRAJE

Una de las principales bondades que emanan de la correcta aplicación del Convenio de Arbitraje es la celeridad en la resolución de los conflictos que surgen en materia de doble imposición entre empresas vinculadas y residentes en la UE debido, entre otras razones, a que su resolución depende de auténticos expertos en la materia, en particular si se compara con la recurrente dilación de que adolece el procedimiento interno (al menos en lo que al procedimiento administrativo y contencioso-administrativo español se refiere).

Efectivamente, si se incoa la aplicación del procedimiento del Convenio de Arbitraje en el mismo momento de notificación del acto administrativo de liquidación tributaria, el tiempo máximo de resolución del conflicto en el peor de los casos, es decir, en el supuesto de que no se consiga acuerdo en el Procedimiento Amistoso y que el dictamen de la Comisión Consultiva tenga que aplicarse con carácter obligatorio, será de **tres años**.



Pues bien, tres años o más es el tiempo que, en la actualidad, se viene retrasando la resolución de las reclamaciones económico-administrativas contra el Acto Administrativo de Liquidación que concluye el procedimiento inspector. Ni que decir tiene que el plazo se vería incrementado en otros dos o tres años en el caso de que la resolución del TEAC tuviera que ser recurrida en vía contencioso-administrativa por el contribuyente, todo ello además sin garantía de eliminación de la doble imposición en ningún caso.

Por lo tanto, el Convenio de Arbitraje, frente a un procedimiento interno carente, por lo general, de expertos en la materia e incapaz de garantizar la solución del problema de la doble imposición y mucho menos de hacerlo en un período de tiempo relativamente breve, ofrece a los operadores comunitarios una vía rápida de resolución de sus conflictos de doble imposición en materia de precios de transferencia mediante un mecanismo eficaz y rápido y que adquiere virtualidad práctica a raíz del Código de Conducta.

5. CUESTIONES PENDIENTES DE ABORDAR POR EL FORO EN LOS DOS PRÓXIMOS AÑOS DE PRÓRROGA

Dos son al menos las cuestiones pendientes en este ámbito que pretenden ser tratadas a partir de este momento y que, conjuntamente con la supervisión del funcionamiento práctico del Convenio de Arbitraje y de la correcta aplicación por los EM de las recomendaciones del Código de Conducta, van a ser abordadas por el Foro en los dos próximos años:

- a) Resolución de la doble imposición producida como consecuencia de los diferentes tipos de interés de demora que imponga la legislación local de cada EM en supuestos de suspensión del ingreso de la deuda tributaria.
- b) La aplicación de «Sanciones Graves» en el marco del Convenio de Arbitraje.

5.1. Doble imposición por aplicación de intereses de demora en el marco de los precios de transferencia.

Uno de los principales problemas que aún no ha sido resuelto ni por el Convenio de Arbitraje ni por el Código de Conducta es el efecto sobre la doble imposición derivado de la aplicación a los ajustes por precios de transferencia de los diferentes tipos de interés de demora exigidos por los ordenamientos de los diferentes EM. Efectivamente, en el caso de que, en aplicación del acuerdo adoptado por las Administraciones o de la Comisión Consultiva, un contribuyente proceda al pago de la deuda en un EM y consiguientemente a la solicitud de ingresos indebidos en el otro EM afectado, puede darse la circunstancia de que en este último el tipo de interés de demora sea inferior o incluso que no se prevea, circunstancias ambas en las que se produciría un perjuicio económico para el contribuyente. Un análisis inverso nos llevaría a concluir que en el caso de que el EM que tuviera que reconocer el ingreso indebido hubiera establecido un tipo de interés de demora superior al otro el contribuyente estaría obteniendo un lucro inesperado como consecuencia de la exacción de un tributo en otro EM. Esta distorsión es especialmente significativa si se tiene en cuenta que parte de los intereses de demora a resarcir por el contribuyente (o por un EM) se deben a las negociaciones que deberán mantener las Administraciones competentes para llegar a un acuerdo entre ellas respecto al reparto de la recaudación derivada del beneficio empresarial obtenido por el contribuyente.

Cada EM aboga por su derecho a reclamar los intereses compensatorios por el retraso en la recaudación de la parte de deuda tributaria que exige como consecuencia del acto administrativo de liquidación por precios de transferencia y, hoy por hoy, cada uno tiene competencia para acordar los tipos de interés de demora que estime pertinentes, pero si entendemos que los intereses de demora forman parte de la cuota tributaria derivada del ajuste por precios de transferencia, las disposiciones del Convenio ampararían la resolución de la doble imposición derivada de estas diferencias nacionales en los tipos de interés aplicables.

Pues bien, dos son las soluciones al problema propuestas por el Foro y sobre las cuales se debatirá en los próximos años:

- a) En primer lugar, la suspensión del devengo de interés de demora durante el transcurso del procedimiento del Convenio de Arbitraje, lo que evitaría que el contribuyente tuviera que cargar con los intereses de demora que dimanarían del retraso en alcanzar un acuerdo por parte de las Administraciones de los EM. A este mismo razonamiento responde el supuesto previsto por la LGT en su artículo 26.4, en el que se establece la no exigencia de intereses de demora en aquellos supuestos en que la Administración incumpla los plazos de resolución previstos en la ley.

- b) El establecimiento de un tipo de interés de demora único en la CE y particular para los supuestos de ajustes por precios de transferencia, lo que solucionaría el problema al compensarse en todo caso los intereses de demora exigidos y pagados por uno y otro EM respectivamente. Esta propuesta tampoco parece descabellada, máxime si se tiene en cuenta la existencia de una moneda común entre gran parte de los EM y la estabilidad financiera y cambiaria que caracteriza a buena parte de todos ellos sean o no parte de la Unión Económica y Monetaria.

5.2. Las «Sanciones Graves» en el marco del Convenio de Arbitraje.

Según se ha explicado en el punto 2.4, el Convenio establece la no aplicación de sus disposiciones en el caso de que medie sanción grave en la actuación del contribuyente, entendiéndose por tal lo establecido por cada uno de los EM en el Anexo del Convenio.

Con independencia de aquellos casos de fraude o evasión fiscal, parece cuestionable que los ajustes aparezcan sanción si el contribuyente dispone de una política coherente y razonable de precios de transferencia y existe colaboración por su parte en el suministro de la información de que dispone. Pues bien, esta idea no sólo no está desarrollada en el Convenio de Arbitraje, sino que se deja en manos de una de las partes (la Administración tributaria correspondiente) el derecho de la otra parte (el contribuyente) a la resolución de la doble imposición, pues el acceso al Convenio queda impedido si la primera impone una sanción grave al segundo como resultado de una actuación de comprobación administrativa en la materia.

Como ya se ha indicado, el artículo 27 de la Convención de Viena prevé que la aplicación de la legislación interna de uno de los Estados firmantes de un tratado internacional no puede ser un obstáculo a la aplicación del mismo. Pues bien, de la lectura del Anexo, cualquier lector imparcial podría deducir fácilmente que la aplicabilidad del Convenio queda en manos de los EM de manera absoluta y que, en muchos casos, bastaría con tipificar como infracción sujeta a sanción grave la falta de ingreso a determinada cuota tributaria para evitar la aplicación del Convenio.

Pero es que, además, la propia Comisión ya ha considerado incumplimiento de Estado en otros ámbitos la imposición de sanciones que por su aplicación desproporcionada ha servido para la inaplicación de los derechos y libertades fundamentales contenidos en el TCE.

Pues bien, una de las principales preocupaciones del Foro en los próximos años consistirá en tratar de evitar que la propia aplicación del Convenio quede al arbitrio de los EM por la «vía de escape» que ofrece el artículo 8 del mismo. En este sentido, el propósito del Foro se centrará no en armonizar las sanciones a nivel comunitario pero sí en intentar crear unos criterios comunes en el marco del Convenio de Arbitraje y del TCE a la hora de definir los supuestos que pueden dar lugar a imposición de una sanción grave, dadas las consecuencias adicionales que conllevan para el contribuyente.

6. CUESTIONES ADICIONALES

A modo de corolario, merece la pena destacar que la constitución del Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia ha sido un importante acierto de la Comisión y los EM con vistas al desbloqueo de la creciente problemática existente en el seno de la CE como consecuencia de la doble imposición a que pueda dar lugar los ajustes internacionales por precios de transferencia.

Basta para corroborar esta valoración una comparación de la situación legislativa existente a finales de 2002 (cuando ni siquiera se había ratificado el Protocolo de prórroga del Convenio de Arbitraje por buena parte de los EM) con la actual, donde no sólo ha reentrado en vigor este tratado y se ha puesto a la firma de los nuevos EM, sino que además se ha aprobado un Código de Conducta con conclusiones y recomendaciones que lo dotarán de eficacia para los próximos años y (muy recientemente) se ha alcanzado un acuerdo (aún no publicado) que permitirá a las empresas comunitarias preparar un solo paquete de documentación para cumplir con las obligaciones de información que crecientemente imponen los ordenamientos tributarios en la materia de los EM.

Quizá, de todo lo anterior, pero también de la pura comparación con las legislaciones de nuestro entorno, pueda deducirse la urgente necesidad de modificación de la normativa española con vistas a adaptarla a una nueva realidad legislativa (pero también recaudatoria) internacional en la que son los propios contribuyentes los responsables de ajustar su base imponible por cuestiones de valoración dimanantes de la aplicación del principio de libre competencia. Dicha nueva normativa, sin embargo, no debería responder a la coloquialmente conocida como «ley del péndulo», sino más bien imponer obligaciones razonables y proporcionadas al objetivo de comprobación del respecto a dicho principio valorativo. Sería además especialmente útil que abordase las muchas cuestiones procedimentales que se derivan de la imposición de estos ajustes en la esfera internacional, algunas de las cuales han sido apuntadas en este trabajo.

Todo ello redundará en una más adecuada incorporación de nuestro sistema tributario a las tendencias más modernas del panorama comunitario e internacional a la vez que proveerá a los operadores económicos presentes en España de un marco legislativo más coherente en su ámbito territorial de actuación, lo que reforzará la necesaria seguridad jurídica exigible en un entorno crecientemente competitivo.

TRIBUTACIÓN	LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR EN LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN	Núm. 52/2005
-------------	--	-----------------

ALEJANDRO GARCÍA HEREDIA

*Becario de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia.
Área de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de
Oviedo*

Extracto:

ESTE artículo estudia los problemas de calificación que plantean las rentas de programas de ordenador en los convenios de doble imposición. La discusión gira en torno al concepto de cánones o *royalties* y a su delimitación con otras clases de rentas de los convenios, tales como los beneficios empresariales, las ganancias de capital o los servicios personales independientes. La cuestión principal es determinar en qué casos las rentas de programas de ordenador se deben calificar como cánones en los convenios de doble imposición. Para ello se analizan, en primer lugar, las características técnicas y económicas de los programas de ordenador, tales como el concepto, clases, formas de pago y transmisión, y la protección a través de los derechos de autor. El trabajo se centra, posteriormente, en las diferentes transacciones que implican software, analizando el alcance y contenido con el que se transmiten derechos sobre un programa de ordenador.

En este artículo el estudio de las rentas del software se realiza con base en el Comentario al artículo 12 del Modelo de Convenio de la OCDE y se centra en los problemas que se plantean desde la perspectiva del Estado español, analizando las resoluciones judiciales y administrativas sobre la materia. También se analiza el Derecho fiscal interno de los EE.UU. sobre programas de ordenador porque en él se ha inspirado gran parte del Comentario de la OCDE. Esto servirá para comprenderlo mejor e, incluso, para proponer una reformulación de sus contenidos.

Sumario:

1. Introducción.
2. Aspectos generales de los programas de ordenador en la fiscalidad internacional.
 - 2.1. Evolución histórica.
 - 2.2. Características técnicas y económicas.
 - 2.2.1. Concepto.
 - 2.2.2. Clases.
 - 2.2.3. Medios de transmisión y formas de pago.
 - 2.3. La protección por los derechos de autor.
3. Las transacciones de software en EE.UU.
 - 3.1. Clases de transacciones que implican software.
 - 3.2. Derechos de autor sobre programas de ordenador.
 - 3.2.1. Explotación comercial de los derechos de autor.
 - 3.2.2. Contenido de los derechos de autor.
 - 3.3. Naturaleza jurídica de la transacción como venta o cesión de uso.
4. El comentario al artículo 12 del MC OCDE.
 - 4.1. Cesión de uso de derechos de autor.
 - 4.2. Cesión de uso del programa sin derechos de autor.
 - 4.3. Venta de derechos de autor.
 - 4.4. Contratos fronterizos entre la venta y la cesión de uso.
 - 4.5. *Know-how* y prestaciones de servicios informáticos.
 - 4.6. Contratos mixtos.
 - 4.7. Pagos del comercio electrónico.
5. La posición española.
 - 5.1. La observación española a los Comentarios de la OCDE.
 - 5.2. La aplicación administrativa y jurisprudencial de los cánones del software.
 - 5.2.1. La clase de programa de ordenador.
 - 5.2.2. Las prestaciones de servicios informáticos y las bases de datos.
 - 5.2.3. La naturaleza jurídica de las transacciones como venta o cesión de uso.
6. Conclusiones.

NOTA: Este trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto «Fiscalidad internacional de los cánones o *royalties*: especial referencia a los derivados de las transferencias de tecnología», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Ref. SEJ2004-07518).

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se centra en los problemas de calificación fiscal que plantean las rentas de programas de ordenador o *software* en los Convenios de Doble Imposición (CDI). El problema consiste en determinar cuándo estas rentas se deben calificar como cánones o *royalties* según la definición que figura en los CDI y las diferentes interpretaciones que han realizado los Estados. El artículo 12.2 del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) contiene la siguiente definición de cánones:

«El término cánones en el sentido de este artículo significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.»

A pesar de que existe una definición expresa para esta clase de rentas en los CDI, se plantean numerosos problemas a la hora de distinguir los cánones (art. 12 MC OCDE) de otras rentas de los convenios, tales como los beneficios empresariales (art. 7 MC OCDE), los servicios personales independientes (art. 14 MC OCDE, ya derogado), las ganancias de capital (art. 13 MC OCDE) o, incluso, la categoría de otras rentas (art. 21 MC OCDE). La delimitación entre los cánones y otro tipo de rentas de los CDI suscita interminables controversias debido a las diferentes normas de reparto de la potestad tributaria. Un gran número de CDI –entre ellos los españoles–, en ausencia de establecimiento permanente, establece para los cánones una sujeción limitada en el Estado de la fuente, mientras que para las otras rentas mencionadas se prevé una sujeción exclusiva en el Estado de la residencia. Este diferente sistema de reparto de la potestad tributaria produce un enfrentamiento de intereses económicos. Por un lado, la Administración del Estado de la fuente se afana en calificar a la renta como canon para ejercer el poder de imposición limitado que le confieren los convenios y, por otro, los contribuyentes defienden una calificación diferente de la renta de manera que no exista una sujeción compartida en el Estado de la fuente.

Los programas de ordenador presentan una serie de características técnicas y económicas que han provocado numerosos problemas a la hora de determinar el régimen tributario que corresponde a sus rentas en los CDI, pudiendo señalarse algunas de ellas. En primer lugar, los programas de ordenador son, por un lado, obras protegidas en casi todo el mundo por los derechos de autor, al igual

que los libros, mientras que, por otro lado, la industria del software implica fuertes inversiones en I+D que sitúan a estas obras más próximas al campo de las patentes que al de las tradicionales obras culturales. En segundo lugar, los programas de ordenador dan lugar a una gran variedad de contratos en los que se transmiten derechos con muy diferente alcance y contenido (ej. cesión de derechos de autor, alquiler de programas de ordenador para diferente uso, prestación de servicios informáticos, contratos mixtos que comprenden software, *know-how* y servicios técnicos, etc.). Y, en tercer lugar, los propios CDI no se refieren expresamente al software por ninguna parte, por lo que se derivan problemas de interpretación para determinar en qué categoría de renta se deben incluir estos pagos.

Los diferentes Modelos de Convenio con sus respectivos Comentarios, las previsiones de los CDI, las normas fiscales internas de los Estados y la multitud de pronunciamientos administrativos y judiciales sobre la materia evidencian la importancia de un tema en el que se presentan tantas soluciones como intereses económicos de cada una de las partes implicadas, esto es, contribuyentes y Administraciones tributarias. Buena muestra de ello es la extensión con la que se aborda el tema en el Comentario al artículo 12 del MCOCDE ¹ y el gran número de reservas y observaciones efectuadas sobre la materia ².

En este artículo, el estudio de las rentas de programas de ordenador se lleva a cabo desde el Comentario de la OCDE al artículo 12 del Modelo y se centra en aquellas cuestiones que se plantean desde la perspectiva del Estado español, analizando la práctica que al respecto ha seguido nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa. También se presta una especial atención a las rentas del software en el Derecho interno de los EE.UU. debido a que muchas de las cuestiones sobre programas de ordenador del Comentario de la OCDE al artículo 12 están inspiradas en dicha normativa. El estudio del Derecho norteamericano servirá para comprender mejor el Comentario de la OCDE e, incluso, para proponer una reformulación de sus contenidos.

2. ASPECTOS GENERALES DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR EN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

2.1. Evolución histórica.

El estudio del software en los CDI se ha llevado a cabo fundamentalmente desde la IFA y la OCDE. La IFA estudió el tema del software de forma concreta en el 42.º Congreso de 1988 celebrado en Ámsterdam ³ y ha tratado en general el tema de las transferencias de tecnología en otros

¹ Vid. párrafos 12-17.4 del Comentario al artículo 12 MC OCDE.

² En la versión del MC OCDE de 28 de enero de 2003 todas las observaciones al Comentario del artículo 12 son en relación con los programas de ordenador y de las veinte reservas formuladas actualmente al artículo 12 del Modelo al menos cinco de ellas se refieren de forma directa a este tema.

³ Vid. JONES, J. B. y MATTSON, R. N., «Ponencia General», en *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXXIIIb, 42nd International Tax Congress, Tax treatment of computer software, International Fiscal Association (IFA), Ámsterdam, 1988.

congresos ⁴. Por su parte, el MC OCDE no contempla la problemática fiscal que plantean los cánones de programas de ordenador hasta que en 1992 se incluyen en el Comentario al artículo 12 los párrafos sobre la calificación de las rentas del software. Estos párrafos fueron el resultado de una serie de trabajos e informes entre los que se deben destacar los elaborados por el Comité Consultivo de Negocios e Industria de la OCDE (BIAC) ⁵ y por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE ⁶.

Desde que en 1992 se incluyeron en el Comentario al artículo 12 del MC OCDE los párrafos relativos al software han tenido lugar dos importantes modificaciones. Primero, los párrafos sobre programas de ordenador fueron profundamente revisados y modificados en la versión del MC OCDE de 29 de abril de 2000 y, posteriormente, la nueva versión del MC OCDE de 28 de enero de 2003 ha vuelto a incidir sobre esta cuestión añadiendo los nuevos párrafos 17.1-17.4 en los que se estudia la caracterización fiscal que merecen los pagos producidos en el seno del comercio electrónico ⁷. La OCDE consideró que la transmisión de productos digitales a través de Internet (tales como sonido, imágenes, texto o, incluso, programas de ordenador) podría suscitar dudas a la hora de subsumir dichos pagos en la categoría de cánones o en otras fuentes de renta.

A lo largo de toda esta evolución sobre el tratamiento del software en los CDI, interesa destacar, por su carácter pionero, las conclusiones propuestas por el BIAC al Comité Fiscal de la OCDE para que incluyera en el Comentario al artículo 12 algunas líneas sobre programas de ordenador. En el informe del BIAC ya se apuntaban algunas ideas de gran interés que han atravesado incólumes las sucesivas modificaciones del Comentario al artículo 12 y han llegando algunas de ellas a cristalizar en principios de una gran aceptación en la comunidad internacional. Entre las premisas fundamentales a las que llegó el BIAC, y que suscribe posteriormente la IFA en su Congreso de 1988, deben ahora señalarse las siguientes.

En primer lugar, el BIAC consideró que los pagos referentes a programas de ordenador podrían ser cánones ya que los programas de ordenador en la mayoría de las legislaciones se encuentran protegidos por los derechos de autor. Sin embargo, los programas de ordenador se identifican, en muchas ocasiones, con actividades comerciales e industriales, por lo que sus rentas también podrían estar más cerca de los beneficios empresariales del artículo 7 del MC OCDE. Con este razonamiento se

⁴ Vid. CROWE, C. J., «Ponencia General», en *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXa, *Congress of the International Fiscal Association, Tax Treatment of the importation and exportation technology –know-how, patents, other intangibles and technical assistance*, International Fiscal Association (IFA), Londres, 1975, págs. I/99-I/130; LAINOFF, S. R. y VAISH, R. C., «Ponencia General», en *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXXXIIa, *51st Congress of the International Fiscal Association, The taxation of income derived from the supply of technology*, International Fiscal Association (IFA), Nueva Dehli, 1997, págs. 134-137.

⁵ BIAC Committee (BIAC Position Paper), *1977 OECD Model Double Taxation Convention on Income and Capital*, BIAC, París, 1987.

⁶ OCDE, «The tax treatment of computer software» en *Model Tax Convention: Four Related Studies*, OCDE, París, 1992.

⁷ Estos nuevos comentarios han sido el resultado del trabajo elaborado el 1 de febrero de 2001 por el *Technical Advisory Group on Treaty Characterisation Issues arising from E-Commerce* bajo el título «Tax Treaty Characterisation Issues arising from E-Commerce. Report to Working Party n.º 1 of the OECD Committee on Fiscal Affairs», (disponible en www.oecd.org).

pone de manifiesto el problema de la calificación de las rentas debido a la doble faceta del software, esto es, se protege por los derechos de autor y, al mismo tiempo, presenta un importante carácter empresarial. El BIAC también distinguió entre el software y las prestaciones de servicios vinculadas al mismo –tales como servicios de mantenimiento o asesoramiento informático- y consideró que los pagos por tales prestaciones de servicios no podían ser cánones.

En segundo lugar, el BIAC indicó la irrelevancia que presentan las formas de pago y de transmisión de los programas de ordenador a efectos de la calificación de sus rentas. La forma no debe determinar su régimen fiscal sino que éste depende de las características económicas fundamentales del software. En este sentido, se ha efectuado una distinción en función de si el software se transmitía como un bien, un servicio o una forma de propiedad intelectual –o, incluso, como una combinación de las tres-. La transmisión del software como un bien tendría lugar en los casos en que se vende software estándar, esto es, para un amplia gama de usuarios. El software se transmite como un servicio cuando se trata de software hecho a medida, para un grupo concreto de usuarios que demanda unas características especiales. El software constituye una forma de propiedad intelectual cuando su transmisión implica derechos de autor y, solamente en este último caso, las rentas podrían merecer la calificación fiscal de cánones.

2.2. Características técnicas y económicas.

2.2.1. Concepto.

Los programas de ordenador han sido definidos por la OCDE como «un programa, o una serie de programas, que contiene las instrucciones destinadas a un ordenador, a los efectos del funcionamiento operativo del mismo ordenador (programas de ordenador operativos) o de la ejecución de otras tareas (programas de ordenador de aplicación)»⁸.

En el Derecho español, la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI)⁹ establece en su artículo 96.1 que «a los efectos de la presente ley se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación. A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria».

Tanto la definición de la LPI como la de la OCDE contemplan la existencia de dos clases de programas de ordenador, esto es, programas operativos y programas de aplicación.

⁸ Parágrafo 12.1 del Comentario al artículo 12 MC OCDE.

⁹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

2.2.2. Clases.

Es posible distinguir entre el denominado «programa de ordenador operativo o de sistema» (*operational software*) y el «programa de ordenador de aplicación» (*application software*). El software operativo consiste en una serie de programas necesarios para el funcionamiento básico y eficiente de toda computadora sin los cuales no sería posible la utilización del propio ordenador (Ej. Ms-Dos, Windows, Unix, Linux, Macintosh). El software de aplicación consiste en programas concretos para la realización de determinadas tareas por parte del usuario (Ej. procesadores de textos, programas de diseño gráfico, correo electrónico, videojuegos).

Para la utilización del software de aplicación es necesario que el ordenador cuente con unos programas de funcionamiento básico, es decir, con un software operativo o un sistema que permita el procesamiento del software de aplicación. Por ello, el software operativo aparece en muchas ocasiones incorporado al propio soporte físico del ordenador (*hardware*) y se le conoce como *bundled software* (software envuelto) por oposición al *unbundled software*. Cuando se adquiere un ordenador, éste ya tiene incorporados unos programas operativos que van a permitir su funcionamiento, por lo que es posible considerar que tales programas forman parte del hardware. No obstante, aunque no es lo más frecuente en la práctica, nada impediría que el software operativo fuera independiente del propio ordenador y se adquiriera de forma separada.

Otra clasificación de los programas de ordenador se realiza en función de los usuarios a los que se dirige el programa y distingue entre «programas a medida o específicos» (*taylor made software*¹⁰) y «programas estándar» (*standard software*¹¹). Los primeros consisten en un software hecho a medida para un usuario concreto, y los segundos se distribuyen en masa con idénticas características para una amplia gama de usuarios. Entre ambos extremos también existen programas equidistantes entre lo estandarizado y lo hecho a medida que son elaborados para un grupo reducido de usuarios y adaptados después a las particulares peticiones de cada uno (paquete estándar especializado o personalizado)¹². Tanto el software operativo como el software de aplicación pueden ser a medida o estándar, aunque es frecuente que el software de sistema sea estandarizado y que sea en el software de aplicación donde mayor sentido cobre la distinción entre lo estandarizado y lo hecho a medida.

También se debe mencionar el denominado «software de fuente abierta» (*open source software*) (ej. Linux). Esta clase de software comenzó a utilizarse a finales de los años ochenta y con el desarrollo de Internet ha adquirido rápidamente un papel de gran importancia en la industria infor-

¹⁰ También conocidos como *custom-made* o *customized software*.

¹¹ También conocidos como *canned*, *packaged* o *off-the-shelf software*.

¹² Sobre este software intermedio cfr. GÓMEZ PERALS, M., *La cesión de uso de los programas de ordenador*, Colex, Madrid, 1999, pág. 141.

mática ¹³. El *open source software* es gratuito y de dominio público porque cualquier persona puede acceder a este software sin pagar a cambio ningún precio –salvo el derivado de transmitir una copia– y es transmitido sin ningún tipo de restricciones. Es, por tanto, un software que se distribuye en abierto y sin fines lucrativos, por lo que se opone al software que se comercializa y se vende en el mercado («*proprietary software*»).

Pues bien, según la IFA y la OCDE, las diferentes clases de programas de ordenador no son relevantes a efectos de la calificación fiscal de una renta como canon en los CDI. No obstante, han sido varios los Estados que han formulado observaciones al respecto concediendo importancia a la distinción entre software específico y estándar y concluyendo que sólo el específico puede dar lugar a un canon. Ésta es, por ejemplo, la postura del Estado español que será analizada más adelante (vid. 5). Igualmente, tiene importancia la distinción entre software operativo y software de aplicación debido a que se ha discutido si el primero puede ser considerado como parte del propio ordenador o *hardware* a efectos de calificar las rentas según la teoría del contrato mixto (vid. 4.6).

2.2.3. Medios de transmisión y formas de pago.

Los programas de ordenador pueden transmitirse de muy diversas formas y los pagos realizarse de muy diferentes maneras. El programa de ordenador se puede transmitir en un soporte físico (ej. disquete, disco láser, CD, incluso de forma escrita sobre papel, etc.) o en un medio intangible (ej. Internet, vía satélite, etc.). El pago puede ser dinerario o en especie y adoptar diversas formas (ej. a tanto alzado, vinculado a una determinada contingencia, una combinación de ambos, etc.).

Las diferentes formas de pago y transmisión de un programa de ordenador no deben influir en la calificación fiscal de sus rentas, hasta el punto de que a nivel internacional parece que se ha consolidado una especie de principio de irrelevancia de la forma ¹⁴. Este principio supone que ni la forma de pago ni la forma de transmisión del software deben afectar a su tratamiento fiscal y, en particular, a la calificación de una renta como canon. Además, el concepto de canon de los tratados comienza indicando que los cánones son «cantidades de cualquier clase» («*payments of any kind*»), lo que pone de manifiesto la irrelevancia de las formas de pago.

¹³ Sobre esta clase de software, vid. GOLE, T., «Open Source Software», *World Internet Law Report*, BNA International, Mayo 2004, n.º 5, págs. 26-31.

¹⁴ Cfr. párrafos 12.1, 14.1, 15 y 16 del Comentario al artículo 12 MC OCDE. El principio de irrelevancia de la forma ya fue puesto de manifiesto en varios estudios de la OCDE y de la IFA sobre las transferencias de software. En cuanto a los trabajos de la OCDE, vid. BIAC Committee (BIAC Position Paper), *1977 OECD Model Double Taxation Convention on Income and Capital*, ob. cit., así como OCDE, «The tax treatment of computer software», ob. cit. Por lo que se refiere a la IFA, vid. JONES, J. B. y MATTSON, R. N., «Ponencia General», ob. cit., pág. 126. Los autores también coinciden en la existencia de este principio, vid. VAN DER LAAN, R. A., «Computer software in international tax law», *Intertax*, núm. 5, mayo 1991, pág. 267.

2.3. La protección por los derechos de autor.

La forma más común de protección jurídica de los programas de ordenador ha sido a través de la propiedad intelectual o derechos de autor (*copyright*)¹⁵. A pesar ello, los programas de ordenador son susceptibles de muy diversas formas de protección por parte del Derecho¹⁶ y existe una larga polémica sobre si el software debe tutelarse a través de la propiedad industrial o intelectual¹⁷. La OCDE señala que los derechos sobre programas informáticos son una forma de propiedad intelectual y que todos los Estados miembros de la OCDE, salvo Suiza, protegen estos derechos, explícita o implícitamente, a través de la legislación en materia de derechos de autor¹⁸. En el caso de España, la protección de los programas de ordenador a través de los derechos de autor se regula en los artículos 95-104 LPI (Título VII del Libro I). Al igual que ocurre en otros países, la protección de los programas de ordenador por la propiedad intelectual no es necesariamente incompatible con la protección merced a la propiedad industrial¹⁹.

La mayoría de los Estados de la OCDE cuando protegen los programas a través de los derechos de autor distinguen entre el programa en sí mismo y el medio o soporte físico en el que está expresado (*embodied*). La protección que otorga la propiedad intelectual se cierne sobre el programa de ordenador pero no sobre el soporte material o inmaterial que lo alberga. Esto significa que no se protege al disquete o CD donde se contiene al programa, sino al programa en sí²⁰. Además, la protección del software por los derechos de autor es la misma para toda clase de programas de ordenador, tanto para los programas de sistema como para los de aplicación, ya sean éstos estándar o específicos, y también para los programas de fuente abierta. Esto es debido a que todos los progra-

¹⁵ No obstante, en EE.UU. cobran gran importancia las patentes en materia de software. Éstas han aumentado mucho más rápidamente que el total de patentes concedidas y, en la actualidad, representan entre el 4% y el 10% del total de patentes, [cfr. OECD, *OECD Information Technology Outlook: ICTs and the Information Economy 2002 Edition (Overview in Spanish)*, OECD, París, 2002, pág. 7].

¹⁶ Sobre los distintos mecanismo de protección del software, vid. HERNANDO COLLAZOS, I., *Contratos Informáticos. Derecho Informático. Legislación y Práctica*, Librería Carmelo, San Sebastián, 1995, págs. 37-134.

¹⁷ En el ámbito comunitario se persigue una protección desde la propiedad industrial de ciertas creaciones de software (vid. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo «sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador». LCEur 2002, 579. [Bruselas 20.2.2002, COM (2002) 92 final]).

¹⁸ Cfr. OECD, «The tax treatment of computer software», ob. cit.; parágrafo 12.2 del Comentario al artículo 12 MC OCDE y, en el mismo sentido, JONES, J. B. y MATTSON, R. N., «Ponencia General», ob. cit., pág. 110.

¹⁹ En este sentido, el artículo 96.3, párrafo 2, de la LPI afirma que «cuando los programas de ordenador formen parte de una patente o un modelo de utilidad gozarán, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial». Por su parte, el artículo 104 de la misma ley nos indica que lo dispuesto para los programas de ordenador «se entenderá sin perjuicio de cualesquiera otras disposiciones legales tales como las relativas a los derechos de patente, marcas, competencia desleal, secretos comerciales, protección de productos semiconductores o derecho de obligaciones». De forma más general, referido al conjunto de la propiedad intelectual, el artículo 3, párrafo 2, de la LPI señala que «los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra».

²⁰ Al respecto cfr. parágrafo 12.2 del Comentario al artículo 12 MC OCDE. Esta idea que distingue entre la creación protegida por los derechos de autor y el soporte al que se incorpora la encontramos también en el artículo 3, párrafo 1, de la LPI cuando afirma que «los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tenga por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual».

mas de ordenador, con independencia de su clase, son obras del intelecto humano protegidas por los derechos de autor ²¹. Sin embargo, se analizarán también pronunciamientos españoles que consideren que los derechos de autor sólo protegen a los programas específicos y no a los estándares.

La OCDE indica que cuando la definición de canon de los CDI no comprenda de forma expresa una mención para los programas de ordenador, éstos deben considerarse incluidos en el aserto relativo a la «cesión de uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas». Ello se debe a que la forma de protección más habitual de los programas de ordenador es la propiedad intelectual o derechos de autor. No obstante, la OCDE reconoce las dificultades que pueden surgir en algunos Estados para incluir los programas de ordenador en la dicción del concepto de canon que se refiere a derechos de autor ²². Por ello, el Comentario al artículo 12 del MC OCDE afirma que los países que no encuentren posible adscribir los programas de ordenador a ninguna de estas categorías podrán adoptar en sus CDI una versión del concepto de canon que incluya expresamente a los programas de ordenador o que suprima toda referencia a la naturaleza literaria, artística o científica de los derechos de autor ²³. La mayoría de los CDI suscritos por España no han suprimido toda referencia en cuanto a la naturaleza de los derechos de autor ni recogen una mención expresa relativa al software ²⁴. Tan sólo algunos CDI españoles, como los firmados con Argentina (1992), Noruega (1999), Bélgica (1995) o Argelia (2002), contienen una referencia expresa a los programas de ordenador ²⁵.

A nuestro juicio, aunque el concepto de canon de los convenios no se refiere expresamente a los programas de ordenador, en la medida en que éstos están protegidos por los derechos de autor, encajarían en el concepto de canon de los convenios cuando se refiere a «cesión de uso de derechos de autor». Consideramos que del propio Comentario al artículo 12 del MC OCDE se desprende que lo relevante es que se trate de una obra protegida por los derechos de autor, con independencia de que la obra sea literaria, artística, científica o de otra clase. Otro tema diferente es la caracterización del software como obra literaria o científica que se ha planteado en el CDI hispano-estadounidense (1990) para la aplicación del límite de gravamen en la fuente al que se sujetan los cánones ²⁶. En este caso no se discutía si las rentas del software eran cánones sino que, partiendo de que tenían tal carácter, se trataba de determinar el límite de gravamen al que estaban sujetas en el Convenio en cuestión.

²¹ En un primer momento, algunos Estados hacían distinciones entre los programas de sistema y los de aplicación. Se decía que la propiedad intelectual sólo podía abarcar a estos últimos pero no a los programas de sistemas porque éstos formaban parte del soporte físico del ordenador (cfr. JONES, J. B. y MATTSON, R. N., «Ponencia General», ob. cit., pág. 112).

²² Un buen ejemplo es el caso de Polonia, en el que se ha considerado que no es posible calificar como canon ninguna clase de pagos por software en la medida en que los programas de ordenador no aparecen contemplados en la expresión la «cesión de uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas» que contienen los convenios (vid. OSTASZEWSKA, A., «Decision of the Supreme Administrative Court on the Taxation of Software Payments», *European Taxation*, mayo 2002, págs. 202-204).

²³ Cfr. parágrafo 13.1 *in fine* del Comentario al artículo 12 MC OCDE.

²⁴ No olvidemos que tampoco hay una mención expresa al software en el concepto de canon del MC OCDE. Donde figura toda la problemática que suscitan los programas de ordenador es en el Comentario al artículo 12 pero no en el articulado del Modelo.

²⁵ Además, de los cuatro apuntados, tan sólo los de Noruega y Argelia incluyen la mención al software en el propio Convenio, mientras que en los otros dos sólo figura en su Protocolo.

²⁶ Sobre el tema, vid. VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A., «La calificación de los cánones de los programas de ordenador en el Convenio impositivo entre España y Estados Unidos», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF. Núm. 15, 1999, págs. 97-144.

3. LAS TRANSACCIONES DE SOFTWARE EN EE.UU.

Los EE.UU. han aprobado una detallada normativa fiscal sobre los pagos por programas de ordenador con la finalidad de clasificar las diferentes transacciones del software y determinar la calificación fiscal de sus rentas ²⁷. La Administración fiscal norteamericana aprobó el 30 de septiembre de 1998 la nueva versión de las llamadas *software regulations* (en adelante las *regulations*) elaboradas por el *Internal Revenue Service* (IRS) y el *Treasury Department* de los EE.UU. ²⁸. La finalidad de las *regulations* es delimitar y analizar, con un propósito exclusivamente fiscal, las diversas transacciones que involucran programas de ordenador. Estas normas contienen una clasificación exhaustiva con numerosos y detallados ejemplos de las distintas formas que pueden revestir los contratos que tienen por objeto programas de ordenador.

Consideramos conveniente analizar las *regulations* norteamericanas debido a la importante atención que dedican al tratamiento fiscal de las transacciones del software. Además, tanto las *regulations* como el Comentario al artículo 12 del MC OCDE mantienen los mismos principios en cuanto a la clasificación de una renta como canon, hasta el punto de que las *regulations* han inspirado las revisiones del Comentario de la OCDE ²⁹. Esto hace que las *regulations* puedan servir para interpretar mejor los contenidos del Comentario y para proponer una futura reconsideración de los mismos. Muchas de las cuestiones sobre programas de ordenador que figuran en el Comentario al artículo 12 del MC OCDE no están del todo claras. Sin embargo, esas mismas cuestiones son tratadas en las *regulations* con mayor detalle, lo que justifica un estudio de esta normativa.

3.1. Clases de transacciones que implican software.

Las *regulations* establecen la siguiente clasificación de las diferentes transacciones que pueden tener por objeto programas de ordenador:

- Ventas y licencias de un «producto protegido por los derechos de autor» (*copyrighted article*).
- Ventas y licencias de «derechos de autor» (*copyright rights*).
- Prestación de servicios para el desarrollo o modificación de un programa de ordenador.
- Prestación de *know-how* sobre técnicas de programación.

²⁷ Otro ejemplo significativo de Estados que han dictado normativa fiscal interna sobre esta materia es Australia. La Administración fiscal australiana (*Australian Taxation Office –ATO–*) dictó el 13 de mayo de 1993 la *Taxation Ruling* 93/12.

²⁸ Vid. «Classification of transactions involving computer programs» de 1998 del *Code of Federal Regulation* (26 CFR 1861-18). Con anterioridad existía una versión de 1996. Acceso directo en <http://www.gpoaccess.gov/cfr/index.html>

²⁹ Sobre la influencia de la normativa americana en el Comentario de la OCDE, vid. nuestro trabajo GARCÍA HEREDIA, A., «Novedades sobre cánones en el MC OCDE 2003: el informe del TAG y la influencia de la normativa de EE.UU. y Australia», *Quincena Fiscal Aranzadi*, septiembre 2004, núm. 15, págs. 33-48.

En este artículo nos centraremos en analizar las dos primeras transacciones por ser las más relevantes y concretas en el ámbito de los programas de ordenador. La distinción entre *copyright rights* y *copyrighted article* es el núcleo duro de las *regulations*, hasta el punto de que la diferencia entre ambas transacciones es la clave para determinar cuándo los pagos del software son cánones. La primera expresión significa que se han cedido derechos de autor sobre un programa de ordenador y la segunda indica que se ha cedido el programa de ordenador pero no derechos de autor sobre el mismo. En este último caso, el cesionario tan sólo adquiere la posibilidad de utilizar el programa para su propio uso, ya sea personal o profesional, pero no está autorizado para ejercer ninguno de los derechos de autor que existen sobre dicho programa. Por esta razón, se dice que el cesionario tan sólo adquiere el uso de un producto protegido por los derechos de autor (*copyrighted article*). Por el contrario, si la transacción implica *copyright rights* significa que se han transmitido al cesionario derechos de autor sobre el programa de ordenador. Tanto las transmisiones de derechos de autor como las transmisiones de un producto protegido por tales derechos pueden consistir en una venta o en una cesión de uso.

Teniendo en cuenta las previsiones de las *regulations*, en el marco de los CDI, la transacción que daría lugar a cánones sería la cesión de uso de derechos de autor de un programa de ordenador (*copyright rights*), por oposición a la simple cesión de una copia del programa (*copyrighted article*). Éste es también el mismo planteamiento que sigue el Comentario al artículo 12 del MC OCDE. Ahora bien, ante esta afirmación uno debe preguntarse: a) cuáles son los derechos de autor sobre un programa de ordenador y b) cómo determinar si estamos ante una cesión de uso o ante una venta de tales derechos. Estas cuestiones son de gran importancia para comprender en qué consisten la transacciones que dan lugar a cánones. El problema es que el Comentario de la OCDE apenas repara en ellas, en cambio, el Derecho fiscal norteamericano sí las desarrolla con más detalle, por lo que estudiaremos su regulación.

3.2. Derechos de autor sobre programas de ordenador.

Las *regulations* distinguen hasta cuatro clases de derechos de autor sobre un programa de ordenador: el derecho a realizar copias del programa de ordenador con la finalidad de distribuirlo al público, el derecho a preparar programas derivados sobre la base de un programa protegido por los derechos de autor, el derecho a realizar una exhibición pública del programa y el derecho a visualizar públicamente el programa.

3.2.1. Explotación comercial de los derechos de autor.

Esta clasificación de los derechos de autor a efectos fiscales no coincide necesariamente con la que pudiera figurar en las leyes de propiedad intelectual. No todos los derechos de autor que pudiera contener la normativa sobre propiedad intelectual van a ser considerados derechos de autor a efectos fiscales, como sucede, por ejemplo, con el derecho a realizar copias y el derecho a distribuir las al público. Estos derechos figuran en muchas leyes de propiedad intelectual como dos derechos autó-

nomos e independientes y, sin embargo, a efectos de las *regulations* tales derechos aparecen unidos en uno solo. Ello significa que estos derechos, por separado, no son derechos de autor desde una perspectiva fiscal, de manera que el derecho de autor «fiscal» es «el derecho a efectuar copias *para* distribuir las al público»³⁰. En nuestra opinión, el criterio que permite distinguir los derechos de autor a efectos fiscales y a efectos materiales es si el licenciataria está autorizado para ejercer una explotación comercial de los mismos, esto es, una distribución al público del resultado obtenido.

El derecho de autor a efectuar copias es el único en el que se exige expresamente la distribución al público, en otras palabras, es el único en el que se requiere una explotación comercial del software para estar en presencia de un derecho de autor. Por el contrario, parece que el derecho a la realización de un programa derivado es un derecho de autor con independencia de que dicho programa se distribuya o no al público, por lo que en este caso no se exigiría el requisito de la explotación comercial. No obstante, en nuestra opinión, este derecho también exige una explotación comercial y, en consecuencia, el derecho a preparar un programa derivado no es un derecho de autor en sentido fiscal si no se contempla, además, el derecho a distribuir al público el software resultante. Consideramos que el matiz de la explotación comercial también está presente en los derechos de exhibición y visualización que enuncian las *regulations* en tercer y cuarto lugar y que se acompañan de las expresiones «pública» o «públicamente».

En resumen, para que una renta del software sea canon no es suficiente estar en presencia de un derecho de autor, sino que debe tratarse de un derecho de autor con contenido fiscal, esto es, de un derecho de autor sobre el que se permita su explotación comercial. Por ello, no es lo mismo un derecho de autor en sede de la ley material de propiedad intelectual que un derecho de autor a los efectos de la calificación fiscal de las rentas del software. De acuerdo con la denominada regla *de minimis*, las *regulations* han considerado que, cuando hay un derecho de autor según la ley de propiedad intelectual pero no según las *regulations* (ej. el derecho a realizar una copia de seguridad), existirá un derecho de autor mínimo o sin importancia que, a efectos fiscales, debe ser ignorado³¹. En nuestra opinión, es posible, por lo tanto, distinguir entre derechos de autor fiscales y materiales.

3.2.2. Contenido de los derechos de autor.

- El derecho a realizar copias del programa de ordenador con la finalidad de distribuirlo al público.

Para estar en presencia de este derecho de autor es necesario que se cumplan dos requisitos: realizar copias y distribuir las al público. Esto significa que la simple realización de copias no es un derecho de autor a efectos fiscales si éste no comprende, además, el derecho a la explotación comer-

³⁰ El énfasis añadido tiene como finalidad resaltar, a efectos fiscales, la unión de ambos derechos en un solo derecho de autor.

³¹ Cfr. Regs. 1861-18 (c) (1) (ii) y 1861-18 (b) (2).

cial de tales copias, esto es, su posterior distribución al público. Por ello, el concepto de «distribución al público» es fundamental en el marco de este derecho y para su definición se deben tener en cuenta dos cuestiones. Primero, para estar ante este presupuesto no es relevante el número de personas a las que se distribuya el software o el número de copias que se distribuyan ³². Y, segundo, no existe distribución al público si la distribución es entre «personas relacionadas» (*related persons*) ³³.

La cesión de uso del derecho a realizar copias, por muchas que éstas sean, no generará un canon, aunque tal derecho sea un derecho de autor para la LPI. Ello se debe a que para ser un derecho de autor a los efectos fiscales de las *regulations* se requiere que el derecho a realizar copias y el derecho para su distribución al público aparezcan unidos en un solo derecho.

- El derecho a preparar programas derivados sobre la base de un programa protegido por los derechos de autor.

El problema principal es interpretar el concepto de programa derivado. ¿Cuándo debemos considerar que se ha elaborado un programa derivado para estar en presencia de un derecho de autor a efectos fiscales? Esta cuestión surge porque existe una gran variedad de software que permite realizar diferentes clases de modificaciones sobre otros programas. Según las *regulations*, para que exista un derecho de autor, se requiere que la modificación del programa presente un carácter esencial o sustancial con respecto al software original ³⁴. Algunos autores han manifestado su disconformidad con este criterio y han afirmando que la realización de un programa derivado implica un derecho de autor a efectos fiscales siempre que se autorice su explotación comercial, sin importar si la modificación del programa es sustancial o insustancial ³⁵. Según esta postura, lo relevante para considerar que estamos ante un derecho de autor es que se autorice la distribución al público de la obra derivada.

A nuestro juicio esta postura nos parece la más correcta, pues consideramos que todo derecho de autor debe autorizar, a su vez, la explotación comercial de la obra para estar en presencia de una auténtica cesión de uso de derechos de autor a efectos fiscales. El hecho de que cuando las *regulations* enuncian los derechos de autor no hagan referencia a este requisito para el caso de los programas derivados no debería interpretarse en sentido literal. Sobre todo teniendo en cuenta que para los otros tres derechos están presentes expresiones como «*public*» o «*publicly*» que deberían ser interpretadas desde el punto de vista de la explotación comercial de la obra en el mercado.

³² Cfr. Regs. 1861-18 (h). Cfr. también sobre esta cuestión los ejemplos 10, 11 y 12 de las *regulations*.

³³ Cfr. Regs. 1861-18 (g) (3). Cfr. también sobre esta cuestión los ejemplos 5 y 6 de las *regulations*.

³⁴ Vid. nuevos ejemplos 17 y 18 que las *regulations* introdujeron en 1998.

³⁵ Cfr. SPRAGUE, G. D., CHESLER, R. A., HERSEY, R., «The Final Software Revenue Characterization Regulations», *Tax Management International Journal*, núm. 2, 12 de febrero, 1999, pág. 67.

- Los derechos a realizar una exhibición pública del programa y a visualizar públicamente el programa.

Los propios autores norteamericanos han reconocido la falta de definición de estos derechos en las *regulations*, hasta el punto de no conocer la diferencia entre lo que puede ser una «exhibición pública» del programa (*public performance*) y «visualizar públicamente» el mismo (*publicly display*)³⁶. El propio Preámbulo de las *regulations* reconoce que el contenido de estos derechos en relación con los programas de ordenador está aún desarrollándose, por lo que esta clasificación deberá ser reconsiderada en un futuro. El Preámbulo da alguna pista y señala que el ejercicio de estos derechos debe ser considerado bajo la regla de mínimos cuando sean utilizados a efectos de «publicidad o mercadotecnia». En tales casos no estaríamos, a efectos fiscales, ante derechos de autor sino, de nuevo, ante la figura de los *copyrighted articles*. En cuanto al tema de la explotación comercial, también consideramos que para estar en presencia de estos derechos se debería exigir tal requisito y, en consecuencia, la regla de mínimos debería ser aplicada cuando el propósito es un uso personal o profesional de los derechos y no su explotación comercial.

- Las *regulations* y el Comentario de la OCDE.

Las *regulations* establecen una clasificación concreta de los derechos de autor sobre el software y estudian el contenido de cada uno de ellos. Por su parte, el Comentario al artículo 12 del MC OCDE no clasifica con esa precisión los derechos de autor, sino que sólo se refiere vagamente al derecho a reproducir y distribuir al público el programa, al derecho a modificar el programa y al derecho a visualizar públicamente el programa. Además, el Comentario no trata con claridad el tema de la explotación comercial de los derechos, aunque parece tenerlo en cuenta tácitamente según se desprende de una lectura en conjunto del Comentario y de la redacción de las observaciones en las que se cita expresamente el término explotación comercial de los derechos.

A pesar de estas diferencias entre las *regulations* y el Comentario de la OCDE, ambos textos siguen los mismos principios en cuanto a la clasificación de las rentas del software como cánones, si bien el texto de las *regulations* es más claro y concreto. Por ello, y teniendo en cuenta que las últimas versiones del Comentario de la OCDE al artículo 12 se han inspirado en las *regulations*, se podría utilizar la normativa norteamericana para una futura reconsideración del Comentario al artículo 12.

3.3. Naturaleza jurídica de la transacción como venta o cesión de uso.

Según el Comentario de la OCDE al artículo 12, los cánones del software son rentas derivadas de la cesión de uso de derechos de autor. Una vez definido el contenido de los derechos de autor, el siguiente paso es, por tanto, determinar cuándo la transacción de derechos de autor sobre un pro-

³⁶ Cfr. LEVENSON, A., SHAPIRO, A., MATTSON, R. y MAGUIRE, N., «Taxation of Cross-Border Payments for Computer Software», *Tax Notes International*, núm. 22, 30 de noviembre, 1998, pág. 1.729.

grama de ordenador es una venta o una cesión de uso. En los CDI la importancia reside en que, si la transacción es una cesión de uso, las rentas serán un canon, mientras que, si es una venta, la renta será calificada como beneficio empresarial o ganancia de capital. La consecuencia fiscal es que en muchos convenios los cánones están sujetos a una retención en el Estado de la fuente, lo que no sucede con los beneficios empresariales o las ganancias de capital para las que se establece una sujeción exclusiva en el Estado de la residencia. La distinción entre venta y cesión de uso es, por tanto, uno de los mayores problemas en la calificación fiscal de las rentas. De nuevo, estas cuestiones apenas han sido tratadas en el Comentario al artículo 12 del MC OCDE. Por el contrario, el Derecho fiscal interno de los EE.UU., con la finalidad de deslindar las cesiones de uso de las transmisiones de la propiedad, contiene una regla específica conocida como la prueba de todos los derechos sustanciales (*all substantial rights test*).

Las *regulations* afirman que la transferencia de un derecho de autor sólo será una venta cuando hayan sido transferidos «todos los derechos sustanciales» del *copyright (all substantial rights in the copyright)* ³⁷. En otro caso, cuando tan sólo se hayan transferido algunos de ellos, la transacción será una cesión de uso y, por tanto, sus rentas serán cánones. Éste es un principio general establecido en el Derecho fiscal de los EE.UU. para las transferencias de intangibles y las *regulations* se limitan a trasladarlo al ámbito de los programas de ordenador ³⁸. Para la aplicación de esta regla, el Derecho estadounidense regula cuáles son los «derechos sustanciales» y los criterios para determinar si se han transferido todos o parte de esos derechos ³⁹.

Hemos visto cómo las *regulations* señalan en relación con los programas de ordenador hasta cuatro derechos de autor. En nuestra opinión, es posible vender todos o vender alguno o algunos de esos derechos, ya que cada uno de los derechos de autor puede ser aislado e individualizado del resto. La teoría de la divisibilidad de los derechos de autor implica que cada uno de esos derechos puede ser vendido o cedido en uso, aplicando a cada uno de ellos las reglas de «todos los derechos sustanciales» ⁴⁰. Cada derecho de autor se puede poner en conexión con los denominados derechos sustanciales. Esto significa que, si se transfieren todos los derechos sustanciales sobre ese concreto dere-

³⁷ Cfr. Regs. 1861-18 (f).

³⁸ Cfr. SPRAGUE, G. D., CHESLER, R. A., HERSEY, R., «The Final Software Revenue Characterization Regulations», ob. cit., pág. 68.

³⁹ Entre los supuestos en los que no se produce una transmisión de «todos los derechos sustanciales» y, por tanto, la transacción será una cesión de uso, se indican los siguientes: a) transferencia limitada geográficamente dentro de un país, b) transferencia que sólo permite usar la patente durante un período de tiempo inferior a la vida de la misma, c) transferencia en la que se conceden derechos sobre la patente, tan sólo, en algunos campos del comercio o la industria, pero no en todos, d) transferencia que no permite ejercer todas las reclamaciones o invenciones cubiertas por la patente y e) transferencia en las que el cesionario se reserva el derecho a terminar el contrato. En la legislación norteamericana también se señala que derechos no son sustanciales y otros derechos que, dependiendo de los hechos o circunstancias de la transacción, podrían o no tener tal carácter. Además, toda esta materia ha sido objeto de una abundante jurisprudencia de los tribunales norteamericanos. Para el desarrollo de estas cuestiones, vid. POSTLEWAITE, P. F.; CAMERON, D. L. y KITTLE-KAMP, T., *Federal Income Taxation of Intellectual Properties and Intangible Assets*, Warren, Gorham & Lamont, Boston, obra de hojas intercambiables, págs. 2-75 y 2-77.

⁴⁰ De la misma opinión son BURKE, M. S. y SABA, F. S., «International Transfer of Intangible Property-Is There a New Bottle for a New Wine?», *International Tax Journal*, vol. 22, núm. 4 (fall 1996), pág. 6.

cho de autor, la transacción será una venta, mientras que, si tan sólo se transfieren alguno o algunos de los derechos sustanciales relativos a dicho derecho de autor, la transacción será una cesión de uso. En consecuencia, a la luz de cada derecho de autor, es posible realizar el denominado *all substantial right test*. La conclusión es que para estar ante una venta de derechos de autor sobre un programa de ordenador no es necesario vender todos los derechos de autor sobre dicho programa (es decir, los cuatro que señalan las *regulations*). Lo que se requiere para estar en presencia de una venta de cualquiera de tales derechos de autor es que se hayan transferido *todos* –y no parte– de los derechos sustanciales relativos al derecho de autor en cuestión.

4. EL COMENTARIO AL ARTÍCULO 12 DEL MC OCDE

La OCDE considera que la circunstancia que permite conocer cuándo nos encontramos en presencia de un canon por software es la causa o razón del contrato. No importa la clase de programa ni las formas de pago y transmisión del mismo, lo relevante es la naturaleza jurídica de la transacción, es decir, el alcance con el que se transmitan los derechos sobre el programa. En palabras de la OCDE, para decidir si los pagos derivados de las transacciones del software son o no cánones, la principal cuestión a tener en cuenta es «identificar el motivo por el que se efectúa el pago» (*«the identification of that for which the payment is essentially made»*).

Según el Comentario de la OCDE, solamente hay canon cuando se produce una cesión de uso de derechos de autor sobre el software, lo que equivaldría a los denominados *copyright rights* de las *regulations*. Por el contrario, la posición española se aparta de este criterio y mantiene un concepto de canon en relación con el software mucho más amplio. España considera que también pueden dar lugar a un canon determinadas cesiones de uso en las que no está involucrado ningún derecho de autor, las cuales equivaldrían a la transmisión de un *copyrighted article* de las *regulations*. Para el estudio del Comentario al artículo 12 del MC OCDE, dado que tanto EE.UU. como la propia OCDE mantienen la misma postura sobre los cánones del software, es conveniente tener en cuenta los planteamientos expuestos en relación con las *software regulations* de los EE.UU.

La clasificación que efectúa la OCDE de las transacciones que tienen por objeto programas de ordenador no es una tipología elaborada desde la teoría del negocio jurídico, sino una clasificación para resolver los problemas concretos que van planteando las transacciones de software. Esto provoca que la clasificación tenga un carácter sumamente intrincado y difícil de sistematizar. Tratando de poner un poco de orden, se podrían distinguir los siguientes tipos de transacciones referentes a programas de ordenador:

- Cesión de uso de derechos de autor (párrafo 13.1).
- Cesión de uso del programa sin derechos de autor (párrafos 14-14.2).

- Venta de derechos de autor (parágrafo 15).
- Contratos fronterizos entre la venta y la cesión de uso (parágrafos 15 y 16).
- *Know-how* y prestaciones de servicios informáticos (parágrafos 11-11.6 y 14.3)
- Contratos mixtos (parágrafos 11.6 y 17).
- Pagos del comercio electrónico (parágrafos 17.1-17.4)

4.1. Cesión de uso de derechos de autor (*«Acquisition of partial rights in the copyright, without the transferor fully alienating the copyright rights»*).

Para que se articule una transacción de esta naturaleza, es necesaria la cesión de uso de alguno o algunos de los derechos de autor sobre el programa para su explotación comercial. La OCDE afirma que esta modalidad consiste en la utilización del programa de una forma que, sin dicha cesión de derechos de autor, no estaría permitida al constituir una infracción de tales derechos ⁴¹. En este caso las rentas deberían ser cánones por tratarse de una cesión de uso de derecho de autor. Ahora bien, existen determinados supuestos en los que a pesar de ceder el uso de derechos de autor los pagos no serían cánones. Esto puede ocurrir cuando los derechos de autor se ceden con un contenido tan amplio que otorgan al cesionario facultades que son más bien propias de una venta antes que de una cesión de uso. Se trata de situaciones fronterizas entre la venta y la cesión de uso que hacen especialmente difícil la calificación fiscal de sus rentas.

El problema es determinar cuáles son esos derechos de autor y qué es una cesión de uso. El Comentario de la OCDE indica muy brevemente cuáles son esos derechos de autor y no deja clara la diferencia entre cesión de uso y transmisión de la propiedad. Ya hemos visto cómo la normativa fiscal norteamericana analiza con más detenimiento los derechos de autor a efectos fiscales y contiene normas específicas para deslindar la cesión de uso de la venta. En el Derecho español no existe normativa fiscal que establezca cuáles son los derechos de autor a efectos de la interpretación del concepto de canon de los CDI. Los derechos de autor sobre un programa de ordenador se contemplan en nuestra LPI ⁴².

⁴¹ Esta expresión está inspirada en el parágrafo 18 de la *Taxation Ruling* australiana 93/12 en el que se afirma que la licencia a usar derechos de autor sobre un programa implica que el propietario de tales derechos «autorice a otra persona a hacer lo que de otra forma sería una infracción del derecho de autor».

⁴² Los derechos de autor sobre un programa de ordenador figuran en el artículo 99 LPI y pueden resumirse en los siguientes: el derecho de realizar copias del programa de ordenador, el derecho de modificar, alterar o transformar el programa de ordenador, el derecho de distribuir al público el programa de ordenador. Además, el artículo 99 de nuestra LPI no tiene carácter exhaustivo, por lo que también es posible señalar otros derechos de autor no recogidos expresamente en la ley, como es el caso de los derechos de comunicación y difusión pública del programa.

En el Comentario al artículo 12, al igual que en las *regulations*, es de gran importancia distinguir entre la cesión de uso de derechos de autor sobre un programa y la cesión de uso del programa de ordenador sin derechos de autor. En la primera, es necesario que se cedan alguno o algunos de los derechos de autor, mientras que en la segunda no se produce la cesión de uso de ningún derecho de autor, sino que se adquiere, tan sólo, la propiedad del soporte que da cuerpo al programa y el derecho a la utilización del software con la posibilidad de efectuar una copia de seguridad. En consecuencia, ambos tipos de cesión merecen un tratamiento fiscal diferente hasta el punto de que tan sólo la cesión de uso de derechos de autor es la única que produce cánones según el Comentario de la OCDE.

4.2. Cesión de uso del programa sin derechos de autor («*The rights acquired in relation to the copyright are limited to those necessary to enable the user to operate the program*»).

Esta clase de transacciones se instrumentan a través de un contrato de licencia conocido como licencia de software empaquetado al vacío» (*shrink wrapped software license*)⁴³ por la que el adquirente dispone de los derechos necesarios para poder utilizar el programa de manera óptima y eficaz en cuanto usuario del mismo (ej. el derecho a efectuar copia de seguridad). El licenciatarlo único que adquiere en esta transacción es una copia del programa de ordenador o lo que se ha denominado en EE.UU. como un «producto protegido por los derechos de autor» (*copyrighted article*)⁴⁴. El licenciatarlo no adquiere, en cambio, derechos de autor sobre el programa en los términos fiscales que venimos comentando.

La OCDE afirma que los derechos adquiridos en una licencia *shrink wrapped* en relación con los derechos de autor están limitados a aquellos necesarios para permitir al usuario operar con el programa. La copia de seguridad es uno de estos derechos. Como indica la OCDE, la legislación de derechos de autor de la mayoría de los Estados permite automáticamente al usuario efectuar una copia de seguridad del programa sin necesidad de que figure expresamente en el contrato⁴⁵. Sin embargo, todavía existen legislaciones en las que, sin una mención expresa en el contrato que habilite a efectuar una copia de seguridad, la realización de la misma constituiría infracción de los derechos de autor. En nuestra opinión, el derecho a realizar una copia de seguridad previsto en la licencias de software no es un derecho de autor a efectos fiscales porque no implica la explotación comercial del programa, es decir, no autoriza a distribuir al público dicha copia. El supuesto comprador del

⁴³ Esta denominación se debe a que la «ruptura de la cubierta» (*tearing*), donde viene envuelto el software, podría suponer manifestación del consentimiento aceptando la oferta.

⁴⁴ Cfr. Regs. 1861-18 (b) (1) (ii).

⁴⁵ En el caso del Estado español, cfr. artículo 100.2 LPI.

programa tan sólo adquiere la propiedad del soporte físico o material en el que se contiene (v. gr. el CD en el que está grabado) pero, en ningún caso, es propietario del programa ni se le han cedido derechos de autor sobre el mismo ⁴⁶.

En este punto se requiere, a nuestro juicio, una mayor explicación del Comentario de la OCDE sobre el alcance de la explotación comercial de un derecho de autor, no sólo en relación con el derecho a efectuar copias, sino también con el resto de los derechos de autor sobre un programa. Esto significa que debe concretarse mejor cuándo la utilización de derechos de autor puede dar lugar a un canon y cuándo, por el contrario, tales derechos de autor se limitan al mero uso personal o profesional del programa pero no a su explotación comercial y, por lo tanto, sus rentas no son cánones. Las *software regulations* de los EE.UU. contienen alguna explicación más sobre el concepto de explotación comercial y los derechos de autor.

Esta clase de cesiones de uso que no implican derechos de autor a efectos fiscales pueden ir dirigidas a un usuario particular que utilice el programa para sus propias necesidades (cesión de uso personal) o a varias empresas que utilicen el programa directa o indirectamente en relación con la actividad que desarrollan (cesión de uso profesional) (ej. licencias otorgadas a las empresas que permiten la realización de una pluralidad de copias, tales como las *site licenses*, *enterprise licenses* o *network licenses*). Las rentas de una cesión de uso que no implica derechos de autor, ya sea ésta personal o profesional, no son cánones sino, más bien, beneficios empresariales del artículo 7 del MC OCDE. Ello se debe a que la cesión de uso no implica la cantidad necesaria de derechos de autor para estar en presencia de cánones, esto es, no implica derechos de autor con un contenido fiscal.

4.3. Venta de derechos de autor («The transfer of the full ownership of the rights in the copyright»).

La transmisión de la propiedad de los derechos de autor puede tener un alcance total o parcial. En el primer caso se transmite la propiedad de todos los derechos de autor referidos a una obra concreta. En el segundo, existe también una transmisión de la propiedad pero tan sólo de alguno o algunos de los derechos de autor referidos a dicha obra. Las rentas obtenidas con la transmisión total

⁴⁶ En este sentido el artículo 56 LPI resulta bastante ilustrativo cuando establece que «el adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este título, ningún derecho de explotación sobre esta última». Para indicar este extremo, en la práctica, las licencias de software suelen contener la siguiente redacción: «Usted únicamente es propietario de los discos y demás medios materiales en los que el software y las fuentes están grabados, pero la EMPRESA X, o quien le haya concedido la licencia, retiene la titularidad del software, documentación y fuentes correspondientes, así como de cualquier copia que pueda existir». Igualmente, las licencias de software suelen afirmar que, «salvo los extremos autorizados por el derecho aplicable, no puede descompilar, aplicar ingeniería inversa, desmontar o reducir por cualquier otro medio el software a una forma perceptible por el ser humano. NO puede modificar, instalar en red, alquilar, arrendar, prestar, distribuir o crear trabajos derivados a partir del software, en todo o en parte. NO puede transmitir electrónicamente el software de un ordenador a otro, o a través de una red».

o parcial de la propiedad de tales derechos no serían cánones, ya que la propia definición de canon de los CDI se refiere a cesión de uso como opuesta a transmisión de la propiedad ⁴⁷. Estas rentas serían, más bien, ganancias de capital del artículo 13 o beneficios empresariales del artículo 7 MC OCDE. Es importante subrayar que para estar ante una venta de derechos de autor no se requiere que la misma implique transmisión de todos los derechos de autor sobre una obra, sino que cada uno de ellos puede ser individualizado y transmitido en propiedad o en uso (teoría de la divisibilidad de los derechos de autor).

4.4. Contratos fronterizos entre la venta y la cesión de uso («*Extensive but partial alienation of rights*»).

El problema lo presentan aquellas situaciones fronterizas ubicadas en los umbrales de la venta y de la cesión de uso. Se trata de contratos que tienen elementos económicos de ambas figuras, por lo que es muy difícil determinar en cuál de las dos deben subsumirse ⁴⁸. La confusión se debe a que en este tipo de contratos se instrumenta una amplia cesión de uso de derechos de autor, por lo que no se cede uno de los derechos de autor de manera aislada y limitada, sino que se otorgan un gran número de ellos y con amplias facultades. Ante estas situaciones, la OCDE reconoce que es necesario estar al caso concreto, aunque, en general, parece mostrarse más partidaria de considerarlas antes ventas que cesiones de uso, por lo que sus pagos no serán cánones. La OCDE cita, como ejemplo de estos contratos, aquellos que comprenden un derecho exclusivo de utilización durante un cierto período de tiempo o para un área geográfica determinada, el pago de una contraprestación adicional en función de la utilización del programa y una contraprestación principal a tanto alzado. Como indica la OCDE, la naturaleza de la transacción es la de una enajenación y ésta no puede resultar modificada por la forma que adopte el pago, aunque se trate de un pago a plazos o se vincule a una determinada contingencia.

A nuestro juicio, estas transmisiones tan amplias de derechos de autor también deben ser consideradas ventas antes que cesiones de uso, por lo que sus rentas no serían cánones. No obstante, ante todo, habrá que realizar un análisis de los hechos y circunstancias que rodean a la tran-

⁴⁷ Con la salvedad, por ejemplo, del Convenio España-USA que considera cánones las ganancias derivadas de la enajenación de todos los bienes o derechos cuya cesión de uso genera cánones siempre que las ganancias procedentes de dicha enajenación se determinen en función de la productividad, uso o transmisión de tales bienes o derechos (*cfr.* art. 12.3 *in fine* CDI España-USA). A salvo de esta clase de excepciones, la mayoría de los CDI consideran que las rentas de una transmisión plena de derechos no son cánones.

⁴⁸ Los autores coinciden en señalar la naturaleza híbrida de estas transacciones. En la doctrina española *cfr.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «Los programas de ordenador, el MC OCDE y la posición española: algunas notas críticas», *Revista Crónica Tributaria*, núm. 103, 2002, págs. 80 y 81; CARMONA FERNÁNDEZ, N., «De la fiscalidad del software», *Tribuna Fiscal*, núm. 91, mayo 1998, pág. 79 y VAZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A., «Convenios de Doble Imposición y rentas derivadas de los programas de ordenador» en *Derecho Tributario e informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 104. En la doctrina extranjera, *cfr.* AULT, H. J., «The 1992 OECD Model Treaty: Treatment of Computer Software», *European Taxation*, Octubre, 1993, pág. 331.

sacción ⁴⁹. El problema es que el Comentario de la OCDE no proporciona unos criterios para determinar cuándo la transacción es venta o cesión de uso. Debido a esta carencia en el Comentario y a la imposibilidad de interpretar los conceptos de venta y cesión de uso de acuerdo con el contexto de un CDI, se hace necesario el recurso a la ley interna de los Estados, lo que podría suponer una diversidad de interpretaciones y el consiguiente riesgo de doble imposición o doble no imposición. Por ello, consideramos que el Comentario de la OCDE debería ser reformulado y que, al respecto, se podrían tener en cuenta las pautas que la legislación de algunos Estados han dado para distinguir estas figuras, como es el caso de la prueba de todos los derechos sustanciales que contempla la legislación norteamericana (*all substantial rights test*).

4.5. Know-how y prestaciones de servicios informáticos («to supply information about the ideas and principles underlying the program, such as logic, algorithms or programming languages or techniques»).

El Comentario de la OCDE al artículo 12 contiene varios criterios para distinguir el *know-how* de las prestaciones de servicios ⁵⁰. Esto se debe a que, en el Modelo y en la mayoría de los CDI, las rentas por prestaciones de servicios no son cánones, mientras que las rentas por una cesión de uso de *know-how* sí tienen tal carácter ⁵¹. Una clase de prestaciones de servicios son los servicios informáticos, que pueden ir desde la instalación de un software hasta su posterior mantenimiento y suministro de actualizaciones. El problema consiste en delimitar en qué casos los servicios informáticos son prestaciones de servicios o, por el contrario, pagos por informaciones secretas no patentadas o *know-how*. En relación con los programas de ordenador, el Comentario cita como ejemplo de *know-how* el caso en el que se transmiten ideas o principios subyacentes al programa, tales como lógica, algoritmos o técnicas o lenguajes de programación, con la condición mantener las mismas en secreto ⁵².

⁴⁹ Algunos autores para determinar en qué casos estas transacciones son ventas o cesiones de uso han utilizado una serie de criterios, a nuestro juicio, acertados, aunque tan ambiguos y generales como los del Modelo. VOGEL afirma que la diferencia decisiva para saber ante qué tipo de transacción nos encontramos consiste en estudiar el grado en que el licenciatario atribuye la posesión al licenciatario (cfr. VOGEL, K., *On Double Taxation Conventions*, Kluwer Law Internacional, 3.ª ed., London, 1997, págs. 787 y 788 (m.no. 44)). DE HOSSON menciona la necesidad de determinar el valor que tienen para el transmitente los derechos que ha transmitido (cfr. DE HOSSON, F. C., «Taxation of Cross-Border Software Payments (Article 12)», *Intertax*, núm. 12, diciembre, 1992, pág. 684). LOKKEN se refiere a los orígenes económicos de las rentas procedentes de la propiedad intelectual como criterio para deslindar la venta de la cesión de uso [cfr. LOKKEN, L., «The Sources of Income From International Uses and Dispositions of Intellectual Property», 36 *Tax Law Review*, 233, 247 (1981)].

⁵⁰ Sobre las diferencias entre *know-how* y prestaciones de servicios en el Comentario de la OCDE y los problemas planteados en los CDI españoles, vid. nuestros trabajos GARCÍA HEREDIA, A., «Who knows the riddle of *know-how*? Spain becomes entangled in the web of intangibles», *European Taxation*, n.º 3, March, 2005, págs. 103-112 y «El *know-how* en los convenios de doble imposición: el caso del Opel Corsa», *Revista de Información Fiscal*, n.º 64 (Julio-Agosto 2004), págs. 11-56.

⁵¹ Existen algunas CDI en los que las rentas por prestaciones de servicios se incluyen en el artículo de los cánones [vid. Convenios españoles con Brasil (1974), Suecia (1976), Italia (1977), Marruecos (1978), EE.UU. (1990), Australia (1992), Argentina (1992), India (1993), Noruega (1999)].

⁵² Cfr. parágrafos 11.5 y 14.3 del Comentario al artículo 12 MC OCDE.

4.6. Contratos mixtos («*Mixed contracts*»).

La figura del contrato mixto encuentra aplicación en diversas rentas de la fiscalidad internacional y, en relación con los cánones, se presenta en ámbitos como los programas de ordenador (parágrafo 17) el *know-how* (parágrafo 11.6) o las representaciones artísticas (parágrafo 18). Según el Comentario de la OCDE al artículo 12 (parágrafo 11.6), el contrato mixto se debe resolver, en principio, aplicando a cada prestación del contrato el régimen fiscal que le corresponda. Para ello, es necesario descomponer la cuantía del pago y determinar qué rentas pertenecen a cada una de las prestaciones. Este fraccionamiento o descomposición del contrato debe efectuarse con base en las informaciones contenidas en el contrato y, cuando éstas no sean suficientes, el fraccionamiento se hará por medio de un reparto razonable. En otras ocasiones, es necesario aplicar a toda la renta del contrato mixto el mismo régimen fiscal, con independencia de la diversa naturaleza que puedan tener las prestaciones que contiene ⁵³. La aplicación de esta última regla tiene lugar: a) cuando una de las prestaciones convenidas constituye, con mucho, el «objeto principal del contrato» (*principal purpose of the contract*), mientras que las otras prestaciones previstas no tiene más que un «carácter accesorio y de escasa importancia» (*ancillary and largely unimportant character*) y b) cuando no sea posible fraccionar o descomponer el contrato.

En relación con los programas de ordenador, el Comentario cita dos ejemplos de contrato mixto (parágrafo 17), esto es, la adquisición de un equipo informático (hardware) que incorpore programas de ordenador y el contrato de cesión de uso de programas de ordenador con prestaciones de servicios incluidas. En el primer supuesto, el problema se suele plantear en relación con el software operativo o de sistema que va incorporado a un determinado equipo (hardware). Esto se debe a que las rentas procedentes de un equipo suelen contener también las relativas a ese software operativo que ya lleva incorporado la máquina (*bundled software*). A nuestro juicio, de acuerdo con la reglas de la OCDE sobre los contratos mixtos, habría que someter la remuneración por el software operativo al mismo régimen fiscal aplicable al hardware. Ello es así porque la prestación principal consiste en la venta de un equipo y no en la de los programas operativos que lleva incorporados ⁵⁴. El segundo de los ejemplos que señala la OCDE se produce cuando el contrato contiene, junto con la cesión de uso de un software, toda una serie de prestaciones de servicios relativas al mismo, tales como la instalación del software o los servicios de mantenimiento y asesoramiento informático. La prestación principal es la cesión de uso de software, mientras que las prestaciones de servicios sobre el mismo tienen más bien un carácter accesorio ⁵⁵. Por lo tanto, al igual que en el caso anterior, se debe aplicar a toda la remuneración el régimen fiscal que corresponda a la prestación principal.

⁵³ Esta última suele ser la opción más frecuente. En palabras de VAN DER LAAN estaríamos ante el «principio de sustancia económica» (*principle of economic substance*), en cuya virtud todo lo que sea tratado económicamente como una unidad también debe ser tratado fiscalmente como tal (cfr. VAN DER LAAN, «Computer software in international tax law», ob. cit., pág. 268).

⁵⁴ Por ejemplo, un avión tiene incorporado todo un software que permite controlar las funciones de la aeronave, sin embargo, el pago del contrato se realiza principalmente por el avión y no por el software que lleva incorporado. Lo mismo sucede con muchos otros bienes que tienen incorporado un software que permite su utilización y desarrollo, tales como máquinas de escribir, calculadoras, fotocopiadoras, teléfonos, cajeros, televisiones, etc. En estos casos, los pagos no se efectúan en contraprestación del programa de ordenador incorporado sino del bien tangible en sí.

⁵⁵ Al respecto cfr. RTEAC de 22 de febrero de 1995 (JT 1995/459) y RDGT de 12 de junio de 1995.

4.7. Pagos del comercio electrónico.

El 28 de enero de 2003 tuvo lugar una importante modificación del Comentario al artículo 12 del MC OCDE debido a las particularidades que plantea el comercio electrónico en relación con los cánones. El objeto de las transacciones electrónicas puede ser cualquier producto digital adquirido a través de Internet, es decir, «descargado electrónicamente» (*electronically downloaded*). Por tanto, estas reglas se aplican no sólo a programas de ordenador, sino también a cualquier otro tipo de productos digitales, tales como imágenes, sonidos o texto adquiridos vía Internet. En este sentido los párrafos 17.1-17.4 del Comentario plantean el problema de la calificación fiscal que merecen los pagos producidos en el seno del comercio electrónico para delimitar los supuestos en los que dichos pagos deben ser calificados como cánones. Estos nuevos párrafos han sido el resultado del trabajo llevado a cabo por el grupo de expertos de la OCDE dedicado a la calificación de las rentas procedentes del comercio electrónico (*Technical Advisory Group on Treaty Characterisation issues arising from e-commerce*).

El propio Comentario al artículo 12 indica que los principios expuestos para los programas de ordenador son también aplicables a los productos digitales del comercio electrónico. En este sentido se contempla también el principio de irrelevancia de la forma, ya que la particularidad del medio utilizado en la contratación –Internet– no motiva un tratamiento fiscal diferente. Lo relevante para saber cuándo tales rentas son cánones es, de nuevo, la causa del contrato, es decir, la razón por la cual se efectúa el pago. Del Comentario al artículo 12 que se refiere a las transacciones electrónicas se pueden extraer dos posibles transacciones y assimilarlas a la terminología utilizada con los programas de ordenador:

- Cesión de uso del producto digital sin derechos de autor (*«The payment is essentially for the acquisition of data transmitted in the form of a digital signal»*) (párrafos 17.2 y 17.3). En este supuesto se adquieren productos digitales a través de Internet pero sin ánimo de explotarlos comercialmente, es decir, para un uso o divertimento exclusivo del adquirente, para sus propias necesidades, ya sean éstas personales o profesionales. Por tanto, no se produce la cesión de uso de ningún derecho de autor sino tan sólo una cesión de uso del producto digital. Ésta es la naturaleza que tienen los pagos efectuados por descargar de Internet una canción, una imagen, un videojuego o cualquier otro producto digital. El adquirente almacena este producto en el disco duro de su ordenador, en la memoria RAM, en un CD o en cualquier otro soporte.

La OCDE dedica unas cuantas líneas para dejar claro que la copia del producto digital, que es necesaria para poder descargarlo electrónicamente, no implica la utilización de derecho de autor por el cliente. Dicha copia es tan sólo necesaria para poder adquirir el producto de Internet, es decir, para que éste pueda ser «capturado y almacenado» (*captured and stored*). La OCDE pone de manifiesto cómo la realización de esta copia implica, según la legislación de algunos Estados o las cláusulas de ciertos contratos, el uso de derechos de autor por el cliente. En cualquier caso, ya se considere que dicha copia implica o

no derechos de autor, el pago se efectúa por la simple adquisición del producto digital pero no por la explotación comercial del mismo. De esta manera, en una cesión de uso personal o profesional, al no existir en puridad cesión de uso de derechos de autor, las rentas no serían cánones, sino que podrían ser beneficios empresariales del artículo 7 del MC OCDE.

- Cesión de uso de derechos de autor («*Consideration for the payment is the granting of the right to use a copyright in a digital product*») (parágrafo. 17.4). En este supuesto, a diferencia del anterior, la descarga de Internet de un producto digital se efectúa con el fin de proceder a una explotación comercial del mismo. Para ello es necesaria la cesión de uso de derechos de autor, por lo que los pagos referentes a este tipo de «descargas» sí serían cánones. La OCDE señala como ejemplo la adquisición por Internet de una imagen con el fin de estamparla en la portada de un libro que va a ser publicado. Esto no se puede realizar sin una previa cesión del uso de derechos de autor en relación con la imagen que va a ser utilizada en la cubierta del libro, por lo que es necesario ceder el uso del derecho a reproducir y distribuir dicha imagen.

5. LA POSICIÓN ESPAÑOLA

La posición española sobre la calificación de las rentas del software en los CDI se estudiará, por un lado, en relación con la observación española efectuada al Comentario al artículo 12 del MC OCDE (observación núm. 28) y, por otro, en relación con las resoluciones judiciales y administrativas sobre la materia. En ambos casos, se analizará la posición mantenida por España teniendo en cuenta las desviaciones que presenta con respecto al Comentario de la OCDE al artículo 12.

5.1. La observación española a los Comentarios de la OCDE.

El Estado español desde 1992 ha formulado dos importantes observaciones sobre programas de ordenador al Comentario al artículo 12 del MC OCDE. La primera se ha mantenido inalterable a lo largo de más de diez años, desde el MC OCDE de 1992 hasta su versión del 2003. La segunda se ha formulado a partir de esta última fecha y es la que actualmente está vigente.

- Observación núm. 28 (MC OCDE 1992-2000): España, al igual que la OCDE, considera cánones los pagos referentes a la cesión de uso de derechos de autor sobre un programa de ordenador. La diferencia está en que España, además, también considera cánones los pagos por la cesión de uso personal o profesional de los programas que no implican derechos de autor. En consecuencia, para el Estado español, tanto si se ceden derechos de autor sobre el programa como si se cede simplemente el uso del mismo –ya sea con

finés personales o profesionales—, las rentas referentes a dichas transacciones serán cánones. Por el contrario, la OCDE sólo considera cánones las rentas procedentes de una cesión de uso de derechos de autor pero, en ningún caso, las relativas a una simple cesión de uso del programa.

- Observación núm. 28 (MC OCDE 2003): al igual que en la anterior observación y siguiendo a la OCDE, España continúa considerando cánones las rentas procedentes de una cesión de uso de derechos de autor. La novedad consiste en que sólo van a tener la consideración de cánones —junto con la cesión de uso de derechos de autor— los pagos procedentes de una cesión de programas de ordenador para uso profesional siempre que tales programas «no estén absolutamente estandarizados sino, de alguna forma, adaptados al comprador»⁵⁶. Esta nueva observación restringe más el concepto de canon para los programas de ordenador, pues ahora se exigen dos requisitos para que las rentas por cesión de uso de software sin derechos de autor se califiquen como cánones:
 - La cesión de uso debe ser para fines profesionales y no personales.
 - La cesión de uso debe tener por objeto una clase concreta de programas de ordenador, aquellos que no estén absolutamente estandarizados sino, de alguna forma, adaptados al comprador.

La observación española de 2003 excluye del concepto de canon los pagos referentes a cesiones de uso personales y, lo que es más importante, presta atención a la clase de programa de ordenador. Por el contrario, para la OCDE, el hecho de estar en presencia de un programa estándar o de un programa hecho a medida no supone un trato fiscal diferente. A nuestro juicio, esta observación plantea problemas cuando se refiere a una clase de programas de ordenador en términos tan ambiguos, esto es, «programas que no estén absolutamente estandarizados sino, de alguna forma, adaptados al comprador». Por otro lado, parece que la nueva observación se acerca un poco más a la posición mantenida en el Comentario de la OCDE debido a que excluye del concepto de canon la cesión de uso de software con fines personales, por lo que se van eliminando transacciones en las que no se negocia con derechos de autor en sentido fiscal. A pesar de ello, extraño sería que, incluso con la antigua observación, se calificaran como cánones unas rentas procedentes de una simple cesión de uso personal del software, como puede ser la que tiene lugar cuando un particular adquiere para su propio uso un programa de ordenador por medio de una licencia *shrink wrapped*.

⁵⁶ Además de España son varios los Estados que han formulado observaciones en este sentido. Méjico realiza una observación muy similar a la española pero con la importante diferencia de que no limita la cesión de uso profesional a un tipo concreto de software. Eslovenia afirma lo mismo que decía antes España pero restringe la cesión de uso profesional a los mismos programas a los que ahora la restringe nuestro país. La observación de Grecia mantiene la misma redacción que tenía la antigua observación española. Corea tiene una observación un tanto anómala con relación al resto de las comentadas, ya que no repara en las distintas cesiones de uso sino que se limita a decir que la transferencia de *know-how* a través de programas de ordenador es un canon. Además, Polonia y Portugal efectuaron una reserva (parágrafo 43) afirmando que tratarán como cánones las rentas procedentes del software siempre que no deriven de una total transferencia de los derechos sobre el mismo.

5.2. La aplicación administrativa y jurisprudencial de los cánones del software.

La gran mayoría de los pronunciamientos españoles consideran cánones las rentas de una simple cesión de uso de software en la que no se produce cesión alguna de derechos de autor sobre el mismo. Ésta es la línea que viene manteniendo el Estado español a través de las observaciones al Comentario al artículo 12 del MC OCDE. Los órganos judiciales y administrativos españoles no limitan el concepto de canon a la cesión de uso de derechos de autor sobre un programa de ordenador, sino que, para gravar un mayor número de rentas en la fuente, se amplía el concepto de canon a los pagos por la simple cesión de uso de un programa de ordenador que no implica derechos de autor.

5.2.1. La clase de programa de ordenador.

La IFA y la OCDE han dejado claro que la clase de programa de ordenador no debería influir en la calificación de sus rentas en los CDI, sin embargo, la observación española de 2003 presta especial atención a una clase concreta de programa de ordenador. La jurisprudencia y doctrina administrativa también han considerado que la clase de software es determinante para definir a una renta como canon, hasta el punto de afirmar que el software estándar no puede generar cánones⁵⁷. Estos pronunciamientos, teniendo en cuenta que los cánones del software deben ser rentas que deriven de la cesión de uso de derechos de autor, han considerado que sólo el software específico puede dar lugar a ellos, por ser éste, según los tribunales, el único susceptible de ser protegido por tales derechos. En nuestra opinión, los pronunciamientos españoles en materia fiscal que han considerado que los derechos de autor sólo protegen a los programas específicos pero no a los estándar no han interpretado de manera adecuada la protección que dispensa la propiedad intelectual. Los programas de ordenador se protegen por la propiedad intelectual con independencia de su clase (*vid.* 2.3). En relación con los programas originales y adaptados los pronunciamientos no hacen distinciones en cuanto a la calificación de sus rentas, por lo que en esta materia existe una igualdad de trato fiscal entre ambos⁵⁸.

⁵⁷ *Vid.* RRDGT de 29 de agosto de 2001 (NFC013022) y 16 de mayo de 2002 (NFC016537), la RTEAC de 25 de septiembre de 1991 (NFJ001347) (Considerando 5.º) y las SSAN de 28 de febrero y 16 de mayo de 1995 (FFDD 5.º y 4.º, respectivamente) dictadas en el caso «Opel». En la línea de considerar que el software estándar no produce cánones, se muestra también ahora la nueva observación española núm. 28 al Comentario de la OCDE sobre el artículo 12 del Modelo.

⁵⁸ *Vid.* RRDGT de 1 de noviembre y 11 de noviembre de 1991 en la que se señala que «un programa adaptado, sigue siendo, como el programa original», propiedad de la empresa que lo cede. En la misma línea, la RDGT de 6 de junio de 2003 (NFC018175) indica que «el suministro de nuevas versiones de los programas, ligeramente mejoradas, tiene la misma naturaleza que se acaba de analizar para la cesión de los derechos sobre los programas en sí mismos y, por tanto, seguirá su mismo tratamiento». La igualdad de trato fiscal entre los programas originales y derivados se confirma también en el artículo 96.3 LPI cuando se afirma que la protección otorgada a los programas de ordenador también se extiende a cualesquiera versiones sucesivas del programa así como a los programas derivados, salvo aquellas creadas para ocasionar efectos nocivos en un sistema informático.

5.2.2. Las prestaciones de servicios informáticos y las bases de datos.

Se ha planteado si las rentas por prestaciones de servicios sobre programas de ordenador deben recibir la misma calificación que las rentas por el respectivo programa de ordenador. El objeto de estos contratos no sería el software en sí mismo, sino unas determinadas prestaciones de servicios que recaen sobre el software.

En todos los pronunciamientos analizados está claro que las prestaciones de servicios sobre el software no están incluidas en el concepto de software, por lo que una cosa son los programas de ordenador y otra los servicios relativos a los mismos. El error se produce cuando los tribunales consideran que las rentas por servicios informáticos son cánones debido a que se configuran como «informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas»⁵⁹. En nuestra opinión, debería estar claro que el *know-how* y las prestaciones de servicios no son lo mismo. Los tribunales deberían haber tenido en cuenta el Comentario al artículo 12 del MC OCDE en el que se pone un gran énfasis en la distinción entre *know-how* y prestaciones de servicios⁶⁰.

Otra de las cuestiones que plantean las prestaciones de servicios sobre programas de ordenador es en relación con los contratos mixtos. En muchas ocasiones, en un solo contrato y bajo una misma contraprestación se incluyen tanto la cesión material del software como toda una serie de prestaciones asociadas a la misma, que pueden ir desde la instalación física del programa hasta servicios posteriores de mantenimiento. La solución para estos casos es diferente en el Comentario al MC OCDE y en los pronunciamientos españoles. Con base en el Comentario al artículo 12 de la OCDE, la cesión de uso del software no podría generar cánones por no implicar cesión alguna del uso de derechos de autor, ya que se trata, tan sólo, de una cesión de software para un uso normalmente empresarial o industrial, pero no para una explotación comercial del mismo. Igualmente, de acuerdo con el Comentario de la OCDE, las prestaciones de servicios tampoco pueden generar cánones, pues éstas se deben distinguir de las rentas del *know-how*, las cuales sí tendrían la calificación de cánones⁶¹. Todo lo contrario sucede en los pronunciamientos españoles que, en la línea de la observación española al Comentario, consideran que la simple cesión de uso de un software da lugar a un canon y, en consecuencia, si existen prestaciones de servicios sobre el mismo deberán tener también tal carácter por aplicación de la doctrina del contrato mixto⁶².

⁵⁹ Vid. STS de 24 de octubre de 1998 (NFJ007030), SAN de 23 de noviembre de 2000 (NFJ010296), Sentencias de la Audiencia Territorial de Madrid de 11 y 13 de noviembre de 1985 y RTEAC de 25 de septiembre de 1991 (NFJ001347).

⁶⁰ Vid. párrafos 11-11.6 del Comentario al artículo 12 MC OCDE.

⁶¹ Véase nota anterior.

⁶² Vid. RRTEAC de 22 de febrero de 1995 (JT 1995/459) y 18 de marzo de 2003 (JUR 2003/163427) y RRDGT de 22 de julio de 1998 y 12 de junio de 1995.

Algunos pronunciamientos también han abordado contratos cuyo objeto consiste en la utilización de bases de datos ⁶³. Los tribunales han considerado que los pagos por la utilización de bases de datos deben ser cánones por tratarse de una cesión de uso de programas de ordenador ⁶⁴. Por su parte, la DGT ha exigido que el acceso a las bases de datos se configure de una forma determinada para estar en presencia de un canon. En este sentido ha afirmando que es necesario que la empresa que accede a la base de datos no se limite a un acceso pasivo o de simple acumulación sino que, de alguna forma, debe participar de manera activa y propia en dichos datos ⁶⁵.

5.2.3. La naturaleza jurídica de las transacciones como venta o cesión de uso.

La gran mayoría de los pronunciamientos no han reparado en las diferentes clases de cesiones de uso a las que nos hemos referido –personales, profesionales y para una explotación comercial– ⁶⁶, sino que, simplemente, contraponen cesión de uso a transmisión de la propiedad. No importa si la cesión de uso implica o no derechos de autor, lo relevante para que la renta sea canon es que no se trate de una transmisión de la propiedad. Ésta ha sido la trayectoria de gran parte de la doctrina de la DGT ⁶⁷ y del TEAC ⁶⁸ que ha considerado cánones las rentas procedentes de una cesión de uso de software, hubiera o no implicados derechos de autor en dicha cesión. Ésta es la misma postura que viene manteniendo el Estado español a través de las observaciones al Comentario al artículo 12 del MC OCDE.

⁶³ La protección jurídica de los programas de ordenador es diferente de la correspondiente a las bases de datos (cfr. BERCONVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo 10.2», en la obra *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1997, pág. 194 y Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos). Las bases de datos pueden contener todo tipo de elementos, incluso obras que a su vez estarán protegidas por los derechos de autor, no obstante, a las bases de datos se dispensa una protección especial en cuanto conjunto o unión de varios elementos que pueden ser independientes (cfr. BERCONVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La protección jurídica de las bases de datos», *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 1, 1999, págs. 11 y ss.).

⁶⁴ Vid. SAN de 20 de julio de 2000 (JT 2001/9) y RRTEAC de 11 de febrero de 1997 (JT 1998/1963), 11 de junio de 1997 (JT 1997/946) y 23 de julio de 1997 (NFJ005857).

⁶⁵ Vid. RRDGT de 24 de julio de 1987 y 3 de febrero de 1988. Ambas Resoluciones afirman que «si el proceso de los datos sobre las diferentes funciones empresariales mecanizadas se efectúa por el Centro de Ordenadores de la Compañía británica utilizando la empresa española los terminales del sistema únicamente para alimentar el mismo y contener la información procesada», se trataría de un prestación de servicios. Por el contrario, si la empresa española «realiza por sí misma, aplicaciones específicas utilizando al efecto equipo, programas o conocimientos reservados cedidos por la Compañía británica», los pagos efectuados serían cánones.

⁶⁶ Tan sólo en algún pronunciamiento aislado se repara, muy sucintamente, en las diferentes clases de cesiones de uso (vid. RRDGT de 9 de junio de 1997 y 14 de marzo de 1994).

⁶⁷ Vid. RRDGT de 1 de noviembre de 1991, 11 de noviembre de 1991, 14 de marzo de 1994, 11 de julio de 1997, 22 de julio de 1998, 31 de julio de 1998, 16 de noviembre de 1999, 17 de abril de 2000, 18 de abril de 2000, 29 de agosto de 2001, 12 de abril de 2002 ó 10 de mayo de 2002. Consúltense por todas la de 29 de agosto de 2001 (núm. 1602-01, NFC013022). Otras Resoluciones más recientes, como la de 6 de junio de 2003 (NFC018175), parecen ya seguir la postura española de la nueva observación.

⁶⁸ Vid. RRTEAC de 22 de febrero de 1995 (JT 1995/459) y 18 de marzo de 2003 (JUR 2003/163427).

La contraposición entre la cesión de uso y la transmisión de la propiedad ha adquirido un especial relieve en las sentencias que se refieren al que se podría denominar como el caso del «Opel Corsa»⁶⁹. Esta jurisprudencia discute la calificación de los pagos referentes a los contratos suscritos entre la empresa alemana «Opel» y la española «General Motors». En virtud de estos contratos, la empresa alemana cedía a la española una serie de programas de ordenador específicos para ser utilizados en la fabricación de vehículos y, a cambio, la empresa española, previa ampliación de su capital social mediante la aportación de los citados programas, le entregaría a la empresa alemana acciones totalmente desembolsadas. Este contrato se califica como una operación societaria que se realiza a través de la aportación *in natura* de un software específico que aporta la empresa alemana y que es retribuido con acciones de la empresa española.

La AN considera que hay cánones debido a que el software objeto del caso es de carácter específico. La Audiencia afirma que este software es el único que protege nuestra LPI, ya que esta ley no permite la transmisión de la propiedad de los programas de ordenador sino, tan sólo, una cesión de uso de los mismos. Por el contrario, el TS casa la Sentencia de la Audiencia y considera que no estamos en presencia de cánones, porque del contenido del contrato se desprende que las partes no pretendían una transmisión de la propiedad sino, tan sólo, una cesión de uso. En este caso, el TS mantuvo la que se ha denominado «tesis de la indeferencia», en cuya virtud no tiene sentido cuestionarse si ha existido una cesión de uso o una transmisión de la propiedad por tratarse de una operación societaria con aportación *in natura* de una serie de programas de ordenador⁷⁰. En palabras del Magistrado, «toda aportación social *in natura*, cualquiera que sea su naturaleza, genera incrementos o disminuciones patrimoniales, y nunca rendimientos»⁷¹. En consecuencia, es indiferente que la aportación consista en la transmisión de la titularidad o en ceder su uso, debido a que la contraprestación de tal aportación nunca será una renta o rendimiento para la empresa alemana aportante sino un incremento de patrimonio. El Magistrado indica además que, según el Comentario 5 al artículo 13 del MC OCDE, las aportaciones sociales son consideradas como ganancias de capital⁷².

⁶⁹ Esta empresa ha motivado un gran número de pronunciamientos judiciales en relación con los cánones, pero ahora solamente nos referimos a los pronunciamientos sobre los contratos suscritos por «Opel» cuyo objeto eran programas de ordenador, por lo que no se tratan aquí los contratos suscritos por dicha empresa relativos al *know-how* y las prestaciones de servicios. En relación con los programas de ordenador, cuando hablamos del caso «Opel», podemos citar las SSAN 28 de febrero de 1995 (JT 1995/155) y 16 de mayo de 1995. Por su parte, el Tribunal Supremo ha dictado en casación, respectivamente, las Sentencias de 8 de abril de 2000 (2000/3773) y 3 de junio de 2000 (NFJ009860).

⁷⁰ Esta postura fue manifestada por el Magistrado GOTA LOSADA en el voto particular a la STS 8 de abril de 2000 (2000/3773) y, posteriormente, dicha postura ha configurado el contenido de la STS 3 de junio de 2000 (NFJ009860), en la que GOTA LOSADA figuraba aquella vez como ponente.

⁷¹ El voto particular contiene extensos fundamentos de derechos dedicados a justificar la diferencia entre rendimientos y ganancias de patrimonio. A lo largo de los mismos se realiza un amplio recorrido histórico por la legislación interna española que se remonta, incluso, al Impuesto General de la Renta de 1967 (*vid.* FFDD 3 y ss.).

⁷² La doctrina ha manifestado diferentes opiniones sobre esta jurisprudencia. MARTÍN JIMÉNEZ ha considerado acertado el voto particular (*vid.* «Los programas de ordenador, el MC OCDE y la posición española: algunas notas críticas», *ob. cit.*, pág. 93). CARMONA FERNÁNDEZ ha indicado que lo más correcto hubiera sido calificar a las rentas como cánones al estar en presencia de una cesión de uso. De suerte que lo único que perseguía la empresa era encubrir dicho contrato bajo la apariencia de una compraventa y conseguir así la no imposición en la fuente (*cfr.* «La problemática fiscal de los cánones y *know-how*» en la obra *Algunos aspectos problemáticos en la fiscalidad de no residentes*, Documentos del Instituto de Estudios Fiscales, DOC. N.º 24/02, IEF, Madrid, 2001, pág. 11).

A nuestro juicio, en la jurisprudencia examinada nos encontramos en presencia de esa clase de transacciones situadas entre la cesión de uso y la transmisión de la propiedad. Son cesiones de uso que albergan un contenido tan amplio que pudiera aproximar los derechos del cesionario a los de un comprador, por lo que se requiere un análisis detallado de los contratos discutidos examinando con minuciosidad los derechos y obligaciones transmitidos por las partes. Finalmente, si no es posible llegar a una solución con base en los mismos, el Comentario de la OCDE se inclina por considerar que sus rentas están más próximas a una transmisión de la propiedad ⁷³.

6. CONCLUSIONES

El Comentario de la OCDE al artículo 12 del Modelo distingue entre la cesión de uso de derechos de autor sobre un programa de ordenador y la mera transmisión de un programa que no implica derechos de autor y considera que sólo da lugar a cánones la primera de ellas. El problema es que el Comentario no define claramente la diferencia entre cesión de uso y transmisión de la propiedad ni el contenido que deben tener los derechos de autor sobre un programa. Las *software regulations* de los EE.UU., por el contrario, sí regulan con más detalle estas cuestiones, por lo que las mismas podrían tenerse en cuenta para reformular el Comentario de la OCDE. Si los Comentarios de la OCDE pueden funcionar, de algún modo, como contexto de un CDI, el hecho de que el Comentario no desarrolle en profundidad estas cuestiones podría suponer que, de acuerdo con el artículo 3.2 del MC OCDE, se debiera acudir a la ley interna de los Estados. Esto provocaría el problema de determinar qué Estado debe calificar la renta o, si se concluye que ambos Estados pueden calificarla, el problema podría ser una doble imposición o doble exención.

Del estudio del Comentario de la OCDE al artículo 12 se desprenden, no obstante, dos cuestiones generales de gran interés. En primer lugar, las reglas previstas para los programas de ordenador se pueden extender también a cualquier otra obra protegida por los derechos de autor, con independencia del medio por el cuál se transmita. Esto significa que, para determinar si una renta es canon en los CDI, las reglas de calificación aplicables a un libro o a un programa de ordenador serán las mismas, por lo que los principios enunciados en el Comentario deberían ser formulados de un modo más general. En segundo lugar, se debe señalar que la determinación de los derechos de autor, a los efectos de establecer cuándo existe un canon, difiere del contenido que a tales derechos les atribuyen las leyes materiales de propiedad intelectual. Por ello, debería distinguirse entre derechos de autor fiscales y materiales, pues sólo ante una cesión de uso de los primeros las rentas serían cánones. El criterio que serviría para efectuar esta distinción sería el de la explotación comercial de los derechos. Por ejemplo, mientras que el derecho a efectuar una copia es un derecho de autor, en muchas leyes de propiedad intelectual, no lo es, sin embargo, a efectos fiscales, pues, para ello, se exige que la realización de copias se acompañe además del derecho de distribuirlas al público, es decir, se requiere una explotación comercial de la obra.

⁷³ Cfr. parágrafo 16 del Comentario al artículo 12 MC OCDE.

En cuanto a la posición mantenida por el Estado español en materia de cánones, ésta ha sido desde siempre la de un Estado importador de tecnología y, por lo tanto, su postura es la de ampliar el concepto de canon para incluir en su ámbito el mayor número posible de rentas. La jurisprudencia y doctrina administrativa tienen claro que las transmisiones de propiedad no producen cánones y se mantienen en la línea de las observaciones españolas considerando que todas las cesiones de uso de software dan lugar a un canon, con independencia de que se hayan cedido o no derechos de autor. Por otra parte, los pronunciamientos españoles confunden los contratos que tienen por objeto *know-how* de aquellos que consisten en meras prestaciones de servicios y afirman que son cánones los pagos por prestaciones de servicios informáticos al entender que las prestaciones de servicios son «informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas». Estos casos se habrían resuelto mejor si las autoridades españolas hubieran tenido en cuenta las diferencias entre *know-how* y prestaciones de servicios en el Comentario de la OCDE al artículo 12.

TRIBUTACIÓN	INTERNET COMO ZONA FRANCA DE TRIBUTACIÓN EN ESTADOS UNIDOS	Núm. 53/2005
-------------	---	-----------------



UBALDO GONZÁLEZ DE FRUTOS

Inspector de Hacienda

Extracto:

EN este artículo se examina el tratamiento fiscal del comercio electrónico en EE.UU., una cuestión que puede resumirse en la idea «Internet, *tax free zone*», y que suele citarse con nostalgia cuando se compara con la situación a este lado del Atlántico, aunque su contenido y fundamento no se conocen demasiado. El hecho es que, frente a la solución que adoptamos en Europa de aclimatar la Nueva Economía a las estructuras preexistentes en la imposición indirecta, en EE.UU. prohibieron establecer tributos sobre el acceso a Internet y, por diversas razones, dejaron normalmente exentos a los bienes y servicios que se prestan o negocian por medio de la red. De esta manera, el comercio electrónico raramente va a estar gravado en el impuesto indirecto, conformando una situación claramente ventajosa. En la génesis de esta situación confluyen ideas políticas sobre el no intervencionismo estatal, presiones de la industria para postergar lo más posible la imposición sobre la nueva economía de manera que se favorezca su desarrollo y limitaciones técnico-jurídicas sobre la imposición sobre el comercio a distancia en general, que se han materializado hasta ahora en tres leyes de moratoria temporal de los gravámenes sobre Internet. Sin embargo, la cuestión dista mucho de estar resuelta con carácter definitivo, sobre todo porque el galopante déficit norteamericano presiona a las Haciendas federal y estatales, que ven en este sector una fuente de ingresos en la que desearían participar, a la vez que el comercio tradicional denuncia la desleal discriminación que está sufriendo. A la conclusión del artículo se hace un inventario de las tensiones que están afectando a la prohibición y se evalúan las posibilidades de que se «regularice» la situación tributaria de Internet en EE.UU.

Frente a otros sistemas tributarios como el español, donde la nueva realidad económica que supone la sociedad de la información ha sido aclimatada a los esquemas tributarios anteriores a esta revolución tecnológica con soluciones más o menos creadas *ad hoc*, en EE.UU. se vive una situación distinta, que podríamos denominar de indefinición, en que razones técnicas y políticas se alían para mantener, mientras se decide qué hacer, una moratoria sobre los tributos indirectos relacionados con Internet que podrían constituir *virtualmente* una zona franca tributaria.

El régimen jurídico vigente en EE.UU. tipifica legalmente a la Red como *Tax Free Zone*, y prohíbe el establecimiento y exigencia de impuestos por el acceso a Internet en cualquiera de sus modalidades tecnológicas, a la vez que declara exentos los servicios suministrados *on-line*, ya sean servicios propiamente llamados electrónicos como la compra de un antivirus en Panda o Symantec o la descarga de canciones en i-Tunes, ya se trate de los servicios tradicionales que se prestan a través de la red, como la reserva de vuelos en Travelocity o entradas de teatro en Ticketmaster. Del mismo modo, existe una exención, en un número importante de ocasiones, en la adquisición de bienes a través de Internet, ya sea en las subastas de E-Bay, ya en las tiendas especializadas como Amazon u Overstock.

Esta exención contrasta con la situación en Europa, donde queda sometido al IVA todo el ciclo económico y comercial que constituye Internet, gravando desde el acceso a la red como una prestación de servicios por el operador de telecomunicaciones a la adquisición de bienes y servicios (electrónicos o tradicionales) a través del ciberespacio. Es probable que la discrepancia hunda sus raíces en el distinto peso que la iniciativa privada y pública adquieren en el proceso de producción normativa a uno y otro lado del Atlántico, pues mientras en EE.UU. han sido los grupos de presión los que han conseguido ir presentando ante las Cámaras proyectos de ley que sucesivamente han demorado la toma de decisiones técnicas y políticas sobre la tributación del E-commerce, en Europa la iniciativa fue pública, y concretamente nuestro país de la Secretaría de Estado de Hacienda que en el año 2000 presentó el Informe sobre el Impacto del Comercio Electrónico en la Fiscalidad Española, fundamento en buena medida la actual calificación tributaria de las transacciones en el ciberespacio. Igualmente el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo llevaron la batuta en Bruselas, y preocupados por las implicaciones del comercio electrónico en el mercado interior presentaron un informe que después resultó en la denominada Directiva sobre el Comercio electrónico, Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio. Se modificaron las reglas de lugar de realización del hecho imponible para las prestaciones de servicios electrónicos e incluso fue diseñado un sistema especial para que ingresaran el IVA los prestadores de servicios establecidos fuera del territorio de la Unión.

Desde luego, la discrepancia entre los dos sistemas es fundamental, encontrando sus raíces en motivos ideológicos y en la diferente dinámica de la iniciativa legislativa, sin soslayar la distinta ponderación de los impuestos indirectos en la recaudación impositiva a uno y otro lado del Atlántico.

Desde este punto de vista, lo primero que hay que tener en cuenta es que en EE.UU. los impuestos sobre el consumo desempeñan un papel subordinado, especialmente si los comparamos con nuestro sistema. No existe un Impuesto federal sobre el Valor Añadido sino una multitud de impuestos estatales sobre las ventas al por menor (*Use and Sales Tax*) junto a diversas accisas que gravan desde productos cuyo consumo es nocivo o contaminante (tabaco, alcohol, hidrocarburos) a servicios como alojamientos hoteleros o suministros en el hogar cuya justificación está más en la facilidad de su recaudación que en la teoría de las externalidades. Sin embargo, en todos ellos los tipos de gravamen son moderados y esto determina que los impuestos indirectos tan sólo produzcan el 16,1 por 100 de la recaudación impositiva, casi la mitad que en Europa (30,1%) o que la media de la OCDE (31,1%). En el fondo de esta diferencia late la distribución de competencias en un estado que es federal: la décima enmienda de su Constitución residencia en los estados las competencias no atribuidas al Congreso, y la imposición, como atributo de soberanía, no es una de las transferidas al Congreso. Los redactores de la Constitución norteamericana mostraron en general fuertes reticencias a la concentración de poder, y el de exigir impuestos era uno de los más susceptibles. No en vano, en el *No taxation without representation* de la Casa de los Burgueses de Virginia se ha señalado por los historiadores el germen de la independencia de las colonias norteamericanas. Existen impuestos federales, ciertamente, pero fruto de atribuciones específicas. El más conocido es Impuesto sobre la Renta o *Income Tax*, que fue introducido originariamente durante la Guerra Civil o de secesión norteamericana, pero declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo en 1895. Hoy, es un tributo de carácter federal porque el Congreso fue autorizado a establecerlo por la decimosexta enmienda. Por consiguiente, a falta de una enmienda constitucional específica, la imposición indirecta sigue siendo competencia de los Estados y de los gobiernos locales.

Pese a este matiz constitucional, los estados y los municipios podrían haber explotado el potencial recaudatorio del impuesto indirecto, pero no lo han hecho: la recaudación por *Sales Tax* apenas alcanza un tercio de la recaudación impositiva de los Estados y sólo un 17 por 100 de la de los municipios.

Técnicamente esto se explica porque la definición de las bases imponibles no es tan expansiva como en nuestro IVA, quedando fuera los servicios y una parte tan importante hoy de las entregas de bienes como es el comercio interestatal, así como por la moderación de los tipos de gravamen. Algunos estados ni siquiera han implantado el *Sales Tax* (Alaska, Delaware, Montana, New Hampshire y Oregon) y en los 45 que lo tienen la media de tipos de gravamen se sitúa en torno al 5 por 100, en una horquilla que oscila entre el 3,5 por 100 de Virginia y el 7 por 100 de Mississippi. Además del impuesto estatal, en 34 estados hay que añadir los diversos impuestos indirectos locales. Sin embargo, aun así los tipos siguen siendo moderados para los estándares europeos. Los tipos combinados más elevados del país se pagan en Alabama, donde la suma de impuesto indirecto estatal y local alcanza solamente el 11 por 100.

Esta estructura impositiva dio como resultado que la recaudación total de los Estados por el *Sales Tax* en 2003 fuese 185.000 millones de dólares, cifra que apenas representa un 1,7 por 100 del producto interior bruto (10,933 billones). Ahora bien, esta situación tampoco es casual: el pensamiento convencional estadounidense caracteriza al impuesto indirecto como una injerencia en la iniciativa individual, la libertad de empresa y un freno al consumo, la base de la dinámica económica norteamericana.

Sin duda son estos condicionantes económicos e ideológicos los que en los primeros años de crecimiento del comercio electrónico desembocaron en la tipificación de Internet como una *Tax Free Zone*. En 1998, pocos años después de haberse popularizado Netscape y Explorer, un estudio de la Universidad de Texas y Cisco Systems calculaba que Internet generaba ya un volumen de operaciones de 300.000 millones de dólares y era responsable de 1,2 millones de puestos de trabajo en EE.UU. sumando los cuatro estratos empresariales que conforman la industria: las compañías responsables de la infraestructura de comunicaciones, los proveedores de software, los que ofrecen servicios complementarios a la propia red (como buscadores, o creadores de páginas web) y, por último, los que utilizan la red como canal de comercialización de productos o servicios no electrónicos. Ya en 1998, la renta generada por el sector en EE.UU. superaba al sector energético, al de telecomunicaciones, y era casi tan alta como la del sector automovilístico (350.000 millones de dólares).

El potencial económico de Internet no pasó, lógicamente, desapercibido a los legisladores estatales, que vieron en Internet un filón de nuevos ingresos fiscales. Algunos, lo primero que hicieron fue establecer accisas por el acceso a Internet y otros empezaron a tomar en serio el problema de las ventas a distancia. Sin embargo, existía un argumento político y otro técnico para frenar la imposición del ciberespacio. El argumento político, descendiente directo de los planteamientos no intervencionistas reseñados antes, es que gravar Internet frenaría su crecimiento y constituiría un error estratégico para la economía norteamericana, puesto que parte de su competitividad se basa precisamente en Internet: más de un tercio de los internautas en el mundo son norteamericanos, y la red crea un nuevo entorno de competitividad que estimula el crecimiento de las empresas. Éstos son los argumentos que defendía en 1998, por ejemplo, el responsable de la Comisión Federal de Comercio, Orson Swindle, para quien implantar impuestos sobre el ciberespacio supondría frenar el motor más dinámico de la economía nacional.

Junto al argumento ideológico venía la dificultad de técnica tributaria: Internet genera mucha riqueza pero es sumamente difícil vincularla a una jurisdicción concreta, y no sólo por la facilidad internacional de ubicar las sedes sociales o los equipos técnicos en territorios de baja tributación, sino también en el plano interior por enfrentarse al abigarrado mapa que forman 7.500 autoridades (estados y entidades locales) que en la actualidad ostentan competencias para establecer y exigir impuestos sobre las ventas minoristas.

Era evidente que las cuestiones que la imposición sobre las ventas por Internet planteaba no se limitaban a la pérdida de recaudación de los estados: también alcanzaban a cuestiones de competencia frente al comercio tradicional, lo que llevó al Congreso a querer regular el fenómeno con perspectiva global. Sin embargo, la extremada complejidad de los problemas implicados y las fuertes presiones de la industria para que se mantuviera Internet libre de impuestos para no frenar su crecimiento, dejaron al Congreso en el deseo, y le llevaron a adoptar la única solución factible a corto plazo: pedir más tiempo. Así nació en 1998 la Ley de Exención Fiscal de Internet (*Internet Tax Freedom Act* o ITFA), que concedía una moratoria de tres años para poder estudiar las alternativas para gravar el comercio *on-line*, prohibiendo además la proliferación de accisas sobre el acceso a Internet. Después, en 2001, Bush firmó una extensión de dos años más que expiró en 2003 y en diciembre de 2004 se terminó por aprobar la Ley de no discriminación fiscal de Internet (*Internet Tax Non-Discrimination Act, Public Law 108-435*) concediendo una nueva moratoria hasta el 1 de

noviembre de 2007. Esta ley de nuevo prohíbe establecer accisas sobre el acceso a Internet, previene contra la doble imposición de productos comprados en la red y evita la imposición discriminatoria que trataría de forma distinta las compras en Internet respecto de otras compras a distancia.

Mediante esta referencia a la no discriminación ha entrado sutilmente en la escena de la moratoria sobre los *Internet Taxes* el tratamiento de las ventas a distancia o por catálogo, y con un argumento sólido: puesto que las ventas a distancia tradicionales disfrutaban de una exención, los que abogan por la moratoria de los impuestos sobre el comercio electrónico han venido a presentar su pretensión no como un privilegio sino como una cuestión de justicia: en otro caso, se estaría discriminando en contra de Internet. Claro, que lo que podemos entonces preguntarnos es por qué no se considera injusta y discriminatoria la exención de las ventas a distancia, sean contratadas por carta o teléfono, lo sean por Internet. Para aclarar esto, tenemos que referirnos a la tributación del comercio a distancia y, concretamente, a la Decisión del Tribunal Supremo en el caso *Quill*, que enfrentó a la Quill Corporation con el estado de Dakota del Norte. Éste, para defenderse de la pérdida de recaudación que suponía el comercio interestatal, tenía establecido el denominado *Use Tax*, una modalidad del *Sales Tax* que obliga a los ciudadanos a autoliquidar e ingresar ellos mismos, junto a su declaración anual del Impuesto sobre la Renta, el impuesto que hubieran tenido que ingresar si los bienes comprados en otros estados los hubieran adquirido en el de su residencia. Ni que decir tiene que el cumplimiento de esta obligación no pasaba de lo testimonial, motivo que les llevó en 1987 a obligar a las empresas de fuera del estado a recaudar el impuesto local por las ventas a distancia remitidas a clientes de su Estado, aunque lo hicieron con prudencia: no obligaban a cualquier empresa que vendiese a distancia, sino sólo a la que en un plazo de 12 meses se anunciase tres veces o más en cualquiera de los medios de comunicación del Estado. En tal caso, tenían que darse de alta en la hacienda estatal e ingresar los tributos por sus ventas locales. Quill, sin embargo, no aceptó esta regla y, argumentando el caos que sería tener que darse de alta teóricamente en hasta 7.500 jurisdicciones, cuestionó ante los tribunales la competencia del Estado de Dakota del Norte para dictar esta ley. El Tribunal Supremo, de acuerdo con una doctrina que ya se había aplicado en 1967 (caso *Bellas Hess*) resolvió el 26 de mayo de 1992 que el vendedor por catálogo no estaba obligado a recaudar impuestos sobre las ventas a distancia en los estados donde no tuviera presencia física. La decisión se apoyaba en la autoridad del Congreso para regular el comercio interestatal y ésta a su vez en la *commerce clause* de la Constitución que prohíbe tratar peor al comercio que provenga de fuera del Estado que al interior. La decisión del caso *Quill* excluyó la competencia del estado de Dakota del Norte y la entregó al Congreso dentro de su habilitación para regular el comercio interestatal.

En la actualidad esta doctrina no ha sido cuestionada constitucionalmente y, por tanto, el régimen jurídico de las ventas a distancia es el de exención de los productos expedidos desde otro estado. Es esta regla la misma que defienden para el E-commerce los que han ido promoviendo las sucesivas moratorias: sólo estarán sujetos a impuestos indirectos los artículos vendidos por Internet si el empresario tiene un *nexus* o establecimiento fijo en el Estado donde los bienes se entregan. Por ejemplo, si la entidad que vende los bienes sólo está establecida en el estado de Nueva York, repercutirá el Impuesto sobre las Ventas a los neoyorquinos, pero no al resto de norteamericanos.

Claro que es muy sencillo burlar la regla del *nexus* o presencia efectiva: los grandes distribuidores con establecimientos tradicionales (el comercio de ladrillos y mortero, que llaman en EE.UU.)

que están implantados en la mayoría de estados pueden constituir filiales específicas para la venta por Internet. De esta manera, y salvo situaciones particulares, Internet se puede considerar *virtualmente* un sitio *tax free*.

Esta situación no deja de plantear problemas para los comerciantes tradicionales, que ven en el comercio electrónico una amenaza competitiva muy importante porque sus costes estructurales son inferiores, y aunque han albergado esperanzas en mantener su nicho de mercado porque el comercio electrónico tiene inconvenientes que muchos consumidores no pueden superar, como la imposibilidad de examinar la mercancía físicamente antes de comprarla o la confianza que ofrece tener un establecimiento cerca de casa donde llevar el artículo para asistencia postventa, para presentar reclamaciones o simplemente para cambiarlo, lo que no es infrecuente en el consumidor norteamericano, en los últimos tiempos estos comerciantes de *bricks and mortar* se han alarmado cuando algunas de las cadenas tradicionales han creado filiales para el comercio electrónico y ofrecen sus productos *on-line* a la vez que prestan sus establecimientos físicos como apoyo comercial y de asistencia postventa. Estos comerciantes están presionando a través de *lobbies* o de páginas web como www.e-fariness.org para restaurar esta desventaja competitiva.

A su lado, los Estados, que han visto crecientemente erosionado su poder recaudatorio, empezaron a organizarse de manera que la administración de los impuestos indirectos alcanzase un grado de homogeneidad suficiente como para que el Congreso pudiera tomar en serio la implementación de alguna medida de ámbito nacional. Así, poco después de la primera ley de moratoria de gravamen en Internet, nació el Proyecto de Modernización del Impuesto sobre las Ventas minoristas o *Streamlined Sales Tax Project* (SSTP). Tres años después, 33 estados y el Distrito de Columbia acordaron aprobar leyes en sus respectivas asambleas para homogeneizar el procedimiento de recaudación de este tributo y reducir la presión fiscal indirecta sobre los minoristas. En colaboración con el sector empresarial, el SSTP desarrolló medidas para diseñar, probar y poner en práctica un sistema que reduzca radicalmente las obligaciones de los detallistas, y a la vez homogeneice las estructuras del impuesto entre los distintos sujetos activos.

El nuevo impuesto sobre las ventas tendrá una definición de las bases imponibles más uniforme, menos dispersión de tipos de gravamen, reducirá las obligaciones formales e incorporará la tecnología para simplificar los procedimientos de declaración e ingreso. En este momento, el acuerdo no ha entrado en vigor aún porque deben aprobar leyes de reforma del *Sales Tax* al menos 10 estados que representen un 20 por 100 de la población total estadounidense. Sin embargo, aunque el SSTP se presenta como un proyecto de modernización con efectos que van mucho más allá que el tratar el problema de las ventas a distancia, tampoco oculta en sus notas de prensa que es una forma de poner coto al problema de la pérdida de recaudación que generan las ventas por Internet, y albergan la esperanza de que los minoristas empiecen a recaudar voluntariamente impuestos sobre las ventas en otros estados donde no tienen la presencia física, al menos como forma de evitar conflictos judiciales con los Estados. Los detalles del proyecto se pueden contemplar en su página web www.streamlinedsalestax.org.

De modo que cuando 10 estados que representen más del 20 por 100 de la población armonicen sus legislaciones, la organización presionará a Washington para que dicte legislación federal, movimiento que empezará según sus previsiones a partir del 1 de octubre de 2005.

En su ánimo no está gravar el acceso a Internet, que seguiría estando exento, sino sólo sustituir el *Use Tax* (que obliga a los consumidores a ingresar el impuesto a modo de inversión del sujeto pasivo) y cuyo cumplimiento es casi testimonial, por un *Sales Tax* ingresado a distancia por los minoristas. En lo que no hay acuerdo es en las cifras que esto representaría. Algunos calculan que el comercio interestatal aportaría una recaudación adicional de unos 10.000 millones de dólares, mientras que otros cifran el objetivo en 54.000 millones al año. Esta cifra parece sospechosamente elevada porque el déficit de los estados en el año 2004 estuvo entre 50.000 y 60.00 millones de dólares.

No es ésta la única incertidumbre que se cierne sobre la imposición del comercio electrónico. Es también posible que la búsqueda de un sistema para someter a gravamen estos consumos tome un giro nuevo este año, si la comisión de expertos creada por el Presidente el 10 de enero de 2005, para redactar un informe con una propuesta de reforma fiscal fundamental, llega a considerar entre sus propuestas la implantación de un IVA a nivel federal, lo que personajes tan destacados como Alan Greenspan no verían con malos ojos aunque en general se antoja hartó complicada porque no sólo requiere, como sabemos, una modificación constitucional, sino que los estados verían cómo la federación entraría en los impuestos indirectos, un terreno de juego en el que, hasta ahora, los únicos jugadores han sido ellos.

Pero, venga o no venga un IVA federal, es casi seguro que los estados seguirán organizándose y presionando para participar en el gran negocio que se ha convertido el comercio electrónico: mientras el comercio tradicional creció en 2002 un 1,6 por 100, el electrónico creció un 28,2 por 100, y en 10 años pasará de su volumen actual de 754.000 millones a 6 billones de dólares. Pensemos sólo que cuando la ITFA fue aprobada en 1998, sólo el 26,2 por 100 de los hogares en Norteamérica tenía acceso a Internet, según el Departamento de Comercio. Cuatro años después, el Instituto de Investigaciones Forrester, estimaba que el 64 por 100 de los hogares de América tenía acceso a Internet. Este fuerte crecimiento, que es fundamental para la economía y permite a empresas y consumidores relacionarse de un modo que era apenas un sueño hace pocos años, sigue viéndose como una veta de ingresos públicos que los gobiernos central y territoriales no quieren dejar de explotar, en parte por motivos financieros (el déficit público hoy en EE.UU. es el más alto en términos monetarios de la historia) en parte por cuestiones de justicia contributiva.

En esta línea, el Comité Conjunto Congreso y Senado sobre Imposición, preocupado por el creciente déficit, emitió en enero de 2005 un informe que en él sugería la posibilidad de establecer una accisa de tipo federal que gravase sólo el acceso a Internet y otros medios digitales. Esta propuesta exigiría por supuesto derogar previamente la ley de moratoria de los tributos sobre el acceso a Internet, pero no afectaría al tratamiento de las ventas a distancia y, consecuentemente, sería bastante más viable. Como hemos dicho anteriormente, el problema de esta propuesta sería una falta de legitimación constitucional. Sin embargo, el Comité Conjunto considera que el Congreso ostentaría la competencia –sin reformar la Constitución– mediante una reedición de la Tasa Federal sobre Servicios de Comunicaciones, ley que se aprobó en 1898 para financiar la guerra precisamente con España. Esta Tasa Federal sobre Servicios de Comunicaciones es otra norma de larga y curiosa historia, que se derogó en 1902 pero se reeditó para financiar la Segunda Guerra Mundial, y que desde entonces ha venido gravando teléfono, telégrafo, teletipo y tarjetas prepago. En principio debería haberse eliminado en 1968, pero siguió exigiéndose al tipo del 9 por 100. Empezó a descender en 1973, e incluso llegó al 1 por 100 en 1983, pero en 1990 volvió a subirse al actual 3 por 100 con carácter permanen-

te. Si el Congreso adoptase esta iniciativa, se aplicaría el mismo tipo del 3 por 100 al acceso a Internet por línea telefónica o por banda ancha y, de paso, se aprovecharía para empezar a gravar las comunicaciones Voz sobre Protocolo Internet (VoIP), el servicio de televisión por cable o satélite y las comunicaciones por medio de los teléfonos digitales, aportando un caudal recaudatorio no desdeñable.

A pesar de estos intentos, los que defienden la exención no dan la batalla por perdida. El 5 de mayo tres legisladores han vuelto a presentar otro proyecto de ley –la iniciativa legislativa no tiene los mismos requisitos de quórum que en España– para hacer permanente la actual moratoria de imposición sobre Internet (*Internet Tax Non-discrimination Act of 2003*) a su vencimiento en 2007. El proyecto de ley de nuevo incluye las tres modalidades de imposición que pueden darse, desde el de acceso a la red a la posible doble imposición en las ventas a distancia por Internet y, finalmente, incluye la prohibición de impuestos específicos sobre ventas en Internet que pudieran resultar discriminatorios (hay que entender de nuevo frente a las ventas a distancia). El proyecto lo firman dos republicanos y un demócrata (George Allen, de Virginia, Christopher Cox de Oregon y el demócrata Ron Wyden, de Oregon). Aunque es temprano para especular sobre el apoyo que puede recibir la propuesta en las cámaras, la reciente decisión del Tribunal Supremo del 16 de mayo en el caso de las ventas de vinos a distancia es otro paso muy importante en la consolidación de la doctrina de la exención de las ventas a distancia, y eso que en este caso había más intereses en juego y el apoyo constitucional parecía sólido. El caso es que 24 estados habían venido dictando leyes prohibiendo a las bodegas de otros estados vender a distancia en su territorio. Evidentemente, con ello los estados aspiraban a seguir recaudando la accisa sobre el vino, pero lo hacían con un apoyo muy importante en la Constitución, la 21.^a enmienda constitucional que, tras la prohibición de vender alcohol, garantizó en 1933 a los Estados la autoridad para regular el tráfico de productos alcohólicos. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha resuelto que la autoridad para regular el comercio de productos alcohólicos no les da autoridad para discriminar en contra de los productos de fuera del Estado.

En realidad, parece que hay más partidarios que detractores de la prohibición. De hecho, cuando se tramitó la ley que concede la moratoria actual lo que impidió que se declarase la prohibición de los impuestos en Internet con carácter permanente fue el miedo a que de ese modo quedase comprometida la recaudación por el impuesto sobre el uso del teléfono, toda vez que el Protocolo Internet (IP) está empezando a sustituir al teléfono en llamadas a distancia, y cada día son más los proveedores de servicios de telecomunicación los que utilizan esta tecnología. Consecuentemente, en el proyecto recientemente presentado para hacer permanente la prohibición se evita entrar en el debate de la tecnología VoIP. Para no ganar mayores detractores, tampoco se erradican los impuestos sobre el acceso a Internet que habían sido establecidos tempranamente por algunos estados, y que se han mantenido a lo largo de estos años como excepciones a la moratoria. Una vez más, la justificación ideológica del proyecto es evitar que se obstaculice el desarrollo de la banda ancha de Internet, elemento que se considera clave en el desarrollo económico norteamericano, así como el comercio por Internet, que se percibe como un motor al consumo, base de la economía norteamericana.

En definitiva, la única conclusión clara es que existe una tensión entre la Administración que elabora los presupuestos y necesita recaudar y el Congreso, que prefiere mantener la exención para favorecer el desarrollo de Internet. Todas las opciones están abiertas y posiblemente no exista una solución que altere el *statu quo* por lo menos hasta 2007, cuando venza la moratoria actual.

TRIBUTACIÓN	LA AUSENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA LEY GENERAL TRIBUTARIA	Núm. 54/2005
-------------	--	-----------------



JUAN LÓPEZ RODRÍGUEZ

*Inspector de Hacienda del Estado
Funcionario de las Comunidades Europeas*

Extracto:

LA condición de Estado miembro de la Unión Europea supone la cesión del ejercicio de determinadas competencias a las instituciones comunitarias. El orden jurídico europeo dispone de su propio sistema de fuentes: órganos y procedimientos legislativos, y de su propia tipología normativa. En su condición de sistema que prima sobre los nacionales y que despliega efectos directos, tiene la capacidad para condicionar las leyes internas. Nuestra Ley General Tributaria debería haber recogido las consecuencias derivadas de la vigencia de principios y normas de Derecho comunitario, capaces de regir nuestro orden tributario en diversos aspectos.

Sumario:

1. La potestad para establecer tributos y el sistema de fuentes normativas.
 - a) Referencia al poder tributario en el Derecho español.
 - b) El poder tributario en el Derecho comunitario.
 - b.1) Referencia a la naturaleza de las Comunidades Europeas.
 - b.2) Características del Derecho comunitario.
 - b.2.1) Autonomía del Derecho comunitario.
 - b.2.2) Carácter instrumental del Derecho comunitario: el principio de atribución de competencias.
 - b.2.3) Derecho sistemático, homogéneo, cerrado y completo.
 - b.2.4) Aplicación uniforme del Derecho comunitario.
 - b.2.5) Eficacia y aplicación directa.
 - b.2.6) Primacía.
 - c) Consecuencias para la LGT del marco de potestades tributarias.
2. Las condiciones impuestas por el Derecho comunitario al ejercicio de la potestad tributaria nacional.
 - a) Obligaciones impuestas por los Tratados comunitarios.
 - a.1) Unión aduanera y libre circulación interior de mercancías.
 - a.2) Las obligaciones derivadas del Derecho de competencia y la libre concurrencia.
 - b) Obligaciones previstas en el Derecho comunitario derivado.
3. Los principios informantes del deber de contribuir.
 - a) Referencia a los principios constitucionales y generales del ordenamiento tributario.
 - b) Los principios del ordenamiento comunitario relevantes para el Derecho tributario.
 - b.1) El principio de no discriminación.
 - b.2) Las libertades fundamentales.
 - b.2.1) La libre circulación de trabajadores.
 - b.2.2) El derecho de establecimiento.
 - b.2.3) La libre prestación de servicios.
 - b.2.4) La libre circulación de capitales
 - c) Consecuencias derivadas del principio de no discriminación y las libertades fundamentales en el Derecho tributario nacional.

El título de este trabajo intenta ser provocador. Ante todo, plantea una cuestión que requiere contestación: ¿es necesaria la presencia del Derecho comunitario en la Ley General Tributaria?

Las próximas páginas intentarán dar respuesta a este planteamiento. Anticiparemos algo de nuestras conclusiones invitando a observar la realidad de nuestro ordenamiento fiscal hoy: toda la tributación sobre el comercio exterior es competencia comunitaria y los poderes públicos españoles deben proceder a su aplicación, para lo que cuentan con determinadas herramientas ofrecidas por el Derecho europeo, así como con instrumentos que constituyen objeto de regulación por la Ley General Tributaria (en adelante, LGT) y su normativa de desarrollo; el Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA) y los impuestos especiales (en adelante, I.I.EE.) son tributos armonizados, de tal manera que el legislador español está obligado a establecerlos y a regularlos según las normas dictadas en Bruselas, y la administración tributaria debe utilizar determinados mecanismos de control y cooperación administrativa impuestos a los veinticinco Estados miembros; también la imposición directa debe respetar y dar cauce a las obligaciones impuestas por determinadas directivas. Este cuadro invita a una nueva pregunta: ¿es posible hablar de un sistema tributario que se pueda calificar como español?

Para conocer en qué medida las Instituciones europeas y el Derecho comunitario están incidiendo sobre nuestro ordenamiento tributario, será necesario describir sus características y la finalidad que cumplen, en el marco de las misiones atribuidas a la Unión Europea (en adelante, UE). Sólo así será posible indicar los campos de intersección entre ambos ámbitos jurídicos y la medida en que la LGT debiera o no haber atendido a las consecuencias derivadas de nuestra participación en el proceso de integración europeo.

Al mismo tiempo, estas reflexiones tienen como punto necesario de arranque el objeto, fin y contenido de la LGT. A través de sus cinco títulos, se abordan las cuestiones esenciales que deben configurar nuestro sistema tributario: la identificación de sus fuentes y los principios generales que lo inspiran, la determinación de los institutos tributarios y de los elementos de las relaciones jurídico-tributarias, los procedimientos para su aplicación, el régimen previsto para el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en este campo y la revisión en vía administrativa de actos en materia tributaria. En fin, tiene esta ley una función codificadora que la lleva a inspirarse en un espíritu aglutinador de todas las claves necesarias para la elaboración, aplicación y resolución de cuestiones propias del sistema tributario. Sus destinatarios son el legislador, la administración tributaria, los Tribunales de Justicia, los contribuyentes y quienes les asesoran y les defienden en caso de conflicto.

1. LA POTESTAD PARA ESTABLECER TRIBUTOS Y EL SISTEMA DE FUENTES NORMATIVAS

a) Referencia al poder tributario en el Derecho español.

El artículo 133 de la Constitución Española (en adelante, CE) afirma que corresponde al Estado el poder originario para establecer tributos y que debe hacerlo mediante ley; a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales también se les reconoce potestad en la materia, que deberán ejercer de acuerdo con la ley. Según este mismo precepto y el artículo 31 de la CE, esta materia está regida por el principio de legalidad, en cuya virtud es necesaria norma de este rango para establecer la obligación de contribuir. Se establece así un esquema de distribución de competencias entre las distintas administraciones y la fuente jurídica mínima que deba utilizarse.

La LGT se hace eco de este esquema: su artículo 4 se refiere a la exclusividad de la potestad originaria del Estado, su artículo 7 recoge un sistema de fuentes a la luz del sistema constitucional y de la tradición del sistema de fuentes español establecido en el Código Civil y su artículo 8 reproduce el alcance del principio de reserva de ley. A lo largo de su articulado se establece un concepto de tributo, se recogen sus clases, se establecen sus elementos y los propios de la relación jurídico-tributaria, se determinan los procedimientos para su exacción, para resolver controversias derivadas de su aplicación y se dispone la necesaria potestad administrativa para sancionar los ilícitos tributarios.

b) El poder tributario en el Derecho comunitario.

Los Tratados comunitarios atribuyen competencias a las Comunidades en materia fiscal, en relación con el establecimiento de la unión aduanera; la imposición directa e indirecta quedaba reservada en principio a los Estados miembros. Sin embargo, las atribuciones comunitarias tienen un cierto carácter expansivo y pueden abarcar cualquier actuación necesaria para el funcionamiento del mercado común. Esta previsión, incluida con alcance general en el artículo 308 entre las disposiciones finales del TCE, encuentra también expresión específica, en su artículo 93, para la tributación sobre el volumen de negocios, los consumos específicos y la imposición indirecta. El artículo 94 dispone la armonización en relación con toda disposición legal nacional, cuando fuera necesario para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Esta previsión ofrece base jurídica suficiente para la aproximación de la regulación de la imposición directa. De esta manera, la regulación de una parte importante de diversas figuras tributaria ha pasado a formar parte de la potestad comunitaria. Así sucede con el IVA, con los II.EE., con la tributación de las aportaciones de capital, con la imposición sobre la renta de determinadas operaciones transfronterizas entre sociedades y con parte de la imposición sobre el ahorro ¹.

¹ Se pueden citar como normas más importantes la Sexta Directiva 77/388/CEE, del Consejo, de 17 de mayo de 1977, sobre el sistema común del impuesto sobre el valor añadido; las Directivas 92/79 a 92/84 CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la armonización de las estructuras y de los tipos de los impuestos especiales; la Directiva 69/335/CEE,

Cuando se trate de una competencia no exclusiva, su ejercicio viene limitado por el principio de subsidiariedad, lo que incidirá en la decisión sobre el instrumento jurídico a utilizar; de acuerdo con el artículo 5 del TCE, en estos casos la intervención de la Comunidad se producirá sólo en la medida en que los objetivos planteados no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por tanto, se logren mejor a nivel comunitario ². El mismo precepto recoge otro principio básico, el de proporcionalidad, en cuya virtud, ninguna de estas medidas excederá de lo necesario para lograr los objetivos del Tratado ³.

A partir de estas atribuciones, encontramos que habrá tributos y relaciones jurídico-tributarias, localizadas en territorio español o en las que participan ciudadanos españoles, cuya fuente no se encuentra, o sólo en parte, en nuestro ordenamiento jurídico, sino en normas comunitarias ⁴.

Estas ideas obligan a profundizar algo más sobre la naturaleza de la UE y del sistema jurídico de que dispone para ejercer sus funciones. Es un ejercicio necesario antes de poder concluir sobre su incidencia en el orden jurídico nacional y, en particular, en la LGT.

b.1) Referencia a la naturaleza de las Comunidades Europeas.

El Derecho comunitario es un instrumento que utilizan las Instituciones comunitarias para cumplir con los fines y objetivos planteados por los Tratados constitutivos de la UE. Se puede discutir si el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) tiene la naturaleza propia de una Constitución ⁵, si bien es necesario puntualizar que se puede entender así sólo en un sentido restringido e incompleto. En ningún caso, puede utilizarse este concepto en los términos planteados por la moderna doctrina constitucional, puesto que no recoge la definición, organización y delimitación

del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales; las Directivas 90/434 y 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, respectivamente referidas al régimen fiscal de reorganizaciones empresariales y de matrices y filiales; la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses; y la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

² Véanse LENAERTS, K. y VAN YPERSELE, P.: «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du Traité CE», *CDE* 1-2/1994, págs. 3 y siguientes; TOTH, A.G.: «The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty», *CMLR*, 1992, págs. 1.079 y siguientes.

³ Fallo al asunto C-15/83, *Denkavit*, sentencia de 17 de mayo de 1984, REC [1984] pág. 02171.

⁴ Véase sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1993 –Aranzadi 1993, ref. 6126, o la de la Audiencia Nacional de 2 de junio de 1994– JT 1993-II, ref. 784.

⁵ KAPTEYN, P.J.G y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction to the Law of the European Communities*, ed. Kluwer Law Internacional, 1998, págs 48 a 53. Estos autores se refieren a la existencia de una unidad de Estados y de pueblos, el respeto, como principio de la Unión, de los derechos fundamentales; la determinación de unos objetivos comunes, estructurados en tres pilares relativos, respectivamente, a la construcción de la comunidad, la coordinación de la política exterior y la cooperación en asuntos de justicia e interior; la dotación de una estructura institucional, para cumplir con sus objetivos; la atribución de unos poderes y la regulación de los procedimientos para la enmienda de los tratados y para la ampliación.

de los poderes básicos de la Comunidad y de los Estados que la integran. Las normas fundamentales permiten configurar a estos últimos como instituciones democráticas sujetas al derecho y con una misión universal referida a la globalidad de las aspiraciones individuales y colectivas ⁶.

Debemos poner de manifiesto la peculiaridad de la UE y de su Derecho. Ratificados los tratados constitutivos, la presencia de esta organización en el ámbito de sus Estados miembros y la eficacia de su ordenamiento no se resuelve bajo las formas previstas para el Derecho Internacional Público ⁷. De acuerdo con las leyes españolas ⁸, la incorporación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y del TUE se amparó bajo las previsiones específicas del artículo 93 de la CE, que autoriza la atribución del ejercicio de competencias a organizaciones internacionales. Sin embargo, la aplicación y eficacia de los actos y normas de las Instituciones comunitarias, incluso su revisión de legalidad, resulta ya de las propias previsiones de estos Tratados y como consecuencia del desarrollo de sus atribuciones. Esto implica una renuncia por parte de los Estados signatarios a sus poderes soberanos. La doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) ⁹ muestra cómo las disposiciones del Tratado y del Derecho comunitario derivado se integran en los ordenamientos internos sin necesidad de adoptar medidas nacionales, cuando así resulta posible por la naturaleza de las normas europeas. Por tanto, el ordenamiento comunitario se distingue de forma clara del Derecho Público Internacional tradicional por su contenido, sus instrumentos y sus fuentes ¹⁰.

Se trata de un Derecho interno y común a todos los Estados miembros antes que un Derecho entre éstos. Regula un conglomerado de derechos y obligaciones entre la Comunidad y sus sujetos, incluidos Estados miembros y particulares. Por el contrario, son los Estados los sujetos del Derecho Internacional, cuyas normas se refieren a los derechos y obligaciones de aquéllos, protagonistas de las relaciones internacionales ¹¹. En relación con sus instrumentos, en el Derecho Internacional corres-

⁶ Se pueden consultar GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981; RUBIO LLORENTE, F.: «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid 1979, vol. I, págs. 52 y siguientes; DE OTTO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, págs. 11 y siguientes.

⁷ Véase «Las relaciones del Derecho Internacional con los Derechos internos», en la obra *Instituciones de Derecho Internacional Público*, de Díez DE VELASCO, ed. Tecnos, págs. 211 y siguientes. Allí se exponen las distintas normas que explican las relaciones entre el ordenamiento internacional y el ordenamiento interno, y las distintas soluciones que ofrecen los sistemas jurídicos nacionales para la integración de las normas de Derecho Internacional Público. Por otra parte, este autor interpreta el silencio de la CE, con apoyo en menciones diversas en el texto constitucional, como la recepción de la tesis de la integración automática del Derecho Internacional en el ordenamiento español. En cuanto a los tratados internacionales, el artículo 96.1 de la CE exige su publicación oficial.

⁸ El artículo 96.1 de la CE dispone que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional».

⁹ Caso C-26/62, *Van Gend en Loos*, sentencia de 5 de febrero de 1963, REC [1961-1963] pág. 333; caso C-28/67, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen Lippe GmbH vs. Hauptzollén Paderbon*, sentencia de 3 de abril de 1968, REC [1967-1969] 00181.

¹⁰ KAPTEYN, P.J.G y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction ...*, op. cit. págs. 77 y siguientes.

¹¹ En la obra de Díez DE VELASCO, M.: *Instituciones...*, op. cit., pág. 99, se encuentra definido el Derecho Internacional Público como un sistema de principios y normas que regula las relaciones de coexistencia y de cooperación, frecuentemente institucionalizadas, además de ciertas relaciones comunitarias, entre Estados, dotados de diferentes grados de desarrollo socioeconómico y poder.

ponde a los Estados la creación y la aplicación de sus normas. La UE dispone de instrumentos para el desarrollo de un auténtico ordenamiento jurídico. Se ha dispuesto un entramado organizativo y los procedimientos dirigidos a desarrollarlo, enmendarlo, aplicarlo y enjuiciarlo. El entramado institucional y organizativo no está, exclusivamente, en manos de representantes de los Estados miembros. Finalmente, en tanto que la fuente del Derecho Internacional Público se encuentra en tratados entre Estados y en la costumbre internacional, el Derecho comunitario dispone de su propio sistema de producción normativa. Los Tratados han dispuesto una tipología de normas, cuya utilización depende de la competencia ejercida y la finalidad perseguida, y los procedimientos para su elaboración y adopción.

b.2) Características del Derecho comunitario.

En definitiva, los Tratados han establecido un ordenamiento jurídico nuevo y diferenciado para dar cauce a los poderes atribuidos y regular los derechos y las obligaciones de la Comunidad y de sus sujetos.

b.2.1) Autonomía del Derecho comunitario.

Se trata de un ordenamiento jurídico no estatal, que es además autónomo. El caso *Van Gend en Loos* permitió al TJCE afirmar que el Tratado «más allá de los Gobiernos, contempla a los pueblos y de manera más concreta, por la creación de órganos que institucionalizan derechos soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus nacionales; que, por otro lado, hay que señalar que los nacionales de los Estados reunidos en la Comunidad están llamados a colaborar por medio del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social al funcionamiento de esta Comunidad; que, además, el papel del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177, cuya finalidad es asegurar la unidad de interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, confirma que los Estados han reconocido al Derecho comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus nacionales ante sus jurisdicciones»¹².

Esta autonomía se predica respecto de los Estados que contribuyeron a su creación. Al aceptar los compromisos del Tratado, los Estados miembros no pueden ya condicionar el cumplimiento de sus obligaciones. La cláusula de reciprocidad típica en Derecho Internacional es aquí inconcebible. Es así autónomo respecto del Derecho interno: aunque se integra en los sistemas jurídicos nacionales, no pierde su calidad de ordenamiento comunitario, sin confundirse con aquéllos. Tiene sus propios objetivos y principios, sus procedimientos para elaboración de normas y de interpretación, y no se somete a los principios, objetivos y modos de creación propios de las normas internas.

¹² Véase sobre estos extremos MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ed. McGraw Hill, 1996, págs. 336 y 386-387.

b.2.2) Carácter instrumental del Derecho comunitario: el principio de atribución de competencias.

El artículo 5 del TCE precisa que la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas y de los objetivos que se le asignan. Las Instituciones comunitarias no pueden actuar sobre cualquier materia.

La lectura de los preceptos comunitarios no permite descubrir una lista cerrada y taxativa de competencias. La práctica ha demostrado que la necesidad de cumplir con los objetivos básicos marcados ha determinado la progresión del campo de actuación. El método utilizado para determinar la esfera de actividad comunitaria permite argumentar sobre el carácter evolutivo de sus atribuciones, cuya base se encuentra no tanto en la invocación de la doctrina de los poderes implícitos propios de las organizaciones internacionales, como de las propias previsiones del TCE y de la jurisprudencia del TJCE ¹³.

El artículo 308 del TCE dispone que «cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes». Este precepto pone de manifiesto el carácter abierto de las competencias atribuidas a la Comunidad y su vocación de servir a los fines y objetivos generales. La falta de previsión expresa no excluye la posibilidad de que se adopten medidas, cuando se justifiquen en la necesidad de cumplir con la misión fundamental ¹⁴.

Por otra parte, el TJCE ha acudido en numerosas ocasiones a la doctrina del efecto útil y del efecto necesario, lo que ha permitido esa evolución progresiva de las responsabilidades comunitarias ¹⁵.

Tradicionalmente se entendía que el TCE resultaba aplicable a situaciones con suficiente sustancia económica y que contuvieran un punto de conexión «comunitario»: un elemento transnacional, no situado fuera del ámbito de la Comunidad y sin vinculación con personas o circunstancias que concurran en cualquiera de los Estados miembros ¹⁶. Resulta evidente que la orientación políti-

¹³ La tesis de la competencia implícita ha sido utilizada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional –competencia de la Comisión Europea del Danubio, Serie B n. 14, de 8 de diciembre de 1927– y por el Tribunal Internacional de Justicia –dictamen sobre reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas, de 11 de abril de 1949–.

¹⁴ MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, en su obra citada, *Instituciones...*, págs. 322 a 326. Estos autores describen las premisas para utilizar esta previsión: su utilización exclusiva para alcanzar un objetivo comunitario; que la acción común resulte necesaria, que el TCE no haya dispuesto los poderes necesarios y el respeto al principio de subsidiariedad.

¹⁵ MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, en su obra citada, *Instituciones...*, págs. 320 a 322. En la doctrina tributaria, GARCÍA PRATS refiere la utilización de esta doctrina jurisprudencial en la extensión de las consecuencias derivadas de las libertades fundamentales en la imposición directa, competencia que, en principio, era exclusiva de los Estados miembros. Véase «Incidencia del Derecho comunitario en la configuración jurídica del Derecho financiero: la acción del Tribunal de Justicia de Luxemburgo», en *RDFHP*, N.º 259, 260 y 261 Madrid, 2001.

¹⁶ VAN THIEL: *EU Case Law on Income Tax*, IBFD, 2001, pág. 41.

ca y la incorporación de dos nuevos pilares que permiten la construcción de la UE según lo acordado en el Tratado de Maastricht ha variado el alcance de la acción comunitaria y de los valores jurídicos que la inspiran. Así, se ha ampliado significativamente el alcance del principio de no discriminación y de la libre circulación de personas, que tienen un contenido propio y mayor que el predicable de las libertades fundamentales de esencia económica. Es posible encontrar el germen de un nuevo estatuto jurídico del ciudadano comunitario que permite intervenir a las Instituciones comunitarias en temas no estrictamente económicos. Así se llega a afirmar que esta reforma, que introduce la ciudadanía de la Unión, ha vinculado las libertades de circulación con el hecho de la ciudadanía europea y no con el desarrollo de una actividad ¹⁷.

b.2.3) Derecho sistemático, homogéneo, cerrado y completo.

Se ha atribuido al TJCE el desarrollo de una labor de construcción sistemática del Derecho comunitario ¹⁸. Los principios de competencia de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad no excluyen que su doctrina siga un hilo conductor que permita construir una estructura para este orden jurídico, sus conceptos más esenciales y unos criterios interpretativos homogéneos.

En sus sentencias ¹⁹, es posible descubrir una determinada concepción de la naturaleza del Derecho comunitario como ordenamiento jurídico dirigido a lograr el cumplimiento de unos objetivos que, por su promulgación en un Tratado constitutivo, se convierten a la vez en parámetro primario de validez del Derecho comunitario y de las normas internas relacionadas con el mismo, y en inspiración para el posterior desarrollo de la labor jurídica necesaria.

b.2.4) Aplicación uniforme del Derecho comunitario.

Tiene especial sentido hablar del carácter uniforme del Derecho comunitario cuando está destinado a ser aplicado en el territorio de todos los Estados miembros y, frecuentemente, de forma conjunta con las correspondientes normas nacionales.

La construcción de una verdadera comunidad requiere la aplicación uniforme del Derecho que la regula, porque condiciona la construcción de los conceptos y principios que le son propios, pero también demanda la interpretación común de institutos y relaciones jurídicas nacionales: la calificación bajo el prisma comunitario no depende de la manera en que es vista o valorada por el Derecho interno, sino de que el proceso hermenéutico en sede comunitaria debe ser independiente ²⁰.

¹⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La libertad de circulación de trabajadores», en *Derecho Comunitario Económico (volumen I). Las Libertades Fundamentales*, ed. Colex, pág. 88.

¹⁸ BENGOTXEA, J.: *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1993, págs. 8 a 23.

¹⁹ Véase el asunto C-294/83, *Les Verts vs. Parlamento Europeo*, sentencia de 23 de abril de 1986, REC [1986], pág. 01339, donde el TJCE señala «una Comunidad de Derecho en la medida en que ni los Estados miembros ni sus instituciones pueden evitar el control de conformidad de sus actos con la carta constitucional básica que es el Tratado».

²⁰ Asunto C-17/81, *Pabst y Richard KG*, sentencia de 29 de abril de 1982, REC [1982] pág. 01331.

Las consecuencias son diversas: en el ámbito tributario, sus institutos deben construirse de acuerdo con las exigencias comunitarias, reordenación que se deberá inspirar en los objetivos y finalidades de la Comunidad ²¹.

b.2.5) Eficacia y aplicación directa.

Las disposiciones de Derecho comunitario tienen eficacia directa y despliegan por sí mismas plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros. Crean derechos y obligaciones para todos aquellos que puedan verse afectados por su ámbito de aplicación, y pueden ser invocadas ante las autoridades públicas, administrativas y judiciales nacionales, quienes tienen la obligación de salvaguardarlos. Ésta es la única manera de hacer posible el cumplimiento de los fines para los que se han constituido las Comunidades. El Derecho comunitario se incorpora así al ámbito interno de los Estados miembros sin necesidad de ratificación, publicación o acto de recepción.

El TJCE asentó esta doctrina en el caso *Van Gend en Loos* al concluir que las normas de los Tratados podían producir efectos jurídicos inmediatos por sí mismas, sin precisar de normas nacionales o sin que éstas fueran un obstáculo para su aplicación ²². Esta jurisprudencia extiende sus consecuencias sobre los particulares, quienes pueden invocar las disposiciones de los Tratados, deducir derechos de las obligaciones asumidas por los Estados y hacerlos valer ante los poderes públicos nacionales.

Hay diversas razones para ello. El caso *Van Gend en Loos* se refiere a la unidad de aplicación del Derecho comunitario con el objeto de otorgar protección judicial efectiva a los derechos derivados del mismo. Por otra parte, se oponen a los Estados miembros sus propios actos, es decir, las obligaciones asumidas en los Tratados y sus compromisos de respeto al mismo.

La eficacia directa aparece para algunos como una auténtica opción jurisprudencial ²³. Aun así, este rasgo ha sido deducido al interpretar los Tratados de acuerdo con su espíritu, sus fines y sus términos. La realidad comunitaria que establecen no puede realizarse de otra forma. Los Estados miembros han decidido constituir un nuevo orden jurídico renunciando a parte de su soberanía en las materias cuya competencia han atribuido a las Instituciones comunitarias, a quien compete su ejercicio de manera independiente y autónoma.

²¹ GARCÍA PRATS, F.: «Incidencia...». *op. cit.*, pág. 294, quien se refiere a MARTÍN QUERALT, J.: «La Constitución española y el Derecho financiero», *HPE*, N.º 63/80, pág. 125.

²² En el ámbito fiscal, se puede citar como un ejemplo reciente la sentencia de 8 de marzo de 2001, asuntos acumulados C-397/98 y 410/98, *Hoechst*, REC [2001], pág. I-12727, 1.760, párrafos 64 y 89. En este sentido, véase en bibliografía general KAPTEYN, P.J.G y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction...* *op. cit.*, pág. 82; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 388 a 390. TEMPLE LANG: «Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty», *CMLR* 27/1990, pág. 654, insiste en la obligación a cargo de las autoridades nacionales. En bibliografía tributaria, FALCÓN Y TELLÁ en su trabajo «El Derecho Fiscal Europeo», obra colectiva *Manual de Fiscalidad Internacional*, IEF, 2001, quien alude a la sentencia del caso *Costanzo*, de 22 de junio de 1989, caso C-103/88.

²³ PESCATORE, P.: «Aspectos judiciales del acervo comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, 1981, págs. 351 y siguientes.

La norma comunitaria despliega efectos inmediatos, según la doctrina *Van Gend en Loos*, cuando es clara y precisa, en el sentido de que funde una obligación concreta, desprovista de ambigüedades, siempre que su mandato sea incondicional y no deje márgenes de apreciación discrecional. Sólo quedaría excluido el efecto directo cuando estuviera prevista de manera expresa la intervención nacional posterior y ésta fuera un complemento indispensable sin el cual no pudiera aplicarse.

Quedaría por determinar en qué medida este ordenamiento puede afectar a las relaciones entre particulares, las relaciones horizontales. La doctrina ²⁴ se refiere a asuntos fallados por el TJCE en favor del efecto directo del principio de libre circulación de trabajadores y no discriminación en materia laboral. Este efecto se extendió a todos los convenios cuyo fin es regular de manera colectiva el trabajo asalariado y al principio de no discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos, previsto en el artículo 119 del TCE.

Eficacia directa del Derecho comunitario derivado.

De acuerdo con el artículo 249 del TCE, los reglamentos comunitarios son directamente aplicables, producen efectos inmediatos, confieren a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales deben proteger y, como consecuencia, se opone a la aplicación de cualquier medida legislativa, incluso posterior, que resulte incompatible. Para ello, estas disposiciones deben ser claras, precisas y no dejar margen de apreciación ²⁵.

También el artículo 249 se refiere al carácter obligatorio de las decisiones en todos sus elementos para todos sus destinatarios, pero nada se menciona sobre su aplicabilidad. Es el TJCE quien reconoció, sobre la base de su carácter obligatorio, que la decisión era directamente aplicable. Se cuestionaría su efecto útil, si el contenido de la decisión no se pudiera hacer valer ante los poderes públicos ²⁶.

Más dudas ha planteado el efecto directo de las directivas. Ha sido el TJCE quien lo ha reconocido sobre la base de su carácter obligatorio para los Estados miembros, argumento que refuerza con el principio de cooperación o lealtad con los compromisos asumidos. La doctrina ²⁷ añade el principio de aplicación uniforme y el de no discriminación, puesto que la falta de ejecución de los Estados podría conducir a que los particulares no se vieran sometidos a las mismas cargas ni dispusieran de los mismos derechos en toda la Comunidad ²⁸.

²⁴ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones... op. cit.*, pág. 393. Estos autores citan los casos C-36/74, *Walrave*, sentencia de 12 de diciembre de 1974, REC [1975] y C-415/93, *Bosman*, sentencia de 15 de diciembre de 1995, REC [1995], entre otros relevantes. El caso relativo al efecto directo del Derecho comunitario en la aplicación de los convenios colectivos es el caso C-43/75, *Defrenne II*, sentencia de 8 de abril de 1976, REC [1976].

²⁵ Caso C-9/73, *Schlüter*, sentencia de 17 de mayo de 1973, REC [1973].

²⁶ Caso C-9/70, *Grad*, sentencia de 6 de octubre de 1970, REC [1970].

²⁷ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones... op. cit.*, pág. 398.

²⁸ KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction... op. cit.*, pág. 331.

En los casos *Ratti* y *Ursula Becker* ²⁹ se concreta esta tesis: cabe el efecto directo de una directiva a la expiración del plazo dado a los Estados para su implementación y ante la ausencia, insuficiencia o deficiencias de adaptación. Esta eficacia requiere que su contenido sea incondicional y suficientemente preciso ³⁰, pero no excluye la obligación de proceder a la transposición interna ³¹.

Así pues, los Estados miembros no pueden oponer a los particulares su propio incumplimiento y seguir aplicando normas internas que tendrían que haber eliminado o modificado. Su propia inacción no priva de eficacia a sus obligaciones ni malogra el ejercicio de los derechos que resultan de la directiva ³².

La eficacia directa genera obligaciones para todas las autoridades nacionales, incluidos los órganos judiciales, cuando resuelven asuntos bajo su competencia. A éstos se les requiere que interpreten el Derecho nacional teniendo en cuenta el texto y finalidad de la directiva, con independencia de que la norma interna fuera anterior o posterior.

En cuanto a los particulares, las directivas no pueden por sí mismas imponerles obligaciones; así lo exigen los principios de seguridad jurídica y de tipicidad ³³. Los Estados no pueden requerir su cumplimiento, cuando no han satisfecho su obligación de transposición. Sin embargo, aquéllos sí pueden demandar su aplicación inmediata y derivar los derechos que resultan de las mismas ³⁴.

Otra cuestión diferente es determinar la capacidad de una directiva para tener efecto directo en las relaciones horizontales ³⁵. Argumentos sobre seguridad jurídica de los particulares, quienes no tienen por qué conocer su existencia y contenido, el hecho de que éstos no sean sus verdaderos

²⁹ Caso C-148/78, *Ratti*, sentencia de 5 de abril de 1979, REC [1979] y Caso C-8/81, *Ursula Becker*, sentencia de 19 de enero de 1982, REC [1982].

³⁰ Así se especificó en el Caso C-152/84, *Marshall*, sentencia de 26 de febrero de 1986, REC [1986].

³¹ Caso 301/81, *Comisión contra Bélgica*, sentencia de 1 de marzo de 1983.

³² Véase FALCÓN Y TELLA, R.: *Introducción al derecho financiero y tributario de las Comunidades Europeas*, ed. Civitas, pág. 87. Estas conclusiones están desarrolladas en los casos *Ratti* (párrafo 24) y *Becker* (párrafo 29), ya citados, y en los asuntos acumulados C-6/90 y C-90, *Franconovich*, sentencia de 19 de noviembre de 1991, REC [1991] página I-0535, párrafo 21. Véanse también los asuntos C-103/88, *Constanzo*, sentencia de 22 de junio de 1989, REC [1989], párrafos 30 a 33, *Marshall*, párrafo 49 y caso C-188/89, *Foster*, sentencia de 12 de julio de 1990, párrafos 20 y 22.

³³ Caso C-14/83, *Von Colson and Kamanni*, sentencia de 10 de abril de 1984, REC [1984] y caso C-106/89, *Marleasing SA*, sentencia de 13 de noviembre de 1990, REC [1990]; sobre la exclusión de la imposición de obligaciones sobre particulares, véase caso *Marshall* ya citado; sobre la necesidad de contemplar los principios de seguridad jurídica y tipicidad, véase el caso C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, sentencia de 8 de octubre de 1987; véanse conclusiones recogidas en KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction... op. cit.*, pág. 538 y siguientes.

³⁴ En consecuencia, no pueden correr los plazos establecidos en los procedimientos administrativos o procesales nacionales para hacerlos valer. Véase la resolución al asunto C-208/90, *Theresa Emmott*, sentencia de 25 de julio de 1991, párrafos 21 a 24. En cuanto al particular que puede invocarla, se trata de una noción amplia que ha llegado a alcanzar a las reclamaciones de administraciones locales ante el poder central. Caso C-221/88, *Busseni*, sentencia de 22 de febrero de 1990.

³⁵ Hay tesis a favor y en contra. Véanse MILLÁN MORO, L.: «La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente», *Revista de Instituciones Europeas*, 1981-2, pág. 351 y siguientes; KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction... op. cit.*, pág. 548; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones... op. cit.*, págs. 407 a 417. Véanse los casos *Busseni*, C-193/88, *Constanzo*, sentencia de 22 de junio de 1989, y C-31/87, *Gebroeders Beetes*, sentencia de 20 de septiembre de 1988, C-14/83, *Von Kolson*, sentencia de 10 de abril de 1984, C-79/83, *Hartz*, sentencia de 10 de abril de 1984 y C-106/89, *Marleasing*, sentencia de 13 de noviembre de 1990.

destinatarios y la ausencia de competencia suficiente de la Comunidad para afectar a derechos individuales a través de este tipo de normas han llevado a generar dudas al TJCE ³⁶. Aun así, y sobre la base del principio de lealtad y cooperación, el Tribunal europeo mantiene que los jueces nacionales deben interpretar el Derecho nacional atendiendo a las normas comunitarias, siempre con el debido respeto a los principios generales de seguridad jurídica e irretroactividad. Hay pues un reconocimiento indirecto del efecto horizontal: las disposiciones de la directiva constituyen un elemento hermenéutico, y su letra y finalidad deben ser invocadas por la jurisdicción.

La doctrina se ha mostrado muy crítica con esta solución por diversas razones relacionadas con el carácter imperativo y el efecto útil de estas normas, con la creación de situaciones discriminatorias, en función de la naturaleza vertical u horizontal de la relación en la que participe el particular, y con la quiebra de la unidad en la aplicación del orden comunitario, que depende así de la diligencia de los Estados miembros en cumplir con la obligación de transposición ³⁷.

b.2.6) Primacía.

La primacía del Derecho comunitario constituye la última razón jurídica que permite al TJCE declarar su aplicación preferente respecto de la norma nacional con la que se encuentra en conflicto, que queda así excluida.

Esta doctrina fue concretada en la sentencia dictada en el caso *Costa c. ENEL* ³⁸, donde el Tribunal se refirió, en primer lugar, a las competencias atribuidas a la Comunidad. Ésta dispone de poderes efectivos que emanan de una transferencia de potestades desde los Estados miembros, quienes renuncian de manera definitiva a determinados derechos soberanos. En resoluciones posteriores ³⁹ se refuerza este argumento con la doctrina del efecto útil: no cabe que los Estados adopten o mantengan medidas que puedan comprometer los objetivos fijados en los Tratados. En segundo lugar, el TJCE acudió al carácter obligatorio de las normas comunitarias de Derecho derivado ⁴⁰. Por otra parte, el principio comunitario de cooperación leal obliga a los Estados miembros a abstenerse de toda medida susceptible de poner en peligro los objetivos comunitarios. Por último, se acudió al principio de no discriminación: la derogación o modificación unilateral por un Estado miembro de las normas comunitarias implicaría que el orden jurídico variase de un territorio a otro.

Estos argumentos no están muy alejados de los que explican la eficacia directa. No puede ser de otra forma puesto que ésta y la primacía juegan de manera combinada: la aplicación inmediata requiere un orden preferente y este último quedaría sin sentido sin aquélla. Se trata de garantizar la realidad práctica de este nuevo orden jurídico.

³⁶ Asunto *Marshall*, ya citado, párrafo 48 de la sentencia. KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction...* op. cit., pág. 550.

³⁷ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones...* op. cit., págs. 417 y 418.

³⁸ Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto C-6/64.

³⁹ Asunto C-14/68, *Walt Wilhelm*, sentencia de 13 de febrero de 1969.

⁴⁰ Artículo 249 del TCE. Véanse el fallo al caso C-43/71, *Politi*, de 14 de diciembre de 1971; y al asunto C-249/85, *Albako vs BALM*, sentencia de 21 de mayo de 1987.

El fallo del caso *Simmenthal SpA* ⁴¹ permite profundizar en esta doctrina. Así, la entrada en vigor de disposiciones comunes implica la exclusión o inaplicabilidad automática de las normas nacionales preexistentes que estuvieran en conflicto, cualquiera que fuera su rango, incluidas las constitucionales, sin necesidad de esperar a medidas legislativas, como la derogación de la norma nacional, o a otros recursos constitucionalmente previstos para aclarar el orden de prelación, como pueda ser una cuestión de constitucionalidad. También implica la imposibilidad de adoptar válidamente nuevas normas nacionales en cuanto fueran incompatibles. Los jueces y demás autoridades nacionales no pueden enjuiciar este orden común bajo normas internas, darán plena eficacia a las primeras, dejarán de aplicar las segundas y protegerán los derechos atribuidos a los particulares.

La jurisdicción comunitaria no dispone de la competencia ni del procedimiento para hacer efectivo el principio de primacía. Es una tarea que corresponde, bajo el principio de autonomía institucional y procesal, al órgano jurisdiccional nacional. Cuando el Derecho interno no le atribuya autoridad para excluir o dejar de aplicar la ley nacional y proceder a su sustitución por la norma común, el Derecho comunitario se la confiere. En realidad, el juez no tiene que pronunciarse sobre la validez o nulidad de la norma interna sino sobre su aplicación en un caso concreto. En este sentido, de haber norma comunitaria aplicable que rija el caso, no se plantea la aplicación de la disposición nacional, que queda simplemente desplazada sin que tampoco resulte su derogación ⁴². Cuando no quepa recurso contra su decisión y no resulte tan clara la incompatibilidad de la norma común, deben referir la interpretación de la norma comunitaria al TJCE a través del recurso prejudicial previsto en el artículo 234 del TCE. Este procedimiento debe garantizar la plena y debida eficacia de la norma preferente.

En fin, la obligación de primar al orden comunitario atañe a todos los poderes públicos, incluida la administración institucional, autonómica y local y se extiende, dado el carácter objetivo e imperativo de las normas comunitarias, a las relaciones entre los particulares, cuestión reconocida ya en particular por el TJCE ⁴³.

⁴¹ Asunto C-106/77, de 9 de marzo de 1978. KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction... op. cit.*, págs. 551 a 558; PRECHAL, S.: *Directives in European Community Law, A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, ed. Clarendon Press, 1995, pág. 121.

⁴² La sentencia de 14 de febrero de 1991 del Tribunal Constitucional confirma la facultad y jueces o tribunales españoles para inaplicar las disposiciones legales contrarias al Derecho comunitario. Véanse DIEZ DE VELASCO: *Instituciones... op. cit.*, pág. 236; FERSTENBERT, J.: «L'application du droit communautaire et la situation constitutionnelle du juge national» *RTDE*, 1979-1, pág. 32 y siguientes. Este autor considera delicada la situación del juez en estos casos y aboga porque considere la norma nacional como inexistente y la desconozca. MATA SIERRA pone de manifiesto los problemas de seguridad jurídica que puede generar este tipo de pronunciamientos jurisdiccionales. Véase su trabajo «Restricciones jurisprudenciales a la atribución de "efecto directo" a las directivas. Estudio y crítica de la Resolución de la vo. 4.ª del TEAC de 9 de septiembre de 1992», *J.T.*, 1994-I, pág. 1.316.

⁴³ Caso C-36/74, *Walrave*, sentencia de 12 de diciembre de 1974, REC [1974] pág. 1.405 y C43/75, *Defrenne*, sentencia de 8 de abril de 1976, REC [1976].

En realidad tampoco puede predicarse que las normas comunitarias y nacionales se encuentren en relación de jerarquía. El conflicto debe resolverse en términos de selección del Derecho aplicable. Las relaciones entre ordenamientos, comunitario e internos, se resuelve desde la óptica del reparto competencial ⁴⁴.

c) Consecuencias para la LGT del marco de potestades tributarias.

Si la LGT aspira a recoger todos los elementos que permitan la construcción, interpretación y aplicación del sistema tributario, no debería haber olvidado que la Comunidad tiene también potestad en este campo. Además, su ejercicio no estará regido por el Derecho interno español, sino que seguirá los cauces propios del Derecho comunitario: determinación del tipo de norma, instituciones competentes para su adopción y procedimiento legislativo a seguir. Quedan aquí excluidas nuestras previsiones constitucionales, entre las que se resaltarían las exigencias derivadas del principio de reserva de ley para establecer tributos, las normas internas básicas sobre fuentes del Derecho y los instrumentos para la interpretación jurídica ⁴⁵.

Esta realidad invita a una reflexión acerca de la convivencia de los dos ordenamientos y de la pervivencia de los principios constitucionales junto con las normas de Derecho comunitario originario. Es cada vez más difícil pensar en un orden jurídico nacional cerrado capaz de articular todas las instituciones y relaciones jurídicas. Con ello no se quiere afirmar que sea necesario un proceso de revisión constitucional, ni siquiera una reinterpretación de la Norma Fundamental. Ambos tienen sus respectivos ámbitos y sus propios fines.

Sin embargo, las leyes de inferior rango que regulan instituciones y relaciones jurídicas sí deben hacerse eco de las consecuencias derivadas de la convivencia de ambos textos jurídicos superiores, en la medida en que incidan sobre su objeto. En este sentido, surge la reflexión en torno a determinados preceptos de la LGT en los que no parece que se haya tenido en cuenta la capacidad normativa comunitaria.

⁴⁴ CAPPELLETTI, M. y DOLAY, D.: «The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: Its Impact on Integration», en CAPPELLETTI, M.; SECCOMBE, M.; WEILER, J.: *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, vol. 1, pág. 312; MAYOR MENÉNDEZ, P.: «Una reflexión sobre la función del juez nacional ante la contradicción derecho interno-derecho comunitario», *RAP*, 135/94, pág. 275. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y WOELKER, U.: «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad. La decisión del Tribunal Constitucional federal alemán de 22 de octubre de 1986», *Revista Instituciones Europeas*, 1987-3, págs. 667 y siguientes.

⁴⁵ Véanse TESAURO, F.: *Istituzioni di Diritto Tributario*, 2.^a ed., UTET, Turín, 1991, pág. 17. IBÁÑEZ MARSILLA, S.: «Las normas tributarias de la Unión Europea y el principio de reserva de ley en materia tributaria», *CT* 80/1996, pág. 69. Esta situación ha provocado que la doctrina busque fórmulas dirigidas a reforzar el principio democrático y el ejercicio legítimo de este poder de actuación: en particular, véase ARAGÓN, M.: «La eficacia jurídica del principio democrático», *REDC*, 24/1988, págs. 9 y siguientes.

Por tanto, existe también una potestad tributaria comunitaria, cuyo ejercicio determina exacciones fiscales en territorio español. La referencia a la exclusividad de la potestad originaria del Estado del artículo 4 de la LGT no es precisa: hay tributos en España determinados por el Derecho comunitario y otros que el Estado adopta en función de las obligaciones establecidas por la armonización fiscal.

La relación de fuentes contenida en el artículo 7 de la LGT, aunque no parezca pretender una ordenación jerárquica, debiera recoger fielmente la función que juegan los Tratados, que según la distribución competencial, debieran aparecer junto a la mención de la Constitución; en cuanto al Derecho comunitario derivado, no parece que puedan equiparse con los actos dictados por organizaciones internacionales, dadas sus singularidades, sino que debiera equiparse con las normas que establecen y regulan los tributos.

Por añadidura, el alcance del principio de reserva de ley, artículo 8 de la LGT, queda alterado. La presencia de poder comunitario implica su ejercicio bajo el sistema de fuentes y los principios jurídicos que le son propios. El reglamento o la directiva comunitarios contienen la regulación completa o parcial de determinados tributos. Incluso la falta de ley nacional, exigida por nuestro sistema constitucional, que implemente determinadas obligaciones de armonización, no excluye sus efectos. Los particulares pueden confiar, por ejemplo, en la aplicación de una exención prevista en una directiva, incluso cuando el legislador nacional no la haya recogido en el incumplimiento de su deber comunitario de transposición.

Por otra parte, el concepto de tributo utilizado en la LGT tiene un alcance diverso del que pudiera derivar del Derecho comunitario: gira en torno a su función financiera, contempla la posibilidad de satisfacer otros objetivos económicos generales y la de contribuir a la realización de otras aspiraciones constitucionales.

Los Tratados se centran en una perspectiva muy diferente del fenómeno tributario. El TJCE utiliza un concepto amplio, extensible a cualquier tipo de prestación patrimonial coactiva, tenga o no la consideración de tributo a nivel interno ⁴⁶. En cuanto a su finalidad, no se contempla su función financiera como primordial, aunque los derechos de aduana y la recaudación del IVA sean recursos propios de la Comunidad. Los Tratados no recogen una obligación general de contribuir a cargas públicas y no se articula un sistema de principios y reglas inspiradas bajo criterios estrictamente hacendísticos. Las referencias al tributo en este ordenamiento responden en su mayor parte a un fin extrafiscal: la realización y el buen funcionamiento del mercado interior ⁴⁷.

⁴⁶ Se trata del artículo 90 del TCE y de los fallos a los asuntos 2 y 43/69, *social fonds loor de Diamantarbeiders*, sentencia de 1 de julio de 1969, REC [1969] pág. 211; asunto 78/76, *Steinike & Weinling*, sentencia de 22 de marzo de 1977, REC [1977] pág. 595; y asunto C-32/80, *Kartmann*, sentencia de 28 de enero de 1981, REC [1981] pág. 25. La valoración es de MATTERA, A.: *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 41.

⁴⁷ CASADO OLLERO, G.: «Extrafiscalidad e incentivos fiscales a la inversión en la CEE», págs. 119 y siguientes; GARCÍA PRATS, «Incidencia...» *op. cit.*, págs. 297 y siguientes.

En todo caso, la LGT utiliza este concepto en su articulado al objeto de determinar sus elementos, los procedimientos de exacción, los de revisión y el régimen sancionador. Todas estas normas son relevantes en relación con gravámenes de origen comunitario. Al menos debiera quedar claro que las referencias al tributo, a la relación jurídico-tributaria y a la correspondiente deuda generada, fueran aplicables cuando resultaran necesarias para completar el ordenamiento comunitario. Incluso pudiera ser aconsejable que entre los fines de los tributos se mencionaran los propios de las Comunidades.

La presencia de fuentes comunitarias conlleva la utilización de su sistema hermenéutico, según ha sido desarrollado por el TJCE, lo que afectará a la aplicación de sus tributos propios y a la interpretación de los regulados por leyes internas en un doble sentido: ante la necesidad de respetar la primacía y eficacia de aquellas normas y cuando sean implementación de Derecho derivado. Estas conclusiones deben estar presentes al utilizar los instrumentos interpretativos ofrecidos por los artículos 12 a 16 de la LGT. Ésta es una cuestión de especial relevancia, en particular por el alcance que pueda tener la doctrina anti-abuso desarrollada en el ámbito comunitario y que puede condicionar la invocación de las disposiciones de lucha contra el fraude fiscal ⁴⁸.

Todas estas reflexiones obligan a plantear si es posible seguir identificando un sistema fiscal que pueda calificarse como español, según describe el artículo 1 de la LGT, puesto que, entre las diversas figuras tributarias que lo integran, las hay que vienen determinadas por el orden comunitario y son aplicables en los distintos Estados miembros. Desde otra perspectiva, se indicaría que una parte importante de los preceptos incluidos en esta ley afectan a la exacción de tributos, más que españoles, de origen comunitario o armonizado.

2. LAS CONDICIONES IMPUESTAS POR EL DERECHO COMUNITARIO AL EJERCICIO DE LA POTESTAD TRIBUTARIA NACIONAL

a) Obligaciones impuestas por los Tratados comunitarios.

a.1) Unión aduanera y libre circulación interior de mercancías.

La creación del mercado común y la garantía de la libre circulación de mercancías tenían como primera consecuencia la atribución a la Comunidad de las competencias necesarias para crear una unión aduanera y el desarrollo de una política comercial común ⁴⁹.

⁴⁸ En el ámbito tributario, véase el asunto C-28/95, *Leur Bloem*, sentencia de 17 de julio de 1997, REC [1997], página I-4161. En realidad, el TJCE extendió a este asunto su doctrina general sobre la utilización de las normas contra el abuso de normas.

⁴⁹ ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, J.M.: «La libre circulación de mercancías: unión aduanera y política comercial», en *Derecho Comunitario Económico (volumen I). Las Libertades Fundamentales*, ed. Colex, pág. 38. GARCÍA PRATS: «Incidencia...» *op. cit.*, pág. 520.

Así pues, el orden comunitario regula el régimen aduanero. El artículo 3.1 letra a) del TCE enuncia la prohibición, entre Estados miembros, de derechos de aduana y de restricciones cuantitativas, o medidas equivalentes, a la entrada y salida de mercancías como consecuencia necesaria para alcanzar tal finalidad ⁵⁰. Hacia el interior, se eliminan los derechos de aduana a la importación y exportación y las exacciones de efecto equivalente; hacia el exterior, implica la adopción de un arancel aduanero común ⁵¹.

Como complemento, el artículo 90 del TCE recoge el principio de prohibición de tributos discriminatorios sobre la producción, con una doble finalidad: facilitar la libre circulación de mercancías e impedir distorsiones sobre la competencia entre productos nacionales y productos importados. Es una obligación de los Estados miembros y un correlativo derecho de los particulares. Se trata de un principio instrumental que debiera inspirar la ordenación de nuestro sistema fiscal, de manera similar a la prevista para los valores jurídicos insertos en el artículo 7 de la LGT.

Por otra parte, es necesaria la progresiva eliminación de los regímenes de monopolio y la desaparición de los ingresos públicos ligados a los mismos ⁵².

También se ha transferido la regulación de la gestión aduanera, para la que se ha procedido a la armonización de las legislaciones aduaneras con el objeto de evitar la utilización de procedimientos administrativos diferentes ⁵³.

Se produce así un trasvase de poder tributario a la Comunidad en el ámbito de la creación del tributo y se establece la obligación de los Estados miembros de eliminar los aranceles aduaneros preexistentes ⁵⁴. Como se ha señalado, se produce una modificación de las estructuras y principios explicativos del tributo ⁵⁵: el sistema tributario exigible en territorio español va a incluir impuestos de origen europeo, cuyos elementos personales, materiales y formales están determinados de acuerdo con normativa de fuente comunitaria.

Ahora bien, la inexistencia de una administración comunitaria con capacidad gestora conlleva la intervención de las distintas administraciones nacionales y la aplicación de su normativa interna en aquellas materias que el Derecho común no agota. Es el caso por ejemplo, de la asistencia

⁵⁰ Su regulación se encuentra en el TCE, Tercera parte, Políticas de la Comunidad, Título I, Libre circulación de mercancías, artículos 23 a 31. La prohibición de tributos discriminatorios se encuentra en el artículo 90.

⁵¹ DEMARET, P.: «Le régime des échanges internes et externes de la Communauté à la lumière des notions d'union douanière et de zone de libre-échange», *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre Pescatore, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pág. 153; ÁLVAREZ GOMEZ-PALLETE, J.M.: «La libre circulación...», *op. cit.* págs. 45 y siguientes.

⁵² SÁNCHEZ GALIANA, J.A.: «Monopolios fiscales y directrices comunitarias», *REDF*, 37/1983, pág. 253.

⁵³ El Código Aduanero Comunitario está regulado en el Reglamento 92/2913/CEE, de 12 de octubre. El Reglamento 2658/87, del Consejo, de 23 de julio de 1987, regula la nomenclatura arancelaria y estadística y el arancel aduanero común. Véase GALERA RODRÍGO, S.: *Derecho aduanero español y comunitario. La intervención Pública sobre el Comercio Exterior de Bienes*, Civitas, 1995.

⁵⁴ GALERA RODRÍGO, S.: *Derecho aduanero español y comunitario. La intervención pública sobre el Comercio Exterior de Bienes*, Civitas, 1995.

⁵⁵ GARCÍA PRATS: «Incidencia...» *op. cit.*, pág. 532.

mutua para determinar la aplicación de las reglas de origen preferencial ⁵⁶ y de la regulación de aspectos concretos relativos, entre otras materias, a las declaraciones de aduana ⁵⁷, al depósito temporal de mercancías ⁵⁸, al destino aduanero ⁵⁹ y a los medios de pago ⁶⁰. En estos casos, se encuentra normativa reglamentaria nacional aplicable y funcionarios nacionales que impulsan actuaciones bajo las premisas de nuestra ley tributaria.

Este reparto competencial conlleva diversas consecuencias. Desde el punto de vista del sistema de fuentes, el artículo 7.1 último párrafo de la LGT debiera disponer la potestad del Ministro de Hacienda para dictar reglas en el marco de actuaciones con impuestos comunitarios. Al mismo tiempo, debiera resultar claro que la gestión de estos últimos tributos pueda resolverse, por remisión del orden comunitario o ante las lagunas que pueda presentar, bajo sus principios y criterios. Es necesario precisar los procedimientos, entre los previstos en la LGT, que son aplicables a estas formas de imposición y con qué alcance, ya que sin duda se acudirá al procedimiento gestor, inspector y de recaudación, diseñados en sus preceptos.

Desde la consideración de la organización administrativa, el artículo 6 de la LGT debiera precisar que la administración tributaria española desarrolla otras funciones distintas a las previstas en sus títulos III a V. Al mismo tiempo, pudiera resultar conveniente determinar legalmente cuál de las administraciones territoriales españolas resulta competente en la gestión aduanera.

Finalmente se quisiera trasladar la pregunta acerca de la correcta tipificación de los ilícitos tributarios. Una interpretación restrictiva del concepto de tributo y de sus elementos tributarios de acuerdo con la elaboración de la norma española plantea dudas, ya suscitadas, acerca de su extensión a los institutos de fuente europea. Los principios penales de seguridad jurídica y tipicidad, aplicables al régimen sancionador administrativo, según resulta del artículo 25.1 de la CE, exigirían que las menciones referidas al mismo, su normativa y las obligaciones materiales y formales correspondientes abarcasen a los conceptos elaborados en sede comunitaria.

a.2) Las obligaciones derivadas del Derecho de competencia y la libre concurrencia.

Un verdadero mercado en una economía libre exige que la competencia no se vea distorsionada, bien por actos propios de los agentes económicos o bien por intervenciones del sector público. Así, el artículo 3 g) del TCE recoge como instrumento para el funcionamiento del mercado interior

⁵⁶ Artículo 27 del Código Aduanero y los Protocolos de Origen incluidos en los Acuerdos Comerciales de carácter preferencial suscritos por la UE, entre otros, en el marco de la Asociación Europea de Libre Comercio, ACP, Países y Territorios de Ultramar.

⁵⁷ Artículos 43 a 47, 62, 76 y 77 del Código Aduanero Común, desarrollados por las Órdenes Ministeriales de 27 de julio de 1995 y de 21 de noviembre de 2000 y Resolución de 4 de diciembre de 2000.

⁵⁸ Artículos 50 a 53 del Código Aduanero Común, desarrollados por Resolución de 11 de diciembre de 2000.

⁵⁹ Artículos 59 y siguientes del Código Aduanero Común, desarrollados por Órdenes de 4 de septiembre de 1985, de 7 de abril de 1988, de 18 de diciembre de 2001 y Resolución de 4 de diciembre de 2000.

⁶⁰ Véase Orden 9 de julio de 2001.

un régimen que impida que la competencia sea falseada y en su articulado se disponen, entre otras, un conjunto de obligaciones dirigidas a limitar las actuaciones de los Estados miembros que la pudieran enturbiar. Los sistemas tributarios deberán construirse bajo estas mismas premisas: no distorsionar las condiciones de libre concurrencia y resultar neutral desde el punto de vista económico. De nuevo, un principio que informa nuestro sistema tributario no recogido en el artículo 7 de la LGT ⁶¹.

En particular, el artículo 90.2 prohíbe el gravamen de los productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger directamente otras producciones. El TJCE ⁶² detecta el carácter protector de un tributo cuando la carga que comporta permite influir en el mercado, al reducir el consumo potencial de los productos importados en beneficio de los nacionales que compitan con él. Como ha dicho la doctrina ⁶³, el tributo interno, como consecuencia del tipo o de otros elementos, decanta la decisión de los consumidores hacia los productos nacionales competidores y provoca una disminución del consumo potencial de los productos procedentes del exterior.

Las normas relativas a ayudas estatales determinan también la construcción de las normas fiscales nacionales. Éste es un concepto muy amplio que abarca no sólo las subvenciones, como prestaciones positivas, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen en una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos ⁶⁴. Es evidente que el TJCE sigue así una interpretación extensiva del concepto, que abarca medidas propias del ámbito tributario ⁶⁵.

La norma general establecida por el TCE, artículo 87, es que las ayudas de Estado son incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros y falseen o amenacen falsear la competencia, al favorecer a determinadas empresas o producciones. Como excepción, se consideran compatibles determinadas ayudas de carácter social para consumidores individuales, las destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales y las concedidas en el marco de la reunificación alemana. El Consejo, a propuesta de la Comisión, también puede considerar compatibles con el mercado común determinadas ayudas regionales, de interés comunitario, para remediar perturbaciones económicas graves, para promover la cultura o para conservar el patrimonio. Como excepciones, son interpretadas siempre de manera restrictiva ⁶⁶.

⁶¹ VICIANO PASTOR, V: *Libre competencia e intervención pública en la economía*, ed. Tirant lo Blanch, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Valencia, 1995; ESTEVE PARDO, M.L.: *El Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Colección de Derecho Financiero, 1, Valencia, 1996.

⁶² Asunto C-365/85, *Comisión contra República de Italia*, sentencia de 9 de julio de 1987, REC [1987], pág. 00259.

⁶³ MATTERA, A: *El mercado...*, op. cit., pág. 148.

⁶⁴ Así lo ha definido el TJCE en diversos asuntos: véase en particular, C-387/92, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad*, sentencia de 15 de marzo de 1994, REC [1994]. Pág. I-877, Párrafo 39; C-143/99, *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, sentencia de 8 de noviembre de 2001, párrafo 34, REC [2001] pág. I-8365, párrafo 38; y C-501/00, *Reino de España contra Comisión*, sentencia de 15 de julio de 2004, sin recopilar.

⁶⁵ Sobre el carácter amplio del concepto, véase el fallo dictado en el asunto C-61/79, *Denkavit Italiana Srl*, sentencia de 27 de marzo de 1980, RCE [1980] pág. 00399; sobre su aplicación a medidas fiscales, véase el fallo del asunto C-70/72, *Comisión contra Alemania*, sentencia de 12 de julio de 1973, RCE [1973] pág. 00813.

⁶⁶ LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: «Práctica de la Comisión CE en materia de ayudas de Estado: criterios y principios de aplicación», *Noticias de la UE*, n.º 123/1995, pág. 33.

La Comisión adoptó una comunicación dirigida a facilitar el análisis de medidas fiscales y poder concretar la presencia de los elementos que integran el concepto de ayuda de Estado ⁶⁷: en primer lugar, debe tratarse de medidas que ofrezcan a sus beneficiarios una ventaja como consecuencia de aligerar las cargas que gravan su presupuesto, que pueden resultar de la reducción total o parcial de los elementos que determinan la cuantía del impuesto o del aplazamiento, fraccionamiento o la anulación excepcional de la deuda fiscal; en segundo lugar, debe ser concedida por el Estado o por sus administraciones regionales o locales, mediante disposiciones legales o reglamentarias, o a través de prácticas administrativas; debe afectar a la competencia y los intercambios entre los Estados miembros; por último, la medida debe ser específica o selectiva en el sentido de favorecer a determinadas empresas o producciones, sin perjuicio de que la misma puede resultar justificada por la naturaleza o la economía del sistema.

Este régimen comunitario afecta al ejercicio de las competencias nacionales. La adopción de medidas que puedan tener la consideración de ayudas estatales requiere la notificación previa y obligatoria a la Comisión, a quien compete su autorización bajo control del juez comunitario. Tales medidas ven suspendida su ejecutividad entre tanto, a pesar de que hubieran sido adoptadas y hubieran entrado en vigor según las normas nacionales ⁶⁸.

En caso de que estime que las ayudas son incompatibles con el mercado común, se podrá exigir al Estado miembro su modificación o supresión. En caso de que las ayudas ya se hubieran hecho efectivas, en contra de lo dispuesto en las normas de procedimiento, la supresión supone, en principio, la obligación de devolución, salvo que la misma quede excluida bajo aplicación del principio de confianza legítima.

Se abren así diversas cuestiones relacionadas con las previsiones de la LGT: el cumplimiento del principio de reserva de ley no es ya suficiente para introducir incentivos fiscales o modular los distintos elementos tributarios en casos especiales. Las previsiones de sus artículos 8 y 22 debieran hacerse eco de la necesidad de seguir el correspondiente procedimiento comunitario, imprescindible para la validez y vigencia de este tipo de medidas, así como para su disfrute por el contribuyente con plenas garantías ⁶⁹.

b) Obligaciones previstas en el Derecho comunitario derivado.

Al margen del cumplimiento de las prescripciones incluidas en las directivas cuyo objeto es la armonización fiscal, existen normas de Derecho comunitario derivado que imponen determinadas obligaciones a los Estados miembros.

⁶⁷ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas. Sobre esta materia, véase FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen de ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Cuadernos de estudios europeos, ed. Civitas, 1993; en su aplicación al ámbito tributario, véase GARCÍA PRATS: «Incidencia ...» *op. cit.*, págs. 543 y siguientes.

⁶⁸ GARCÍA PRATS: «Incidencia...» *op. cit.*, pág. 545.

⁶⁹ Como claro ejemplo, la sentencia de 15 de julio de 2004 del TJCE, ya referenciada, declaró ilegal la deducción por actividades de exportación del artículo 34 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, por incumplimiento de las normas comunitarias de ayudas de Estado.

El establecimiento del mercado común planteó la necesidad de atribuir a las administraciones tributarias nacionales la capacidad necesaria para cumplir con su función en un marco protagonizado por las libertades de circulación de los contribuyentes más allá del ámbito territorial sobre el que extendían sus competencias. Preocupaban a la vez el incremento de las posibilidades de fraude y evasión fiscal, con las consiguientes pérdidas de recaudación, la verdadera realización del principio de justicia fiscal y las posibles distorsiones en los movimientos de capitales y en las condiciones de competencia ⁷⁰.

Se recogen cuatro formas de asistencia mutua entre administraciones tributarias: la Directiva 77/799/CEE y el Reglamento CE 1798/2003 contienen los procedimientos básicos para que las administraciones de los distintos Estados miembros procedan a suministrarse información de la que dispongan y que sea útil para la gestión tributaria, bajo tres modalidades: previo requerimiento, de manera automática y de forma espontánea; la Directiva 2001/44/CE establece el sistema para extender la cooperación a la recaudación, entre otros, de créditos tributarios; la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, regula la tenencia, circulación y control de los productos objeto de impuestos especiales; y el Convenio 90/436/CEE recoge un procedimiento amistoso y un sistema arbitral para resolver las disputas administrativas en la determinación del precio en operaciones vinculadas ⁷¹.

La regulación comunitaria, sin embargo, no abarca todos los aspectos necesarios y, en particular, los relacionados con la puesta en práctica de los instrumentos internos necesarios en el desarrollo de estos procedimientos.

Se trata de actuaciones en las que participan dos o más Estados miembros y ciudadanos o entidades procedentes de Estados miembros o no de la UE. Cuando un Estado es requerido para cooperar, surgirán dudas acerca de quiénes pueden participar en el proceso, cómo y con qué derechos, en particular cuando se trate de personas o entidades ubicadas en otros países, que bien pudieran estar amparadas por los Tratados de la UE y por los derechos que éstos confieren.

Debiera estar previsto el inicio de un proceso de comprobación, investigación o recaudación, abreviado o parcial, así como la posibilidad de ampliar o no actuaciones cerca de la persona o personas de quien se obtenga la información. Bajo nuestro ordenamiento tributario, algunas de estas

⁷⁰ Directiva 77/799/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos.

⁷¹ Se encuentran regulados en la Directiva 77/799/CEE, ya citada, en el Reglamento CE 1798/2003 del Consejo, de 7 de octubre de 2003, relativo a la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 218/92, en la Directiva 2003/93/CE del Consejo, de 7 de octubre de 2003, por la que se modifica la Directiva 77/799/CEE relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e indirectos, en la Directiva 76/308/CEE del Consejo referente a la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas, en la Directiva 2001/44/CE del Consejo, de 15 de junio de 2001, por la que se modifica la Directiva 76/308/CEE, referente a la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos resultantes de operaciones que formen parte del sistema de financiación del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, así como de las exacciones reguladoras agrícolas y de los derechos de aduana, y en relación con el impuesto sobre el valor añadido y determinados impuestos especiales, en la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales y en el Convenio 90/436/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas.

cuestiones pudieran venir resueltas por los procedimientos de comprobación limitada previstos en los artículos 136 y siguientes de la LGT, por el de inspección parcial del artículo 148 de la LGT, con la posible exclusión del derecho del contribuyente a solicitar la ampliación de actuaciones prevista en su artículo 149, o por el procedimiento de recaudación, con las necesarias adaptaciones. En cuanto a la articulación práctica de estos procesos, serían útiles las previsiones contenidas en dichos procesos sobre inicio, desarrollo, terminación, documentación y motivación, de nuevo con las modificaciones necesarias, en particular las derivadas de la participación de extranjeros que disfrutaran de derechos comunitarios y de las obligaciones específicas de secreto previstas en las citadas disposiciones comunitarias. La transmisión de información o de las cuantías recaudadas debiera rodearse de las medidas necesarias para garantizar su confidencialidad y autenticidad.

Sí se hacen necesarios unos criterios que permitan conocer las consecuencias derivadas de la utilización simultánea o sucesiva de los recursos previstos en el orden interno de cualquiera de los Estados interesados en el proceso de cooperación puesto en marcha, ya sea en vía administrativa o jurisdiccional; en particular, cuando puedan producirse en el curso del procedimiento amistoso o de arbitraje seguidos a la luz de lo previsto en el Convenio para precios de transferencia, en la medida en que la terminación de éstos determine una decisión vinculante para las Administraciones tributarias.

3. LOS PRINCIPIOS INFORMANTES DEL DEBER DE CONTRIBUIR

a) Referencia a los principios constitucionales y generales del ordenamiento tributario.

El artículo 31.1 de la CE recoge los principios informantes del deber de contribuir: el de generalidad, justicia, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad. El artículo 3 de la LGT los reproduce en su afán de que los poderes públicos establezcan y exijan los tributos de acuerdo con los mismos.

Al mismo tiempo, se recogen los principios que deben inspirar los procedimientos de exacción de los tributos. El artículo 103 de la CE dispone la actuación administrativa de acuerdo con un principio de eficacia, que la LGT traduce en los de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales. Además, en su actuación, la administración debe respetar los derechos y garantías de los obligados tributarios.

b) Los principios del ordenamiento comunitario relevantes para el Derecho tributario.

El principio de no discriminación y las libertades de circulación de trabajadores, establecimiento, servicios y capitales son instrumentos para lograr cumplir con los fines fijados por los Tratados y elementos necesarios para estructurar un mercado interior. Se articulan en función de este objeto

y constituyen principios fundamentales de la Comunidad. Ésta es la razón por la que se regulan de manera específica en el Tratado. Implican obligaciones para los Estados miembros y en la práctica se concretan en el reconocimiento a los particulares de unos derechos. Como dice el TJCE, las libertades son directamente eficaces respecto de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y atribuyen a los sujetos individuales derechos subjetivos que los jueces nacionales deben tutelar ⁷².

Su realización práctica implica igualmente el reconocimiento de unos derechos instrumentales: los nacionales de los Estados miembros tienen también los de entrada y estancia en territorio de otro Estado miembro. De acuerdo con el TJCE ⁷³, éstos tienen, conferido directamente por el TCE o, según el caso, por las disposiciones dictadas en su aplicación, el de entrar en el territorio de un Estado miembro y permanecer en él, con el objeto de poder realizar los fines comunitarios. Éstos han dado lugar a un desarrollo normativo profuso, con especial incidencia en la realización de la libre circulación de trabajadores, donde se han reconocido también prerrogativas equivalentes a los miembros de la familia, y presentan alguna particularidad en el desarrollo de la libre prestación de servicios, donde su carácter temporal implica que el artículo 49 párrafo tercero del TCE mencione que para realizar la prestación se puede ejercer la actividad correspondiente, de forma temporal, en el Estado donde se lleve a cabo, en las mismas condiciones que este último imponga a sus propios nacionales.

b.1) El principio de no discriminación.

El principio de no discriminación, artículo 12 del TCE, es una norma fundamental y absoluta que prima sobre cualquier disposición comunitaria, y sobre cualquier norma o acto de los poderes públicos nacionales. Como principio general cumple dos funciones: una informadora, y otra, como fuente supletoria, en defecto de norma específicamente aplicable ⁷⁴. Referida a la nacionalidad, aparece como la dimensión transfronteriza del derecho de igualdad, y como tal exige tratar igual situaciones iguales y de manera diferente situaciones que así lo son ⁷⁵.

Este principio extiende sus efectos al ámbito de aplicación propio del TCE. Sin embargo, el TJCE lo ha invocado en áreas tributarias de soberanía nacional no armonizadas. Una explicación se podría encontrar en el carácter esencial de este derecho para la construcción del mercado único, competencia fundamental de la Comunidad, lo que ha permitido extender sus consecuencias en ámbitos reservados en principio a la potestad interna.

⁷² Asunto 41/74, *Van Duyn*, sentencia de 4 de diciembre de 1974, REC [1974], pág. 00529.

⁷³ Asunto 8/77, *Sagulo*, sentencia de 14 de julio de 1977, REC [1977], pág. 1.495.

⁷⁴ SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J.: *La no discriminación fiscal*, ed. Edersa, Madrid 2001, págs. 243-244. Asuntos 144/76, *Bela-Mülle*, sentencia de 5 de julio de 1977, REC [1977] pág. 1.211; asuntos acumulados C-80/77 y 81/77, *Société Les Commissionnaires Réunis SARL vs. Receveur des douanes*, sentencia de 20 de abril de 1978, REC [1978], pág. 927; asunto 15/81, *Schul/Inspecteur des droits d'importation*, REC [1982], pág. 1.434; y el asunto C-168/01, *Bosal Holding BV*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, REC [2003].

⁷⁵ Véase KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction... op. cit.*, pág. 169, quienes se refieren al asunto C-13/63, *Italia vs. Comisión*, sentencia de 17 de julio de 1963, RCE [1961-1963] pág. 435.

Esta generosa cobertura ha llevado a enraizar un verdadero principio de igualdad de aplicación general, que forma parte del estatuto jurídico del ciudadano europeo. Se crea así un vínculo jurídico común: la ciudadanía de la Unión, que se interpone entre el nacional y el extranjero. De esta manera, igualdad y no discriminación son expresiones recíprocas de un principio que contribuye a que la Comunidad sea calificada como Comunidad de Derecho ⁷⁶.

Este principio está claramente dirigido a los Estados miembros y alcanza a las Instituciones comunitarias y otras agencias y organismos ⁷⁷. Más dudas han surgido sobre su aplicación entre particulares, caso para el que no se han previsto mecanismos jurídicos de protección ⁷⁸. Por otra parte, su carácter fundamental y universal debiera hacerlo aplicable en tales casos. Existe jurisprudencia que ha apoyado esta tesis en el ámbito de las relaciones laborales ⁷⁹.

La cláusula de nación más favorecida ⁸⁰.

Hay doctrina ⁸¹ que plantea la invocación de la cláusula de nación más favorecida en la aplicación de los convenios de doble imposición, como una consecuencia del principio de no discriminación y sobre la base de una interpretación teleológica: crear un verdadero mercado interior impediría que un Estado pudiera diferenciar entre operadores económicos según su procedencia y el tratado fiscal que les fuera aplicable.

Las resoluciones del TJCE muestran sus reticencias a la aplicación de esta cláusula y evitan pronunciarse incluso cuando la cuestión ha sido planteada de forma expresa ⁸². También existe doctrina en sentido contrario ⁸³, que se basa en el respeto de la soberanía de los Estados miembros; en

⁷⁶ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones...*, op. cit. págs. 614 y siguientes; LENAERTS, K.: «L'egalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples», *Cahiers de Droit Européen* 1991-1, págs. 11 y siguientes.

⁷⁷ KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction...* op. cit., pág. 172. Véanse los fallos de los asuntos C-13/63, *Italia vs. Comisión*, REC [1963] y C-271/83, *Ainsworth et al. contra la Comisión y el Consejo*, REC [1987]. SANTA-BÁRBARA, *La no discriminación...*, op. cit., págs. 264 a 267, se extiende sobre las consecuencias de este principio sobre los recursos propios comunitarios.

⁷⁸ DURAND: *Commentaire Mégret Le Droit de la CEE*, Vol. 2, 2.ª edición, Bruselas, 1992, pág. 60.

⁷⁹ ZULEEG: *Europarecht, Energiericht, Wirtschaftsrecht*, ed. Börner, Colonia 1992. Véanse los asuntos C-36/4, *Walrave & Koch contra la Asociación Ciclista Internacional*, REC [1974] y pág. 172.

⁸⁰ Díez de Velasco indica que, mediante la cláusula de nación más favorecida, el Estado que la otorga se obliga a extender al Estado beneficiario de la misma todas las ventajas que concedió o concederá en el futuro a un tercer Estado, el Estado más favorecido, en los mismos términos que a este último, y sin que sea preciso ningún nuevo acuerdo para ello. Véase su obra *Instituciones...* op. cit.; PUENTE MUÑOZ, T.: *La cláusula de nación más favorecida*, Valencia, 1965.

⁸¹ RÄEDLER, A.: «Most-favored nation clause in European Tax Law?», *EC Tax Review* 1995/2; DASSESSE, M.: «Fiscalité: vers une multilatéralisation des conventions bilatérales?», *L'Echo*, 15 de julio de 1994; Fédération des Experts Comptables Européens: *FEE survey on treaties against double taxation*, Bruselas, Junio de 1995; FARMER, P. y LYAL, R.: *EC...*, op. cit., pág. 318-319; VAN THIEL, S.: *Free movement of Persons and Income Tax Law: the European Court in search of principles*, ed IBFD, Amsterdam, 2002.

⁸² Sentencia de 28 de enero de 1981, asunto C-32/80, *Kortmann*, REC [1981] pág. 00251; asuntos acumulados C-397 y 410/98, *Hoechst AG*, sentencia de 8 de marzo de 1991, RCE [2001], pág. I-12727, 1.760.

⁸³ HINNEKENS, L.: «Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law-Applications of the Rules», *EC Tax Review*, 1995/4, págs. 209-215. DOURADO, A.P.: «From the Saint-Gobain to the Metallgesellschaft case: scope of non-discrimination of permanent establishments in the EC Treaty and the most-favoured-nation clause in EC Member States tax treaties», *EC Tax Review* n.º 2002/3.

particular, la libertad de pactar acuerdos bilaterales, fundamento del artículo 293 del TCE. También su artículo 58.1 a), en la regulación de la libre circulación de capitales, admite distinto tratamiento en función del lugar de residencia del inversor o de la inversión.

Es posible rechazar también el argumento derivado de la interpretación teleológica. La vigencia de esta cláusula no garantiza una tributación igualitaria para todos los operadores, puesto que la misma no resulta de lo dispuesto en los convenios fiscales, que sólo determinan la distribución del poder tributario entre los signatarios del tratado ⁸⁴.

b.2) Las libertades fundamentales.

b.2.1) La libre circulación de trabajadores.

La libertad de circulación de trabajadores se encuentra regulada en los artículos 39 a 42 del TCE. Se trata de una de las dos manifestaciones de la libertad general de circulación de personas, referida al desarrollo de actividades por cuenta ajena, e implica la eliminación de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto al empleo, la remuneración y las demás condiciones de trabajo. Atribuye los derechos de iniciar una actividad como empleado y a desarrollarla en el territorio de otro Estado miembro bajo las mismas condiciones que los nacionales del país de acogida ⁸⁵.

Ante el silencio del TCE, el TJCE ha desarrollado una definición de trabajador: la persona que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración ⁸⁶.

De acuerdo con las prescripciones del artículo 39.3 del TCE, esta libertad puede ser excepcionalmente por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Éstas deben ser interpretadas de forma restrictiva, no pueden generar discriminaciones por razón de la nacionalidad y deben ser proporcionadas al objeto perseguido ⁸⁷.

⁸⁴ KOSTENSE, «The Saint Gobain Case and the Application of Tax Treaties, Evolution or Revolution?», *EC Tax Review* n.º 2000/4. RÄDLER, A.J.: «Most Favoured Nation Concept in Tax Treaties», en obra colectiva *Multilateral Tax Treaties: new developments in International Tax Law*, Linde Verlag Viena y Kluwer Law International Ltd., Londres, 1997, págs. 11 y 14. WEBER, D: «Pending cases Filed by Dutch Courts: the F.W.L. de Groot Case and Related EC Cases before Dutch Courts», en obra colectiva *Direct Taxation: Recent ECJ Developments*, Schriftenreihe zum Internationalen Steuerrecht, 2003, pág. 182.

⁸⁵ Artículo 1 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

⁸⁶ Asunto C-66/85, *Lawrie-Blum*.

⁸⁷ Véase la Directiva 64/221/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública y el asunto C-131/85, *Gül*, sentencia de 7 de mayo de 1986, REC [1986], pág. 01573.

Esta libertad no alcanza a los empleos en la administración pública, artículo 39.4 del TCE, cuando impliquen participar de forma directa o indirecta en el ejercicio de poderes atribuidos por el Derecho público y en obligaciones establecidas para salvaguardar el interés general del Estado o de autoridades públicas ⁸⁸.

b.2.2) El derecho de establecimiento.

Los artículos 43 a 48 del TCE regulan el derecho de establecimiento, expresión de la libertad de circulación de personas y manifestación de una característica fundamental del mercado interior, que exige la interdicción de medidas discriminatorias que incidan en su ejercicio y de aquellas que sean restrictivas o la obstaculicen. El artículo 43.2 describe su alcance: el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, entre las que se ha considerado que figura la participación, como fórmula contractual particular, a través de *joint ventures* ⁸⁹.

Este derecho se ejerce mediante la creación o traslado de un establecimiento principal o de un establecimiento secundario consistente en una agencia, sucursal o filial. Sí es característica la naturaleza estable de la actividad. Por otro lado, debe ser posible escoger la forma jurídica que resulte más adecuada para el desarrollo de la actividad ⁹⁰.

El artículo 43 del TCE atribuye a los nacionales de los Estados miembros mención referida a personas físicas. La ley interna rige la nacionalidad bajo el principio de autonomía. El artículo 48 lo reconoce a las sociedades, siempre que estén constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que su sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad ⁹¹. La determinación de la condición social también resulta de las legislaciones de los Estados miembros. Abarca a todas aquéllas, cualquiera que fuera su forma jurídica concreta o su sujeción al Derecho público o privado, y con independencia de su carácter civil o mercantil. En todo caso, es necesario ostentar personalidad jurídica.

En cuanto a las entidades sin fin de lucro, no están cubiertas por el derecho de establecimiento. Sin embargo, para el TJCE, es relevante la naturaleza de la actividad, de tal forma que, si la misma puede reputarse como económica de acuerdo con el artículo 2 del Tratado, podría considerarse cubierta por la libertad de establecimiento ⁹².

⁸⁸ Véanse asunto C-149/79, *Comisión contra el Reino de Bélgica*, sentencia de 26 de mayo de 1982, REC [1982] pág. 01845; asuntos C-66/85, ya citado, C-307/84, *Comisión contra República Francesa*, sentencia de 3 de junio de 1986, REC [1986] pág. 01725, C-473/93.

⁸⁹ KAPTEYN, P.J.G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction...*, *op. cit.*, pág. 734.

⁹⁰ Asunto C- *avoir fiscal*,. PISTONE, en su trabajo *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, Eucotax Series on European Taxation, ed. Kluwer Law International Limited, pág. 147, considera que esta misma conclusión se extrae de la sentencia dictada en el asunto *Centros*.

⁹¹ PLENDER, R. y PÉREZ SANTOS, J.: «Libertad de establecimiento y servicios», en *Introducción al Derecho comunitario europeo*, Madrid, Civitas, 1985, pags. 162 y siguientes.

⁹² Sobre el concepto comunitario de actividad económica, véase sentencia de 5 de octubre de 1988, asunto C-186/87, *Steymann*, REC [1988], pág. 06159.

b.2.3) La libre prestación de servicios.

La libre prestación de servicios implica el derecho a ejercer temporalmente actividades, por no establecidos, en el territorio de un Estado miembro en las mismas condiciones previstas para los nacionales y la prohibición de imponer restricciones a su desarrollo; no se puede exigir el cumplimiento de las normas vigentes para los establecidos, ni de los requisitos que ya se hubieran satisfecho en el Estado de origen ⁹³.

El TCE define los servicios en su artículo 50 como prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, que consisten, pues, en obligaciones de hacer. El concepto se precisa mediante la incorporación de una lista ilustrativa en la que se mencionan actividades de carácter industrial, mercantil, artesanal y otras propias de profesionales liberales.

Además de las excepciones previstas en el TCE, por razones de orden público, seguridad y salud públicas, el Derecho comunitario derivado ha desarrollado otras, basadas en consideraciones culturales, en la protección contra daños de la red de telecomunicaciones pública y en reglas de conducta profesional ⁹⁴.

b.2.4) La libre circulación de capitales.

A diferencia de lo que sucedió con el resto de libertades, al término del período transitorio no se produjo la liberalización de la circulación de capitales para evitar distorsiones sobre las políticas monetarias y las balanzas de pagos nacionales, salvo en la medida necesaria para asegurar la libre circulación de mercancías y servicios ⁹⁵. Esta situación cambió con la adopción del TUE y el acuerdo para la Unión Económica y Monetaria, en el cual la libre circulación de capitales juega un papel esencial ⁹⁶.

En cuanto a su ámbito de aplicación, alcanza a los movimientos de capitales y pagos dentro de la Comunidad y entre Estados miembros y Estados terceros. En el caso de movimientos de capitales con países terceros y cuando una medida comunitaria pueda suponer un retroceso en el proce-

⁹³ Sobre la exclusión de las condiciones propias de los establecidos, véase asunto C-205/84, *Comisión contra República Federal de Alemania*, sentencia de 4 de diciembre de 1986, REC [1986], pág. 03755. Sobre el doble cumplimiento de unos mismos requisitos, véase el asunto C-353/89, *Comisión contra los Países Bajos*, sentencia de 25 de julio de 1991, REC [1991], pág. I-04069.

⁹⁴ Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; Directiva 91/263/CEE del Consejo, de 29 de abril de 1991, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos terminales de telecomunicación, incluido el reconocimiento mutuo de su conformidad; y Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados.

⁹⁵ Asunto C-203/80, *Casati*, sentencia de 11 de noviembre de 1981, REC [1981], pág. 00681.

⁹⁶ Hay directivas que regulan determinadas operaciones: la Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997 relativa a las transferencias transfronterizas.

so de liberalización, deberá ser aprobada por unanimidad en el Consejo. Cuando tales movimientos puedan causar dificultades graves para el funcionamiento de la unión económica y monetaria, el Consejo, por mayoría cualificada, puede adoptar las medidas de salvaguardia necesarias.

El artículo 58 recoge las posibles restricciones estatales a los movimientos de capitales. Además de la previsión típica de la toma de medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública, los Estados pueden adoptar las que sean necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, y establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística.

El TCE admite también disposiciones fiscales que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital, siempre que tales medidas no constituyan ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación ⁹⁷.

c) Consecuencias derivadas del principio de no discriminación y las libertades fundamentales en el Derecho tributario nacional.

El TCE recoge la no discriminación y las libertades comunitarias de una tradición propia de los Estados democráticos que integran la Comunidad, basada, entre otros elementos, en la soberanía popular, en el reconocimiento de los derechos fundamentales individuales y en la economía libre de mercado. Así, el Preámbulo del Tratado se refiere a la voluntad de crear una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos, que se convierten así en los verdaderos destinatarios del proceso de integración.

De alguna forma va de suyo que sus ciudadanos ya disfrutaran de todo tipo de libertades económicas. Su inclusión en el Derecho comunitario tiene que ver con la proyección de sus consecuencias en el territorio de todos los Estados integrados. Preocupa aquí la realización en su aspecto internacional.

Estas disposiciones, sus consiguientes obligaciones para los Estados miembros y los derechos para los particulares alcanzan al ámbito tributario: así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia comunitaria, incluso en materias no atribuidas en un principio a la Comunidad ⁹⁸. Su reconocimiento

⁹⁷ Asunto C-35/98, *Verkooijen*, sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98, REC [2000] página I-04071.

⁹⁸ Sentencia de 26 de enero de 1993, asunto C-112/91, *Werner*, REC [1993] pág. I-00429, párrafo 17. VAN THIEL, S.: *EU...*, *op. cit.*; SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J.: *La no discriminación...*, *op. cit.*, pág. 353. Como ha dicho más recientemente el TJCE, una medida fiscal nacional que obstaculiza el ejercicio de esta libertad podía constituir una medida prohibida por el TCE. Así se lee en el párrafo 26 del asunto C-17/2000, *De Coster*, sentencia de 29 de noviembre de 2001, REC 2001, pág. I-09445.

debe tener una doble consecuencia: la LGT debiera hacerse eco de su incidencia en el ordenamiento nacional y es necesario determinar una nueva modalidad de tributación que se ajuste a las prescripciones antes analizadas.

De esta manera, el artículo 3 de la LGT debiera recoger estos valores superiores, puesto que informan la labor legislativa y cumplen una función supletoria e integradora en la interpretación de las normas jurídico-tributarias. Es más, la obligación de no restringir ni obstaculizar la realización de los derechos comunitarios se convierte en la necesidad de respetar un principio de proporcionalidad en la aplicación del sistema tributario y en la determinación de las obligaciones formales impuestas a los contribuyentes de tal procedencia, con la consiguiente incidencia en las previsiones del apartado 2 de este mismo precepto, así como en todas las prescripciones que regulan la aplicación de los tributos.

Las distintas vías administrativas de revisión deben ofrecerles garantías de protección. Las violaciones de los derechos y libertades comunitarios debieran tener la consideración de infracción a la ley o al ordenamiento jurídico y tener los efectos propios de las denegaciones de los mismos. Se destacaría la necesidad de que el artículo 217 de la LGT las considere como casos de lesión de derechos bajo amparo constitucional y que el artículo 221 habilítase, de forma expresa, el procedimiento de devolución de ingresos indebidos para proceder a la restitución que sea necesaria para el restablecimiento del orden comunitario.

Por otra parte, la atribución y reconocimiento de este conjunto de libertades esenciales sitúa al ciudadano comunitario en un determinado estadio jurídico respecto de los Estados miembros, que no concurre en quienes proceden de terceros países. Las exigencias derivadas de la igualdad de trato implican la necesidad de justificar la aplicación de un régimen fiscal diferente, como pueda ser el atribuible a los no residentes, en cada caso. De hecho, la obligación de no restringir las libertades supone un determinado régimen diferenciado que permita la realización de un verdadero mercado interior. La LGT debiera recoger este estatuto que perfila una nueva modalidad de contribuyente, sin perjuicio de que estas consecuencias afecten en mayor medida a las normas concretas de los diferentes tributos.

TRIBUTACIÓN	SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA SIN GARANTÍAS DE LAS SANCIONES TRIBUTARIAS EN LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	Núm. 55/2005
-------------	---	-----------------



MIGUEL WERT ORTEGA

Inspector de Hacienda del Estado

**(Comentario a las SSTs de 7 de marzo de 2005, rec. núm. 715/1999, y
de 5 de octubre de 2004, rec. núm. 4793/1999) ***

De los cambios introducidos por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes (LDGC) uno de los más señalados fue el que afectó a la regulación del procedimiento sancionador, instituyendo, por un lado, el principio de separación respecto al procedimiento de liquidación tributaria y, por otro, la suspensión automática sin garantías de las sanciones. En efecto, en el artículo 34.1 de esa Ley se estableció que «la imposición de sanciones tributarias se realizará mediante un expediente distinto o independiente del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria del sujeto infractor, en el que se dará en todo caso audiencia al interesado» y en el artículo 35 se preceptuó que «la ejecución de las sanciones tributarias quedará automáticamente suspendida sin necesidad de aportar garantía, por la presentación en tiempo y forma del recurso o reclamación administrativa que contra aquéllas proceda y sin que puedan ejecutarse hasta que sean firmes en vía administrativa». Ambos cambios han sido ampliamente celebrados por la doctrina que los calificó como exigencias ineludibles de principios reconocidos en nuestro texto constitucional, como el de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

La sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 7 marzo de 2005 (NFJ019083) se refiere a la segunda de las cuestiones indicadas: la relativa a la suspensión automática de la ejecución de las sanciones sin necesidad de aportar garantías que rige «hasta que sean firmes en vía administrativa». La interpretación del artículo 35 de la LDGC y del correlativo 212.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) que lo ha reproducido resulta pacífica en lo que concierne a los recursos administrativos, reposición y económico-administrativos, pues está claro que hasta que no se agote la vía administrativa, es decir, durante todo el tiempo que la sanción se encuentre pendiente de un recurso administrativo no será exigido el ingreso ni necesaria la aportación de garantías. Sin embargo, la polémica se ha planteado en la fase jurisdiccional cuando agotada la vía del recurso administrativo se acude a los tribunales de justicia mediante el recurso contencioso-administrativo. Y es sobre este aspecto sobre el que incide la sentencia que vamos a comentar: si la suspensión automática sin garantías que ha operado mientras la sanción ha estado pendiente de un recurso administrativo sigue siendo efectiva cuando se acude a los tribunales contenciosos y, por tanto, no se exige el ingreso ni se obliga a prestar garantía para suspenderlo.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF. Núms. 266 (mayo 2005) y 263 (febrero 2005), respectivamente.

La sentencia tiene su precedente en la sentencia del mismo tribunal de 5 de octubre de 2004 (NFJ018637) que decidió la cuestión en el mismo sentido que aquella. La importancia de estas dos sentencias radica en el hecho de que suponen una toma de posición sobre una cuestión que se ha considerado no resuelta totalmente en la Ley y constituye la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual se ha de interpretar la normativa vigente en la materia. Pero el criterio fijado por el alto tribunal no va a estar exento de polémica, como lo demuestra el hecho de que las sentencias se dictaron con votos particulares, uno en la primera de 5 de octubre de 2004 y tres en la de 7 de marzo de 2005 y de que la última de estas sentencias correspondiese al Pleno de la Sala y no a una sección como es habitual, atendiendo a la petición que en este sentido formuló el magistrado que suscribió el voto particular en la primera de las sentencias.

La regulación jurídica de la suspensión de las sanciones resulta de la valoración que realiza el legislador de principios contrapuestos:

- Por un lado, los principios de eficacia y de interés público que presiden la actuación administrativa, de los que deriva la autotutela ejecutiva o ejecutividad de los actos administrativos, por la cual los actos dictados por la Administración deben ser cumplidos de manera inmediata sin necesidad de lo que declare así un tribunal.
- Y, por otro, los principios de tutela judicial efectiva y de presunción de inocencia, consagrados ambos en el artículo 24 de la Constitución, de acuerdo con los cuales se establecen las excepciones a la ejecutividad y se reconoce el régimen de la suspensión.

La suspensión supone una medida cautelar que se acuerda al interponer un recurso contra el acto dictado por la Administración, cuya finalidad es asegurar la ejecución íntegra del crédito en el supuesto de que la sentencia reconozca el derecho de la Administración.

Sin pretensión de describir pormenorizadamente las distintas etapas por las que ha discurrido la evolución normativa en esta materia, que por otra parte figuran relacionadas en los fundamentos de una de las sentencias que comentamos (la de 5 de octubre de 2004, fundamento tercero) se puede señalar, a modo de resumen, que en un principio en nuestro derecho se reconocía con la máxima amplitud el principio de ejecutividad, siendo la excepción la posibilidad de suspender su cumplimiento siempre que se garantizase de manera suficiente el importe exigido. En esta primera etapa, la sanción tributaria no presentaba ninguna especialidad desde el punto de vista de su ejecutividad. La sanción formaba parte de la deuda tributaria y como tal elemento integrante de la deuda estaba sometido al mismo régimen de exacción, incluida la ejecución y la posibilidad de admitir su suspensión.

La situación tuvo su punto de inflexión con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), cuyo artículo 138 apartado 3, inspirado en la recepción del principio de presunción de inocencia en el ámbito de las sanciones administrativas, dispuso que: «La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa». Sin embargo, aunque, como veremos más adelante, éste es un punto controvertido, esta regla no fue incorporada por el ordenamiento tributario, que en atención a la disposición adicional quinta de dicha Ley, que salvó la aplicación de la LGT y demás normas tributarias a los procedimientos tributarios, continuó estableciendo la ejecución de las sanciones tributarias, admitiendo la suspensión previa aportación de garantías.

La doctrina criticó de manera casi unánime que la materia tributaria quedase fuera de la aplicación de esta regla y muchos autores propugnaron simplemente la aplicación directa de la inejecutividad a las sanciones impuestas por la Administración tributaria, al menos mientras estuviesen pendientes de un recurso administrativo.

Por fin, la LDGC en su artículo 35 introdujo la suspensión automática de las sanciones en los términos que hemos visto incorporando la misma norma a la LGT mediante modificación de su artículo 81. En la LGT de 2003 se estableció la misma disposición en el artículo 212.3.a con la siguiente redacción: «La interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación administrativa contra una sanción producirá los siguientes efectos: a) La ejecución de las sanciones quedará automáticamente suspendida en período voluntario sin necesidad de aportar garantías hasta que sean firmes en vía administrativa».

Una cuestión importante es que el artículo 37 del Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, por el que se desarrolló el procedimiento sancionador tras la LDGC establecía que: «Las sanciones suspendidas devengarán los correspondientes intereses de demora conforme a las reglas generales, procediéndose a su cobro una vez que la sanción impuesta adquiera firmeza en vía administrativa», lo que fue criticado por algunos autores¹, como no ajustado a derecho por considerar que las sanciones no son ejecutivas, no nacen al mundo del derecho en tanto no sean firmes en vía administrativa. Sin embargo, este aspecto ha sido corregido por la actual LGT, que en la letra b del mismo artículo 212.3 prescribe que: «No se exigirán intereses de demora por el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa».

1. FUNDAMENTOS DE LAS SENTENCIAS

Las dos sentencias resuelven en el mismo sentido recursos de casación contra dos pronunciamientos de la Audiencia Nacional (AN) que aunque habían decidido extender la suspensión a la vía contenciosa, lo habían acordado así con fundamento en distinta normativa, en un caso en el artículo 35 de la LDGC y en otro en las normas sobre suspensión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Así, la sentencia de octubre de 2004 da la razón al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra el auto de la AN que acordó «... en aplicación del art. 35 de la Ley 1/1998... la suspensión solicitada, sin necesidad de prestar previamente aval o garantía». En la de 7 de marzo de 2005, por el contrario, desestima el recurso del Abogado del Estado contra la SAN de 5 de noviembre de 1998 que había considerado «procedente la suspensión de la ejecución de la sanción tributaria sin necesidad de aportar garantía», pero aplicando las reglas de la LJCA.

Como decíamos, las dos SSTs que estamos comentando concluyen que el núcleo central del debate gira en torno a lo que se entienda como «hasta que sean firmes en vía administrativa», momento al que se refieren el artículo 35 de la LDGC y 212.3 de la LGT. En la de 5 de octubre de 2004 se dice que esa expresión equivale a «hasta que hayan causado estado en dicha vía» (y no quepa, ya, otro recurso administrativo o económico-administrativo), o bien, como máximo «hasta que se adopte, en la vía contencioso-administrativa, la pertinente resolución sobre la virtualidad de la suspensión que, concedida anteriormente, es instada, *ex novo*, en la vía jurisdiccional (en la oportuna pieza separada)».

¹ CERVERA TORREJÓN, F., MAGRANER MORENO, F.J. y JUAN LOZANO, A.M. «Análisis crítico del Reglamento por el que se desarrolla el régimen sancionador tributario (Real Decreto 1930/1998)» (y II), en *Quincena Fiscal (Revista de Actualidad Fiscal)*, núm. 21 del 1 de diciembre de 1998. Aranzadi, S.A., págs. 9 a 22.

En la sentencia de 7 de marzo de 2005, que es más extensa en sus argumentaciones que la precedente, se señala que la frase «hasta que sean firmes en vía administrativa» puede entenderse en tres sentidos:

- a) Lo que se exige es que haya causado estado en esa vía administrativa.
- b) Son firmes en el momento en que haya resolución definitiva del recurso contencioso.
- c) La suspensión se extiende hasta el momento en que se decida por el tribunal contencioso sobre las medidas cautelares en pieza separada.

De estas tres alternativas el TS se inclina por la tercera, es decir, por el mantenimiento de la suspensión sin garantías que se aplicó en la vía económico-administrativa hasta que el órgano jurisdiccional decida en pieza separada sobre la suspensión. Para argumentar su elección se basa en la evolución normativa que ha tenido la suspensión de las sanciones tributarias subrayando la divergencia que existía entre el ámbito tributario y el administrativo en general antes de la LDGC, ya que mientras las sanciones administrativas no eran ejecutivas por mandato de la Ley 30/1992 (art. 138), la LGT continuaba estableciendo la ejecutoriedad de las sanciones tributarias. La LDGC corrigió la disimilitud pero sin acoger la inejecutividad, sino a través de la suspensión automática sin garantías.

La sentencia de 7 de marzo de 2005 considera que aunque en otras sentencias de este mismo tribunal se ha propugnado una tesis según la cual «las referidas sanciones deben quedar suspendidas de forma automática hasta que no haya pronunciamiento jurisdiccional –incluso, por sentencia– sobre su validez y oportunidad», «tal criterio ha sido superado, ya, por lo declarado al respecto en la sentencia de la citada Sección Segunda de 5 de octubre de 2004, en la que se ha tomado en consideración no sólo la propia hermenéutica de los preceptos que venimos comentando sino, en especial, la derivada de lo establecido en los artículos 212.3 y 233.1 y 8 de la nueva LGT...».

El tribunal sigue manifestando: «En efecto, tales artículos de la Ley 58/2003 establecen que "la interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación administrativa contra una sanción producirá el siguiente efecto: la ejecución de sanciones quedará automáticamente suspendida en período voluntario sin necesidad de aportar garantía hasta que sean firmes en vía administrativa", "si la impugnación afectase a una sanción tributaria, la ejecución de la misma quedará suspendida automáticamente sin necesidad de aportar garantías de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 212", "se mantendrá la suspensión producida en la vía administrativa cuando el interesado comunique a la Administración tributaria en el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo que ha interpuesto dicho recurso y ha solicitado la suspensión en el mismo. Dicha suspensión continuará, siempre que la garantía que se hubiese aportado en vía administrativa conserve su vigencia y eficacia, hasta que el órgano judicial adopte la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada", y "Tratándose de sanciones, la suspensión se mantendrá, en los términos previstos en el párrafo anterior y sin necesidad de aportar garantía, hasta que se adopte la decisión judicial"».

Continúa: «No se está, pues, ante un supuesto de inicial inejecutividad de la sanción tributaria (como ha venido aceptándose, en varias sentencias de la Sección Segunda de esta Sala Tercera, hasta la de fecha 5 de octubre de 2004), que determina que, mientras que el órgano jurisdiccional, en la sentencia del recurso contencioso-administrativo, o en otra resolución que lo ultime, no decida sobre la virtualidad o no de la infracción imputada y de la sanción impuesta, no será factible, sin

necesidad de caución, la ejecución de la misma, sino ante un caso, por imperativo legal, de suspensión de la ejecutividad (propia, esta última, inicialmente, de todo acto administrativo) de la sanción, hasta un determinado momento procesal o procedimental, como es, no el de la sentencia o resolución semejante de la Sala jurisdiccional, sino el del auto o resolución que la misma adopte, en base a su innata potestad cautelar, y de acuerdo con los criterios previstos en los artículos 122 y siguientes de la LJCA de 1956 o en los actualmente vigentes en la LJCA 29/1998, en la pieza separada de suspensión del recurso contencioso-administrativo».

2. VOTOS PARTICULARES

En la sentencia de 5 de octubre de 2004 hubo un solo voto particular, mientras que la de 7 de marzo de 2005 tuvo tres. En todos ellos lo que se propugna es que la suspensión sin garantías no limite su eficacia a la decisión sobre la suspensión que se tome por el órgano jurisdiccional, sino que debe reconocerse plenamente también en el ámbito contencioso y durar todo el tiempo que se tarde en decidir de manera definitiva sobre el fondo del asunto.

Los argumentos empleados por los magistrados que suscriben los votos particulares son los siguientes:

- a) Aplicación de los criterios contenidos en la LJCA, postura defendida por Enríquez Sancho en la sentencia de 7 de marzo de 2005.

Para el defensor de este voto particular los jueces del orden contencioso-administrativo deben conocer, por regla general, la suspensión sin garantías, pero no por aplicación del artículo 35 de la LDGC sino como consecuencia de la interpretación del artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa según el cual: «1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada».

En este sentido afirma: «... se trata, fundamentalmente, de la recepción por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de garantías reconocidas a los interesados en vía administrativa. Se trata de interpretar los preceptos que atribuyen a los jueces de lo contencioso-administrativo la tutela cautelar –ahora el art. 130 de la LJCA, como antes el 122 LJCA/1956– de un modo dinámico, acorde con los principios generales que van imponiéndose en el ordenamiento jurídico tributario. No parece una solución aceptable que quien acuda a los Tribunales disponga de menos garantías de las que ha dispuesto en vía administrativa... Entiendo que en la valoración de los distintos intereses en conflicto que el artículo 130 de la LJCA impone a la Sala para pronunciarse sobre la suspensión solicitada, no cabe ignorar esa ponderación realizada legalmente para la suspensión acordada por los órganos económico-administrativos, porque los intereses en presencia son sustancialmente los mismos. No creo aceptable que esa garantía reconocida a los administrados en vía económico-administrativa –la suspensión de la ejecución de la sanción impuesta, sin necesidad de prestar

fianza– deba ser ignorada por los Tribunales, como si la discusión en vía judicial fuera cualitativamente distinta a la mantenida ante los órganos económico-administrativos, y no sólo cualitativamente distinta sino merecedora de una menor protección para el administrado».

- b) Continuidad de la jurisprudencia sobre la materia e interpretación de la frase «decisión judicial» del artículo 233.8 de la LGT como equivalente a sentencia del proceso judicial (Campos Sánchez-Bordona en la misma sentencia de 7 de marzo de 2005).

Este magistrado considera que según la doctrina jurisprudencial (SSTS de 18 de septiembre de 2001, 29 de enero de 2003 y 5 de febrero de 2004, a las que más adelante nos referiremos) existente hasta que la sentencia de octubre de 2004 la quebró «el término "decisión judicial" del artículo 233.8, puesto en relación con el principio sentado en el artículo 212, ambos de la nueva Ley 58/2003, habría de interpretarse referido a la sentencia final y no sólo al auto de suspensión. Y a mi juicio aquella línea jurisprudencial debe mantenerse... Además, la línea seguida por el TS en esta materia (como la manifestada en la sentencia de 6 de octubre de 1998) ha sido aplicar el mismo criterio a la vía contenciosa que el de la económico-administrativa, lo que equivale a extender hasta la sentencia judicial que ponga fin al proceso la suspensión sin fianza de las sanciones tributarias, nos pronunciamos –con votos particulares en contra– a favor de extender al orden jurisdiccional los criterios que en materia de suspensión de actos de contenido tributario había fijado el Legislador para la propia vía administrativa (incluida, obviamente, la económico-administrativa)».

- c) «Firmes en vía administrativa» significa que no cabe recurso ordinario y exigencia del principio de presunción de inocencia (Garzón Herrero en las dos sentencias).

Este magistrado, que fue el único que suscribió un voto particular en la de octubre de 2004 repite en la de marzo de 2005, utilizando el argumento de que la extensión de la suspensión sin garantías «hasta que sean firmes en vía administrativa» equivale a que no quepa contra ella recurso ordinario, sea administrativo o judicial.

Del análisis del artículo 233.8 de la LGT extrae la siguiente conclusión: «La suspensión de las sanciones se regula en el apartado segundo y en él no se menciona la pieza de suspensión, como se hace en el apartado precedente, lo que en mi opinión significa que el legislador excluye tal incidente. Las citas que en el texto analizado se hacen a "los términos previstos en el párrafo anterior" hay que entenderlas referidas a "la comunicación a la Administración Tributaria en el plazo de interposición del recurso contencioso" para que ésta tenga conocimiento de que el acto impugnado no es firme por haberse recurrido. Obsérvese, finalmente, que aquí el texto se refiere a la "decisión judicial" y no a la "suspensión solicitada" como hace en el apartado anterior, lo que demuestra, siempre en mi oponión, que para el legislador, tratándose de sanciones, no hay incidente de suspensión porque las sanciones se han suspendido por el hecho de la interposición del recurso. La mención que en el texto analizado se hace a la "decisión judicial" está justificada pues se refiere a la "decisión judicial" que ponga término al litigio bien sea por una resolución de fondo o por cualquier otra resolución, como podría ser el desistimiento o caducidad».

Asimismo, se refiere a la jurisprudencia anterior a estas sentencias, según la cual las sanciones quedan automáticamente suspendidas por la interposición del recurso, sin necesidad de solicitarlo de los órganos jurisdiccionales.

Por último, la interpretación de las normas específicas de la regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa, le lleva a afirmar que: «Lo que aquí constituye el eje del debate es si "la ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto" que regula el artículo 130 de la LJCA, permite al órgano jurisdiccional ir más allá de lo decidido por el legislador para la vía administrativa. En mi opinión, el legislador ha hecho esa ponderación y a esa ponderación ha de atenerse el órgano jurisdiccional, y, por tanto, tratándose de sanciones la suspensión ha de ser acordada indefectiblemente por los órganos jurisdiccionales ante la petición de los interesados en tal sentido. Los preceptos de la LJCA no habilitan a los órganos jurisdiccionales a adoptar medidas aseguratorias no previstas por el legislador y agravatorias de la situación del administrado en la vía previa», y concluye que «el juez contencioso no puede exigir las garantías que la sentencia mayoritaria posibilita porque de hacerlo quebraría el principio de proporcionalidad al establecer en la vía jurisdiccional, y sin razón temporal que justifique el cambio de criterio, un plus de exigencias con respecto a lo requerido en la vía administrativa».

3. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

Las dos sentencias que estamos comentando, una primera de la sección 2.^a y la otra del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, lo que añade valor al pronunciamiento de esta última, constituyen la doctrina del TS sobre un tema que se ha mostrado controvertido.

Como vimos al examinar la evolución normativa de la suspensión de las sanciones tributarias, los cambios producidos en la regulación de esta materia reflejan un proceso donde la pugna entre los fines de interés público y el principio de eficacia de la actuación de la Administración, que se traduce en el principio de autotutela ejecutiva, y los principios de tutela judicial efectiva y presunción de inocencia reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que amparan las excepciones a dicha ejecutividad, como en el caso de las sanciones, se inclina en la actualidad del lado de estos últimos principios llegando a aplazar el cumplimiento o ejecución de la sanción hasta que exista una decisión firme sobre la misma.

Pero lo que está en el aire, porque no ha terminado de ser fijado con claridad en la legislación, es qué se entiende por decisión firme sobre las sanciones: si basta que se alcance la firmeza en vía administrativa o si es necesario que no quepa contra ellas ningún tipo de recurso ordinario, sea administrativo o jurisdiccional.

La doctrina, por regla general, ha propugnado la más amplia acogida del principio de presunción de inocencia con clara postergación del de autotutela. Así, han sido muchos los autores (MARTÍN QUERALT, FALCÓN Y TELLA y PONT MESTRE, entre otros) que han criticado que no se acogiese sin más en el ámbito tributario el principio de inefectividad reconocido en el artículo 138 de la LRJAP y PAC e incluso los que han defendido la extensión de las mismas reglas de suspensión admitidas en la vía administrativa a la vía jurisdiccional ².

² FALCÓN Y TELLA, R. «El levantamiento de la reducción de las sanciones por revocación de la conformidad y la suspensión automática en vía económico-administrativa», en *Quincena Fiscal (Revista de Actualidad Fiscal)*, núm. 3 de 1 de febrero de 2002, págs. 5 a 8. Este autor señala: «... a mi juicio, la suspensión en la vía contencioso-administrativa debería concederse (como están haciendo algunas salas) sin garantía, ya que la suspensión de la ejecución no puede verse sometida en vía judicial a obstáculos que no existen en la vía administrativa previa...».

También el análisis de las sentencias de los tribunales muestra ejemplos de sentencias de tribunales superiores de justicia en las que se defiende una interpretación de las normas vigentes con anterioridad a la LDGC favorable a la suspensión automática sin garantías, por ejemplo considerando la aplicación en el ámbito tributario de la inejecutividad del artículo 138 LRJAP y PAC (SSTSJ Comunidad Valenciana de 28 de noviembre de 1994 y 22 de abril de 1995 –NFJ004242–)³ o la necesaria unidad de tratamiento en la vía administrativa y en la jurisdiccional (como las SSTSJ de Galicia de 22 de mayo de 1992 y 2 de junio de 1994 –NFJ003380–).

El TS también se ha pronunciado en diversas ocasiones en el sentido de considerar que la inejecutividad de las sanciones establecida en la Ley 30/1992 debía ser reconocida también en materia tributaria y que en el orden jurisdiccional deberían tener efectividad los mismos requisitos y circunstancias que se tuvieron en cuenta para conceder la suspensión en vía administrativa. En esta dirección se pronuncia la sentencia de 6 de octubre de 1998 (NFJ006655)⁴. Otras sentencias en las que se plasma ese mismo criterio son las de 18 de septiembre de 2001 (NFJ011114)⁵, en la que se niega la aplicación de intereses de demora sobre las sanciones suspendidas con el argumento de que no hay precepto alguno que así lo imponga y que agravaría el carácter aflictivo de la sanción, la de 29 de enero de 2003 (NFJ014859)⁶ y la de 5 de febrero de 2004.

³ En la sentencia se justifica el reconocimiento de la inejecutividad de la LRJAP y PAC en que: «La disposición adicional quinta de la Ley 30/1992... dispone en su apartado 1 que "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". La Exposición de Motivos de la Ley dice que el Título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la consolidada jurisprudencia sobre la materia; el Capítulo II del Título IX se refiere a los "principios del procedimiento sancionador", en cuyo ámbito se enmarca el artículo 138.3 de la Ley 30/1992 que dispone que la resolución (se refiere al procedimiento sancionador) será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. Dicho precepto al recoger un principio del procedimiento sancionador, que afecta a la eficacia y a la ejecutividad de la resolución sancionadora en general, no a las formalidades o trámites procedimentales propiamente dichos, es aplicable a la actuación sancionadora de la Administración, incluso de la tributaria».

⁴ En ella se dice: «Sería contradictorio que en el procedimiento ante la Oficina gestora (Decreto 2244/1979), ante los Tribunales Económico-Administrativos (art. 74 del Reglamento de 1996), ante los Delegados de Hacienda (art. 52 del RGR) e, incluso, ante el Director General de Recaudación (art. 53 del mismo) o el propio Ministro de Economía y Hacienda se suspenda (hasta sin caución) la inmediata ejecución de los actos de gestión tributaria, y en vía jurisdiccional aquella suspensión hubiera de quedar limitada a los supuestos donde el contribuyente pruebe la producción de daños o perjuicios de reparación, nada menos, que imposible o difícil. De ahí que la suspensión jurisdiccional de aquellos actos, cuando se aleguen daños o perjuicios de su inmediata ejecutividad (que ya precedentemente ha aceptado de forma implícita la Administración Tributaria al suspender la ejecutividad) y se preste caución o fianza bastante para garantizar el pago de la deuda tributaria controvertida, ha de entenderse ajustada a derecho».

⁵ Afirma: «... no existe precepto alguno en el que inequívocamente se determine que las sanciones pecuniarias, cuya ejecución se suspenda en la vía económico-administrativa y, seguidamente, en la contencioso-administrativa, devenguen intereses hasta el momento en que se hagan efectivas (en cuanto, además, la permisón de tales intereses de demora supondría aumentar, sin justificación, el ya de por sí carácter aflictivo de la sanción)... Por tanto, la vigencia del principio a que responde hoy el mencionado artículo 35 cabe sostenerla desde la configuración y perspectiva constitucional del Derecho Administrativo sancionador (con la puntualización, a mayor abundamiento, de que, aplicable tal precepto, no es necesario, como ya se ha apuntado, hablar de "suspensión" propiamente dicha, porque hasta la resolución del oportuno recurso jurisdiccional, en el supuesto de que fuera desestimado, no podría decirse que la sanción había quedado firme en vía administrativa)... Si, pues, no podía procederse a la ejecución de la sanción impuesta hasta tanto, impugnada la liquidación y solicitada la suspensión de la en ella contenida, pudiera resolver sobre la misma la Sala Jurisdiccional ante la que el recurso hubiera sido planteado, es claro que, mientras tanto, no podía declararse la ejecutividad de la sanción...».

⁶ En consecuencia, la solución que se mantiene y se arbitra en esta sentencia (y en la de instancia) es la de «no ejecutividad de las sanciones en materia tributaria mientras no sean firmes en vía administrativa –es decir, mientras no se incoe el oportuno recurso contencioso-administrativo y no se dicte la pertinente resolución jurisdiccional, o, en su caso, no se consienta el acuerdo sancionador–, y, por tanto, la innecesariedad de afianzar su importe, pues no hay nada que suspender».

En esta situación y, sobre todo, teniendo en cuenta que aplican las normas vigentes sobre la materia, cobra decisiva importancia la doctrina que crea el TS en las sentencias que comentamos. La decisión final, no unánime de los magistrados de la Sala de lo contencioso, pero sí mayoritaria, que expresa el criterio jurisprudencial, es que la suspensión automática sin garantías de las sanciones rige únicamente en la vía administrativa, aunque se amplía al tiempo en que el tribunal tarde en tomar la decisión sobre la oportunidad de conceder la suspensión, no a la sentencia que decide sobre el fondo del asunto, es decir, la procedencia o no de la sanción. Esto quiere decir que es al tribunal al que le corresponde resolver, aplicando las normas contenidas en la LJCA, si procede ordenar la ejecución o, por el contrario, suspenderla y en este caso si debe garantizarse o afianzarse o si procede suspender sin aportación de garantías.

Los votos particulares muestran un criterio minoritario entre los magistrados del TS y postulan una interpretación que se alinea con la mayoritaria de los autores, justificada en el respeto del principio de presunción de inocencia y en el criterio seguido por la jurisprudencia de asimilación por la vía jurisdiccional de las condiciones admitidas en la vía administrativa.

A la vista de las consideraciones y fundamentos tenidos en cuenta para fijar el criterio del TS y de los votos particulares cabe, en nuestra opinión, plantearse las siguientes cuestiones:

1. El sentido de la normativa actual sobre la ejecución de las sanciones es claro: el principio de presunción de inocencia impide que una sanción sea exigible o ejecutada mientras el pronunciamiento de la Administración no sea firme o definitivo, mientras sea susceptible de revisión en cualquiera de sus instancias. Este postulado se basa en que no es suficiente para destruir la presunción de inocencia el criterio manifestado por la Administración al imponer la sanción, por ejemplo como consecuencia de la comprobación tributaria realizada por la Inspección, porque obedece al criterio de un funcionario y porque la acusación, la Administración, no ha demostrado todavía en un proceso contradictorio la culpabilidad del sujeto.

Pero, al mismo tiempo, hay que valorar otras circunstancias que son importantes a efectos de la aplicación práctica del régimen de sanciones tributarias. A este respecto hay que señalar que junto a la consagración constitucional del principio de tutela judicial efectiva es necesario tener en cuenta la posibilidad de que como consecuencia de la lentitud y los problemas que surgen en la aplicación de la justicia se produzca una utilización de la justicia por quienes se valen de estas circunstancias para retrasar la resolución de la cuestión a sabiendas de que no tienen razón, con la finalidad de agotar al contrario. En estos supuestos, como señala CHICO DE LA CÁMARA⁷ la exigencia de intereses de demora por todo el tiempo que esté suspendido el ingreso suponía una compensación del beneficio injusto que obtienen. Compensación que, como veíamos antes, se ha eliminado en la nueva LGT. Coincidimos con este autor en que se debe buscar el justo equilibrio para evitar que el administrado se vea perjudicado por una ejecución de un acto que posteriormente se declara ilegal, así como que tampoco se vean frustradas las expectativas de cobro por la Administración.

⁷ CHICO DE LA CÁMARA, P.: «La aplicación del principio de *fumus bonus iuris*: una propuesta para la resolución de los conflictos en los expedientes de suspensión de ejecución de deudas tributarias», en *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF. Núm. 215 (1), 2001, págs. 203 a 262.

En definitiva, estamos ante un sistema en el que la ley ordena en todo caso aplicar la suspensión sin garantías en la fase administrativa y, además, sin coste financiero alguno para el interesado. Si tenemos en cuenta el tiempo que suele tardar en agotarse la vía administrativa (6 u 8 años, o incluso más) se puede decir que el sistema estimula el recurso aunque se sepa que no se tiene razón pues es más ventajoso que aceptar y pagar la sanción inmediatamente.

2. La regulación actual contenida en la LGT, que viene de la LDGC, no establece la inejecutividad de las sanciones como lo hace el artículo 138 de la Ley 30/1992 para las sanciones administrativas en general, sino su suspensión automática sin garantías, que se aplica sin necesidad de que se solicite por el interesado. Desde el punto de vista de su reconocimiento y operatividad no cabe apreciar ninguna diferencia entre una y otra solución. La única diferencia, al menos en teoría, es que las deudas no ejecutivas nacen realmente en el momento en que pasan a ser ejecutivas o exigibles, y por lo tanto si se declaran procedentes se debe únicamente el importe de la sanción, mientras que las suspendidas son cantidades debidas desde el momento de su imposición y cuando dejan de estar suspendidas habrá que abonar junto al importe de las sanciones los intereses suspensivos que correspondan por todo el tiempo que dure la suspensión.

Esta distinción teórica estaba clara tras la LDGC, pues el artículo 37.3 del Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, que desarrolló el procedimiento sancionador, señalaba que «Las sanciones suspendidas devengarán los correspondientes intereses de demora conforme a las reglas generales, procediéndose a su cobro una vez que la sanción impuesta adquiera firmeza en vía administrativa». Sin embargo, con la nueva LGT esta distinción ha quedado totalmente desdibujada, pues aunque se sigue hablando de suspensión, en el artículo 212.3.b se dispone que «La interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación administrativa contra una sanción producirá los siguientes efectos: b) No se exigirán intereses de demora por el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa».

En consecuencia, si la suspensión automática sin garantías tiene los mismos efectos que la inejecutividad, y la única diferencia, que eran los intereses de demora, ha desaparecido, se puede concluir que se trata de la misma cosa y que el distinto nombre es eso, una cuestión terminológica, pero que se trata del mismo concepto.

3. La sentencia creemos que es acertada si tenemos en cuenta que la LGT es una norma tributaria y como tal sólo establece el régimen de suspensión de la ejecución en vía administrativa, pero no se pronuncia sobre los efectos en la vía jurisdiccional porque esto debe determinarse en la ley de la jurisdicción contenciosa y ésta no contempla esta particularidad. Así pues, el tribunal deberá acudir a las reglas que se previenen en la misma LJCA para decidir sobre la suspensión. Reglas que, como se deduce del artículo 130 de esa Ley, trasladan al tribunal la apreciación a partir de la ponderación de los intereses y circunstancias del caso. Por tanto, deberá decidir si procede la suspensión y si hay que garantizar o se suspende sin garantías.
4. Por último, en nuestra opinión, la situación descrita tras la sentencia respalda una conexión estrecha con la teoría de *fumus bonus iuris* o apariencia de buen derecho, que ya ha tenido alguna acogida en la jurisprudencia del TS, cuyo origen procede del derecho comunitario, y conforme a la cual se trata de otorgar la medida cautelar a aquella parte cuyas pretensiones ofrezcan apariencia de buen derecho.

CONTABILIDAD	CONTABILIDAD DE LOS DERECHOS DE COBRO POR VENTAS DE BIENES Y SERVICIOS	Núm. 56/2005
--------------	--	-----------------



JUAN PEDRO SÁNCHEZ BALLESTA

Universidad de Murcia

Extracto:

EN este artículo realizamos un estudio, a partir tanto de la normativa vigente como de las aportaciones doctrinales al tema, del concepto registro contable y valoración de los derechos de cobro que surgen en las ventas de bienes y servicios con pago aplazado, diferenciando entre operaciones de tráfico y ventas de inmovilizado. Analizamos asimismo la contabilidad de los efectos de comercio y el sentido teórico y la plasmación contable de la provisión para insolvencias. Por último, nos detenemos en el registro contable del *factoring* y del *forfaiting*.

Sumario:

1. Concepto y clasificación de los derechos de cobro.
 - 1.1. Concepto.
 - 1.2. Clasificación.
2. Créditos por operaciones de tráfico.
 - 2.1. Registro contable.
 - 2.2. Valoración.
 - 2.2.1. Cuestiones que afectan al valor nominal.
 - 2.3. Incorporación de intereses a los créditos por operaciones de tráfico.
 - 2.3.1. Créditos a largo plazo.
 - 2.3.2. Créditos a corto plazo.
 - 2.4. Cobro mediante tarjetas de crédito.
3. Créditos de dudoso cobro y provisión para insolvencias.
 - 3.1. Planteamiento.
 - 3.2. Provisiones para insolvencias de tráfico.
 - 3.2.1. Métodos de estimación de la provisión para insolvencias de tráfico.
 - 3.2.2. La provisión para insolvencias de tráfico en el PGC.
 - 3.2.3. Otros aspectos de los créditos dudosos y la provisión para insolvencias.
4. Efectos comerciales.
 - 4.1. Aspectos mercantiles.
 - 4.2. Contabilidad de los efectos comerciales.
5. Créditos no comerciales: créditos por enajenación de inmovilizado.
6. Cuentas a cobrar en *factoring* y *forfaiting*.
 - 6.1. Tratamiento contable del *factoring* y del *forfaiting*.

Bibliografía.

1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE COBRO

1.1. Concepto.

Siguiendo a VELA *et al.* (1996, pág. 234) podemos definir los derechos de cobro como elementos del activo empresarial que surgen como consecuencia de una obligación contraída por terceros a favor de la empresa. Estos derechos de cobro se representan contablemente a través de las cuentas a cobrar, las cuales expresan el crédito concedido por la empresa a otras personas físicas o jurídicas, «el cual supone el derecho a exigir el compromiso adquirido por aquéllas que normalmente consistirá en la *entrega de cierta cantidad de dinero en un momento determinado*, aunque excepcionalmente podrá consistir en el derecho a percibir bienes o servicios en el futuro».

Los derechos de cobro o créditos de la empresa frente a terceros que vamos a tratar en este trabajo son los que tienen en común su vinculación con la actividad propia de la empresa o con otras actividades que, aunque de carácter secundario o extraordinario, guardan su relación con aquélla. Así, estudiaremos tanto los derechos de cobro que pueden derivarse de la venta de bienes o prestación de servicios que constituyen la actividad específica constitutiva del objeto social de la empresa, como los que se derivan de otro tipo de actividades, ya se trate de actividades accesorias o complementarias a la actividad principal como la prestación de determinados servicios que se realizan con cierta habitualidad, o bien de operaciones que se realizan con carácter no habitual o extraordinario. En los dos primeros casos (actividad principal y accesorias) nos encontraremos ante derechos de cobro con origen en el tráfico de la empresa, que representan créditos comerciales, mientras que en el tercer caso (actividad no habitual o extraordinaria) se tratará de créditos no comerciales. Por tanto, los derechos de cobro que vamos a tratar son los derivados de operaciones de venta de bienes o servicios con pago aplazado. Esto va a suponer que el que vende esos bienes o servicios no va a recibir de forma inmediata una contraprestación dineraria, sino que va a incorporar a su patrimonio un derecho de cobro frente al deudor que se cancelará en un momento posterior una vez se produzca la entrega del precio pactado.

1.2. Clasificación.

Siguiendo a la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA, 1999, págs. 158-159) podemos establecer diferentes clasificaciones de derechos de cobro según el criterio o punto de vista adoptado. Así, las más significativas serían las siguientes:

A. Atendiendo al origen de los créditos:

- Crédito concedido a los compradores de los bienes o servicios cuya venta constituye la actividad principal de la empresa. Se representan contablemente a través de las cuentas de clientes.
- Crédito concedido a los adquirentes de servicios cuya venta o prestación tiene un carácter accesorio a la explotación. Se representan contablemente a través de las cuentas de deudores.
- Créditos derivados de operaciones ajenas al tráfico de la empresa, es decir, operaciones no habituales o de carácter excepcional, tales como enajenación de elementos de inmovilizado, créditos al personal, operaciones de carácter financiero, etc.
- Otros créditos, como los derechos de cobro frente a las Administraciones Públicas derivados de las relaciones tributarias con aquéllas, de subvenciones concedidas, etc.

B. De acuerdo con el plazo de cobro:

- Créditos a corto plazo, considerando como tales aquellos cuyo vencimiento es igual o inferior a 12 meses.
- Créditos a largo plazo o de inmovilizado, considerando como tales aquellos cuyo vencimiento es superior a 12 meses.

Para AECA (1999, págs. 159), en la clasificación atendiendo al vencimiento se dará preferencia al plazo de realización efectivo frente a las condiciones contractuales, en caso de que exista contradicción entre ambos, por aplicación del principio de predominio de la realidad económica sobre la forma jurídica en contabilidad. Por lo tanto, para AECA (1999) los créditos concedidos a corto plazo, sobre todo a empresas vinculadas, y renovados frecuentemente, deben considerarse como de largo plazo.

C. En función de la instrumentalización documental de los créditos:

- Créditos materializados en facturas o documentos análogos no formales.
- Créditos materializados en instrumentos formales que tienen la consideración de títulos de crédito, como la letra de cambio o el pagaré.

D. En función de la vinculación del titular de los derechos de cobro y el deudor:

- Créditos frente a empresas del grupo.
- Créditos frente a empresas asociadas.
- El resto de los créditos.

A efectos del concepto de grupo es necesario tener en cuenta la definición del Código de Comercio, artículo 42, sobre la relación de dominio, considerándose que se da esta circunstancia cuando se produce alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posee la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tiene la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Puede disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas anuales y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

No obstante, es necesario tener en cuenta que el concepto de grupo es una situación de hecho, por lo que una empresa deberá segregar los derechos de cobro, considerándolos frente a empresas del grupo, en aquellas situaciones en las que exista dominio de hecho.

En cuanto a las empresas asociadas, se entiende que existe asociación cuando la empresa tenedora ejerce una influencia notable sobre otra empresa, participando en sus decisiones de explotación y financieras, pero sin llegar a un control mayoritario. Se presume la existencia de asociación entre dos empresas cuando una de ellas posee, al menos, el 20 por 100 del capital de la otra, o en caso de que cotice en bolsa, si posee al menos el 3 por 100 (art. 47 del CCom. y párrafo 19 de la Introducción del Plan General de Contabilidad –PGC–). En las partidas de empresas asociadas se incluirán también las relaciones con empresas multigrupo, entendiendo por empresa multigrupo aquella que esté gestionada conjuntamente por una empresa del grupo o la entidad o persona dominante, y uno o varios terceros ajenos al grupo de empresas.

En cualquiera de estos casos, la condición de empresa vinculada se refiere no sólo a la relación entre tenedora y subtenedora sino que también se incluyen las relaciones entre subtenedoras entre sí, así como las de cualquier empresa vinculada con las que lo estén a otras subtenedoras (AECA, 1999, págs. 176-177).

2. CRÉDITOS POR OPERACIONES DE TRÁFICO

Los derechos de cobro frente a terceros que tienen su origen en operaciones del tráfico habitual de la empresa se representan contablemente en cuentas del grupo 4 del PGC (Acreedores y Deudores por operaciones de tráfico), tanto si se trata de créditos a corto plazo como si son créditos a largo plazo. No obstante, en este caso deberán identificarse en cuentas distintas en función del

plazo de vencimiento, puesto que, según las normas de elaboración del balance de situación establecidas en el PGC, letra p), para las cuentas deudoras por operaciones de tráfico con vencimiento superior a un año se creará el epígrafe B.VI del activo, con la denominación «Deudores por operaciones de tráfico a largo plazo», por lo que tendrán la consideración de inmovilizado. En cambio, las cuentas deudoras por operaciones de tráfico con vencimiento a corto plazo vienen recogidas en el epígrafe D.III del activo, considerándose, por tanto, parte del activo circulante.

CUENTAS DE CLIENTES Y DEUDORES

Las cuentas de clientes expresan el derecho de cobro frente a los adquirentes de bienes y servicios como consecuencia de la venta a crédito de los bienes o servicios cuya venta constituye la actividad específica del objeto social de la empresa. Las principales cuentas y subcuentas de clientes, recogidas en el subgrupo 43 del PGC, son las siguientes:

430. Clientes.

4300. Clientes (euros).

4304. Clientes (moneda distinta del euro).

4309. Clientes, facturas pendientes de formalizar.

431. Clientes, efectos comerciales a cobrar.

4310. Efectos comerciales en cartera.

4311. Efectos comerciales descontados.

4312. Efectos comerciales en gestión de cobro.

4315. Efectos comerciales impagados.

432. Clientes, empresas del grupo.

4320. Clientes, empresas del grupo (euros).

4321. Efectos comerciales a cobrar, empresas del grupo.

4324. Clientes, empresas del grupo (moneda extranjera).

4326. Envases y embalajes a devolver por clientes, empresas del grupo.

4329. Clientes, empresas del grupo, facturas pendientes de formalizar.

433. Clientes, empresas asociadas.

435. Clientes de dudoso cobro.

436. Envases y embalajes a devolver por clientes.

437. Anticipos de clientes.

CUADRO 1. CUENTAS DE CLIENTES

Cuentas con saldo deudor (activo)	Cuentas con saldo acreedor (compensadoras)	Cuentas con saldo acreedor (pasivo)
430 y sus subcuentas	436	437
431 y sus subcuentas		
4320 4321 4324 4329	4326	
433		
435		

En cuanto a las cuentas de deudores, expresan el crédito concedido a los compradores de servicios que no tienen la condición estricta de clientes, esto es, se trata de derechos de cobro por ventas a crédito de servicios que tienen un carácter accesorio a la actividad principal de la empresa. No obstante, el PGC indica que en las cuentas de deudores se contabilizará también el importe del derecho derivado de las subvenciones de explotación concedidas a la empresa cuando no sean concedidas por Administraciones Públicas, en cuyo caso se utilizarían las cuentas del subgrupo 47. Las cuentas y subcuentas de deudores recogidas en el PGC, todas de activo, y por tanto de saldo deudor, son las siguientes:

440. Deudores.

4400. Deudores (euros).

4404. Deudores (moneda extranjera).

4409. Deudores, facturas pendientes de formalizar.

441. Deudores, efectos comerciales a cobrar.

4410. Deudores, efectos comerciales en cartera.

4411. Deudores, efectos comerciales descontados.

4412. Deudores, efectos comerciales en gestión de cobro.

4415. Deudores, efectos comerciales impagados.

445. Deudores de dudoso cobro.

449. Deudores por operaciones en común.

Las distintas variantes sobre las cuentas de clientes y deudores van a informar de las diferentes situaciones que pueden afectar a estos derechos de cobro. Así, por ejemplo:

- Que el derecho de cobro esté documentado en un instrumento no formal de pago, como la factura (cuentas 430, 4320, 440), o que, por el contrario, esté documentado en un instrumento formal de pago, como la letra de cambio o el pagaré (431, 4321, 441).
- Que se trate de un crédito frente a una empresa del grupo (432) o asociada (433).
- Que concurren circunstancias que permitan razonablemente la consideración de un crédito como de dudoso cobro (435, 445).
- Que se trate de un crédito expresado en euros (4300, 4320, 4400) o moneda distinta del euro (4304, 4324, 4404).
- Que un efecto de comercio se haya llevado a una entidad financiera para ser descontado (4311, 4411) o para gestionar su cobro (4312, 4412), o incluso que se encuentre impagado a su vencimiento (4315, 4415).
- Que los derechos de cobro estén pendientes de formalizar en la correspondiente factura, o que, aun estándolo, hayan sido objeto de algún reparo por parte del deudor (4309, 4329, 4409).
- En aquellos casos en que se facture a los clientes por envases y embalajes con facultad de devolución se utilizará la cuenta 436 como cuenta compensadora del crédito frente a los clientes.
- Cuando se reciba una entrega del cliente, que normalmente será en efectivo, a cuenta de suministros futuros de bienes o servicios, se utilizará la cuenta de pasivo 437.
- Cuando se trate de créditos con partícipes en las operaciones reguladas en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio y en otras operaciones en común de análogas características (449).

En cuanto al registro contable de los derechos de cobro a largo plazo por ventas de bienes o servicios se podrá crear un subgrupo 45, llamado Clientes y deudores a largo plazo, e incluir en este subgrupo las cuentas de clientes a largo plazo y deudores a largo plazo, o bien se pueden crear dentro de la 430 y la 440 subcuentas para reflejar esos derechos de cobro a largo plazo (por ejemplo, la 4301. Clientes a largo plazo, y la 4401. Deudores a largo plazo), tal y como expone ÁLVAREZ CARRIAZO (1996, pág. 156). De la misma forma, se podrían crear subcuentas de la 431 y la 441 para reflejar los créditos comerciales con vencimiento superior a un año formalizados en efectos de giro (por ejemplo, 4319. Clientes, efectos comerciales a cobrar a largo plazo y 4419. Deudores, efectos comerciales a cobrar a largo plazo), tal y como proponen MARTÍN y VEIGA (1997, pág. 576).

2.1. Registro contable.

Los derechos de cobro por operaciones de tráfico deben registrarse según la norma general cuando surja efectivamente el derecho de cobro, esto es, cuando se haya perfeccionado el contrato de compraventa. A este respecto, desde el punto de vista jurídico, el Código Civil define el contrato de compraventa en su artículo 1.445 como aquel por el que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente», mientras que en su artículo 1.450 establece que la venta está perfeccionada y es obligatoria para ambas partes «si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado». Por su parte, el Código de Comercio, en el artículo 325 define la compraventa mercantil como aquel contrato de «compraventa de bienes muebles para revenderlos, bien en la misma forma que se compraron o bien en forma diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa». En definitiva, las operaciones de ventas de bienes y servicios están perfeccionadas cuando las partes hayan definido y convenido tanto el bien objeto de la venta o el servicio que se debe prestar, como el precio correspondiente, aunque ni lo uno ni lo otro se haya entregado.

Sin embargo, dada la dificultad de conocer el momento de perfeccionamiento del contrato, se suele atender más al fondo económico de las operaciones que a su formalidad jurídica, por lo que en opinión de VELA *et al.* (1996, pág. 236) y de AECA (1999, pág. 162), se matizará esta norma general atendiendo a la realización efectiva de las transacciones. Ello significa que el registro del derecho se realizará cuando se considere completada de manera significativa la operación que genera el derecho de cobro mediante la transferencia de la responsabilidad y control sobre los bienes vendidos o la prestación sustancial de los servicios contratados.

En el caso concreto del reconocimiento contable de un derecho de cobro por ventas son necesarios los siguientes requisitos (AECA, 1999, págs. 162-163; VELA *et al.*, 1996, pág. 236):

- a) Que el compromiso de pago a la empresa vendedora no esté condicionado por la reventa del producto. (Al no haber fecha cierta en el pago se trataría más bien de una operación de entrega a un comisionista).
- b) Que la obligación de pago del comprador sea independiente de los acontecimientos que puedan afectar al producto vendido, tales como la destrucción física, daños, robo, etc. (Lo contrario significaría que el responsable del bien supuestamente vendido sigue siendo el vendedor, por lo que de presentarse alguno de los eventos señalados, el comprador no reconocería compromiso de pago).
- c) Que el comprador que adquiriera el producto tenga entidad jurídica independiente del vendedor. (Lo contrario significaría que no ha habido venta al exterior sino únicamente una transferencia interna de la que no cabe deducir ninguna obligación de pago).

En definitiva, el derecho de cobro por ventas de bienes se registra cuando se transmite la propiedad de la cosa vendida. Este momento depende de las cláusulas en que se haya formalizado el contrato, especialmente cuando existe una gran dilación de tiempo entre la salida del almacén del

vendedor y la entrada en el almacén del comprador, como es el caso del comercio internacional. Para regular los distintos momentos en que puede producirse la transmisión de la propiedad y, por tanto, de la responsabilidad sobre el bien, del vendedor al comprador, existen una cláusulas de comercio internacional (INCOTERMS), que son reglas establecidas por la Cámara de Comercio Internacional que influyen tanto en el comercio internacional como nacional. Las actuales cláusulas, establecidas en 2000, se dividen en cuatro categorías: términos E, F, C y D, que comprenden 13 incoterms que establecen la forma y el momento de la transmisión de la propiedad (VICENT CHULIÁ, 2001, pág. 752).

CUADRO 2. CLÁUSULAS INCOTERMS. FÓRMULAS A LA SALIDA

E	<i>Ex works</i> o «en fábrica» ... (lugar convenido).
F	• FCA (<i>free carrier</i>) o «franco transportista» ... (lugar convenido). • FAS (<i>free alongside ship</i>) o «franco al costado del buque» ... (puerto de carga convenido). • FOB (<i>free on board</i>) o «franco a bordo» ... (puerto de embarque convenido).
C	• CFR (<i>cost and freight</i>) o «coste y flete» ... (puerto de destino convenido). • CIF (<i>cost, insurance and freight</i>) o «coste, seguro y flete» ... (puerto de destino convenido). • CPT (<i>carriage paid to</i>) o «transporte pagado hasta» ... (lugar de destino convenido). • CIP (<i>carriage and insurance paid to</i>) o «transporte y seguros pagados hasta» ... (lugar de destino convenido). En estos casos, (C) el vendedor contrata y paga el transporte, pero no asume el riesgo de la mercancía durante el transporte ni los gastos posteriores a la carga y despacho de la misma. Ello implica que la mercancía pasa a ser propiedad del comprador en el puerto o lugar convenido.

CUADRO 3. CLÁUSULAS INCOTERMS. FÓRMULAS A LA LLEGADA

D	• DAF (<i>delivered at frontier</i>) o «entregada en frontera» ... (lugar convenido). • DES (<i>delivered ex ship</i>) o «entregada sobre buque» ... (puerto de destino convenido). • DEQ (<i>delivered ex quay canty paid</i>) o «entregada en muelle (derechos pagados)» ... (puerto de destino convenido). • DDU (<i>delivered duty unpaid</i>) o «entregada derechos aduaneros no pagados» ... (lugar de destino convenido). • DDP (<i>delivered duty paid</i>) o «entregada derechos aduaneros pagados» ... (lugar de destino convenido). En estos casos, el vendedor asume todos los gastos para llevar la mercancía a destino y, por tanto, asume todos los riesgos. Ello implica que la mercancía pasa a ser propiedad del comprador en el lugar de destino.
---	---

Una vez que se cumplen las condiciones para registrar contablemente el derecho de cobro, el reconocimiento del crédito se realizará, con carácter general y prescindiendo de los impuestos indirectos que graven la operación, mediante un cargo en la cuenta a cobrar que corresponda con abono a la cuenta de ingresos correspondiente. Su cancelación total o parcial implicará un cargo en las cuentas de la contraprestación, generalmente tesorería, si bien la contraprestación pactada puede ser un bien distinto del dinero, con abono a las cuentas a cobrar de clientes y deudores que correspondan.

2.2. Valoración.

Tanto la norma de valoración 12.^a del PGC como AECA (1999, pág. 164) señalan que los derechos de cobro figurarán en el balance por su valor nominal, es decir, la cantidad que haya de recibirse del deudor cuando llegue el vencimiento. La implicación que tiene esta norma es que no se contempla el valor del crédito en el tiempo, ya que el valor nominal del crédito es el mismo sea cual sea su vencimiento. Por tanto, teniendo en cuenta que un importe ya exigible tendría un mayor valor que ese mismo importe exigible en un plazo superior, esta forma de valorar va a suponer una sobrevaloración de los derechos de cobro. Sin embargo, valorar en función del dinero que entraría en la empresa en el momento del nacimiento del derecho de cobro en lugar de valorar en función del valor nominal supondría una laboriosa tarea de actualización de los derechos de cobro, de tal forma que, en aras de la simplicidad, se establece la valoración por el nominal, admitiéndose una ligera sobrevaloración de las cuentas a cobrar.

2.2.1. Cuestiones que afectan al valor nominal.

No obstante, habrá que tener en cuenta que se pueden producir situaciones que afecten a ese valor nominal. Así, es frecuente incluir descuentos o bonificaciones asociados a las operaciones de ventas de bienes o servicios, que minorarán el crédito de la empresa contra el cliente. Según la norma de valoración de las ventas del PGC (norma 18.^a), hay que tener en cuenta las siguientes reglas:

- Los descuentos y similares incluidos en factura y que no obedezcan a pronto pago, es decir, que tengan motivos comerciales, se registrarán como un menor importe de la venta, y por tanto supondrán un menor crédito frente al cliente.
- Los descuentos sobre ventas por pronto pago, estén incluidos o no en factura, se considerarán gastos financieros y se contabilizarán siempre en la cuenta 665. Descuento sobre ventas por pronto pago, puesto que se trata de un descuento que no obedece a la operación de venta sino al cobro de la misma, ofrecido por el vendedor al comprador porque le interesa disponer en el plazo más breve de los recursos financieros establecidos como contraprestación de la venta. Este descuento, por tanto, aunque no disminuye el importe de la venta sí supone un menor derecho de cobro frente al cliente en el importe del descuento y, en su caso, de los impuestos indirectos correspondientes.

- Los descuentos que tienen su origen en que el cliente haya alcanzado un determinado volumen de pedido y que se indiquen con posterioridad a la emisión de la factura se reflejarán en la cuenta 709. Rappels sobre ventas, sin disminuir la cuenta de ventas y, en su caso, disminuirían el derecho de cobro frente al cliente en el importe del descuento y en los impuestos indirectos correspondientes.
- En cuanto a las devoluciones de ventas o a los descuentos que se produzcan con posterioridad a la emisión de la factura y que estén originados por defectos de calidad del producto servido, incumplimiento en los plazos de entrega, o causas análogas, se registrarán en la cuenta 708. Devoluciones de ventas y operaciones similares, suponiendo también una disminución del crédito frente al cliente en el importe del descuento o devolución y los impuestos indirectos correspondientes.

ANTICIPOS

También puede ocurrir que previamente a la venta el cliente hubiese realizado un pago a cuenta de la entrega futura de bienes, recogiendo este concepto como un pasivo en la cuenta 437. Anticipos de clientes. En este caso, cuando se produzca la venta y por tanto la compensación del anticipo, el crédito frente al cliente comprenderá el importe de la venta menos el anticipo y, en su caso, más la parte correspondiente de los impuestos indirectos que se repercutan en el momento de la venta, puesto que la otra parte se habrá devengado con la recepción del anticipo.

ENVASES CON FACULTAD DE DEVOLUCIÓN

En cuanto a la situación de que se produzca una venta y el producto se haya vendido contenido en unos envases o embalajes con facultad de devolución, el valor de estos envases o embalajes se incluirá en el importe de la factura, incrementando el crédito frente al cliente, si es el caso de venta a crédito, lo cual tendrá su contrapartida en un abono a la cuenta compensadora de clientes 436. Envases y embalajes a devolver por clientes. Sin embargo, en este caso, puesto que el comprador puede optar por devolver los envases, el importe del crédito relativo a los envases no tiene por qué realizarse en dinero, es un crédito que puede cancelarse simplemente con la devolución de los envases o embalajes. Por tanto, la deuda monetaria de los clientes viene recogida inicialmente como diferencia entre la cuenta de clientes y la cuenta compensadora 436. Cuando definitivamente se produzca la devolución o no de los envases, se producirá bien una disminución del crédito (abono de clientes con cargo a envases a devolver) por la cantidad relativa a los envases, bien una consolidación monetaria del crédito por el importe de los envases que se reflejará con un cargo en la 436 y un abono en la cuenta 704. Ventas de envases y embalajes.

VALORACIÓN EN MONEDA DISTINTA DEL EURO

Si los derechos de cobro vienen expresados en moneda distinta del euro, de acuerdo con la norma de valoración 14.^a del PGC, se convertirán en euros aplicando el tipo de cambio vigente en la fecha de su incorporación al patrimonio de la empresa, registrando el crédito por su importe equi-

valente en euros. Posteriormente, al cierre del ejercicio, se valorarán al tipo de cambio vigente en ese momento, teniendo en cuenta que, en los casos de cobertura del riesgo de cambio, se considerará únicamente la parte de riesgo no cubierto. Al valorar al tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio, y en virtud del principio de prudencia, las diferencias negativas que se produzcan se considerarán gasto financiero del ejercicio, registrándose en la cuenta 668. Diferencias negativas de cambio, con abono a la cuenta de crédito, que se verá así disminuida. En cuanto a las diferencias positivas que surjan al valorar al nuevo tipo de cambio, en tanto no estén realizadas, es decir, en tanto no se haya producido el cobro del derecho, se considerarán un ingreso diferido, registrándose en la cuenta 136. Diferencias positivas en moneda extranjera, con cargo a la cuenta que recoja el derecho de cobro, que se verá así aumentada. Una vez se produzca el cobro, y por tanto el ingreso por la variación del tipo de cambio esté realizado, se considerará ingreso efectivo del ejercicio en que se produce el cobro.

CRÉDITOS EN ESPECIE

Caso similar al de la moneda extranjera es el que presentan los créditos a percibir en especie, donde la cancelación del crédito se va a realizar con la entrega de activos distintos al dinero. En este caso no se puede hablar de valor nominal del crédito, sino que se requiere la aplicación de un precio a las cantidades en unidades físicas de los bienes o servicios a percibir como contraprestación para obtener un equivalente monetario. La propuesta valorativa de AECA (1999, pág. 165) es similar a la de la moneda extranjera, puesto que se trataría de valorar estas partidas aplicando los precios vigentes al perfeccionarse el contrato y efectuar, al cierre de cada ejercicio, los ajustes necesarios, de tal forma que la diferencia que surja de este ajuste, si supone beneficio, se diferirá hasta su realización, mientras que se imputará a resultados en caso de pérdida. Además, el principio de prudencia exige que se adopten cautelas en la valoración de los activos a percibir como contraprestación, especialmente si no existe un mercado de referencia para obtener unos precios aplicables a los bienes o servicios objeto de la contraprestación, en cuyo caso habría de estimarse el valor de esos bienes de la forma más adecuada, recurriendo incluso, si fuese necesario, a tasaciones independientes.

Sin embargo, a este respecto, la resolución del ICAC de 16 de mayo de 1991, por la que se fijan criterios generales para determinar el importe neto de la cifra de negocios, establece en su punto segundo, apartado b) que «las entregas de mercaderías o productos destinados a la venta y prestaciones de servicios que las empresas efectúen a cambio de activos no monetarios o como contraprestación de servicios que representan gastos para ella, 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». Por tanto, se cumple el principio de prudencia al no reconocer beneficios, y entendemos que la contribución de esos activos no monetarios al importe del crédito frente al cliente vendría determinada, en ausencia de otras cuestiones como impuestos indirectos, etc., por el importe del precio de adquisición de los bienes o servicios entregados, o bien por el valor de mercado de lo recibido si es menor.

2.3. Incorporación de intereses a los créditos por operaciones de tráfico.

Una vez visto el criterio general de valoración de los créditos por operaciones de tráfico, así como diversos aspectos relacionados con el mismo, estudiaremos las opciones previstas por el PGC para el caso, no muy habitual salvo que se trate de créditos a largo plazo, de que estos créditos devenguen intereses. Para ello diferenciaremos el tratamiento dado a los intereses en los créditos comerciales a largo plazo del que se les da en los créditos comerciales a corto plazo.

2.3.1. Créditos a largo plazo.

Respecto a los intereses que incorporen los derechos de cobro derivados del tráfico normal de la empresa, la norma de valoración 12.^a del PGC se limita a señalar que «los intereses incorporados al nominal de los créditos y débitos por operaciones de tráfico con vencimiento superior a un año deberán registrarse en el balance como "Ingresos a distribuir en varios ejercicios" o "Gastos a distribuir en varios ejercicios", respectivamente, imputándose anualmente a resultados de acuerdo con un criterio financiero» ¹.

Por tanto, en lo que respecta a los derechos de cobro, sólo se está haciendo referencia a los *intereses implícitos* incluidos en los derechos de cobro a largo plazo por operaciones del tráfico, que deben incluirse en el nominal de los créditos frente a clientes o deudores teniendo como contrapartida la cuenta 135. Ingresos por intereses diferidos, que figurará en el epígrafe B del pasivo del balance ². Y tal y como indica la norma, la cuenta 135 se imputará anualmente a resultados como ingreso financiero de acuerdo con un criterio financiero a lo largo de la vida del crédito (con abono a las cuentas 763. Ingresos de créditos a largo plazo o 762. Ingresos de créditos a corto plazo). De esta forma, como indican MARTÍN y VEIGA (1997, pág. 574), se cumple con los principios de prudencia y devengo, puesto que los ingresos correspondientes a intereses por aplazamiento vienen recogidos en una cuenta de ingresos diferidos y no de ingresos del ejercicio, ya que no se pueden considerar como ingresos en el momento en que se lleva a cabo la operación de venta con cobro aplazado. Posteriormente, conforme se vaya produciendo el devengo de esos intereses se imputarán como ingreso financiero, logrando que cada ejercicio soporte los intereses correspondientes al mismo en aplicación del principio de devengo. Por tanto, el ingreso por la venta o prestación, ya producido, se valora por el precio de contado, en tanto que los intereses quedarán como ingresos diferidos hasta que se vayan devengando. A su vez, la diferencia entre el valor nominal del crédito comercial, reflejado en las cuentas de clientes o deudores, y el saldo de la cuenta 135 permitirá conocer un valor neto más o menos equivalente al valor actual de realización (por descuento bancario) del derecho de cobro (VELA *et al.*, 1996, pág. 259).

¹ Este mismo criterio se seguiría para los créditos derivados de ventas realizadas a ciertos Entes y Organismos cuya solvencia está garantizada pero con plazos de cobro inciertos pero previsiblemente superiores al año (consulta n.º 5 del BOI-CAC n.º 15, diciembre de 1995).

² No obstante, los ingresos a distribuir en varios ejercicios que recogen los intereses incorporados al nominal de los créditos se reclasificarán en el corto plazo en la medida que compensen créditos con vencimiento inferior al año, por lo que los ingresos por intereses diferidos que compensen activos a corto plazo se incluirán en la partida de pasivo del balance E.VII Ajustes por periodificación (consulta n.º 5 del BOI-CAC n.º 32, diciembre de 1997).

En el caso de que existan *intereses explícitos*, y con independencia de la forma en que se cobren, periódicamente o al inicio del crédito, no se integrarán en el valor nominal del crédito comercial, sino que se contabilizarán en cuentas de ingresos financieros conforme se vayan devengando. Por tanto, a estos intereses no es de aplicación el contenido de la norma 12.^a. Cuando se produzca el devengo de los mismos, a efectos de periodificación del ingreso financiero (el cual vendrá recogido bien en la 762. Ingresos de créditos a largo plazo, bien en la 763. Ingresos de créditos a corto plazo) en tanto no se produzca el cobro del mismo, se utilizarán como cuentas periodificadoras las siguientes cuentas de activo que reflejarán un crédito por intereses.

Para empresas independientes (según el plazo de vencimiento del crédito por intereses):

257. Intereses a largo plazo de créditos.

547. Intereses a corto plazo de créditos.

Mientras que si se trata de empresas vinculadas se utilizarían las cuentas:

246. Intereses a largo plazo de inversiones financieras en empresas del grupo.

247. Intereses a largo plazo de inversiones financieras en empresas asociadas.

5361. Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo.

537. Intereses a corto plazo de inversiones financieras en empresas asociadas.

Si esos intereses se cobran anticipadamente, se reflejarían, en cambio, como un pasivo en tanto no se devenguen, en la cuenta 585. Intereses cobrados por anticipado.

Una última consideración sobre los derechos de cobro a largo plazo por operaciones de tráfico es la propuesta de AECA (1999, págs. 166-168), de que en aquellos casos en que no se incluye explícitamente interés alguno o el tipo de interés incluido difiere sustancialmente del de mercado, sin que sea por motivos como la existencia de garantías de terceros o restricciones legales, se impute un interés al tipo nominal de cuentas a cobrar similares, de modo que la cuenta a cobrar quede registrada a su valor estimado de realización.

2.3.2. Créditos a corto plazo.

Cuando las operaciones de tráfico se realizan a corto plazo nos encontramos con que la valoración del ingreso por ventas o prestación de servicios es independiente de que se produzca o no un aplazamiento en el cobro, registrándose, en su caso, el descuento por pronto pago como un gasto financiero. Por tanto, según la opción seguida por el PGC, nunca se van a considerar intereses implícitos sino aplazamiento con coste nulo. Esta posición es confirmada por la resolución del ICAC de 16 de

mayo de 1991, por la que se fijan criterios generales para determinar el importe neto de la cifra de negocios, cuando afirma que las ventas se valorarán por el importe facturado en caso de pago con vencimiento inferior a un año. (...). Asimismo, la consulta número 4 del BOICAC número 53, sobre el tratamiento contable de una venta con intereses derivados por el aplazamiento con vencimiento inferior a un año, es contestada afirmando que si hubiera intereses implícitos incorporados en la facturación, dicho importe figurará en el haber de la cuenta de pérdidas y ganancias, en la agrupación 1 del modelo normal o en la partida 1.^a del modelo abreviado, es decir, esos intereses formarán parte del importe neto de la cifra de negocios cuando la operación de tráfico tenga un vencimiento inferior al año. En el caso de vencimiento superior al año, estaríamos en el caso de los créditos a largo plazo, y tanto la resolución como la consulta citadas confirman lo expuesto en la norma de valoración 12.^a.

Sin embargo, desde un planteamiento teórico, el fondo económico-financiero de esta operación puede analizarse como que la empresa que concede un aplazamiento en el cobro está cargando implícitamente un interés equivalente al que le descuenta al cliente si le paga al contado (URÍAS, 1997, pág. 232). En efecto, como señala MENÉNDEZ MENÉNDEZ (1991, pág. 212), al valorar cualquier elemento de los estados contables es necesario tener en cuenta el factor tiempo, pues el valor monetario de una partida no es independiente del momento en que dicho elemento vaya a convertirse en efectivo. Desde esta perspectiva, los ingresos deben cuantificarse a una fecha determinada en función del valor que a esa fecha tenga la corriente futura de efectivo que esos ingresos van a originar para la empresa. Por tanto, habría que diferenciar la parte de ingreso correspondiente a la venta y la parte correspondiente a intereses, puesto que en la valoración de los ingresos por ventas o prestaciones de servicios vendrían incluidos los intereses implícitos por aplazamiento, equivalentes al importe del descuento por pronto pago.

Sin embargo, la solución adoptada por el PGC consiste en no considerar intereses implícitos sino aplazamiento con coste nulo, lo que supone los siguientes problemas desde el punto de vista de la información contable (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, 1991, págs. 212-213):

1. No se está distinguiendo el flujo de riqueza con origen en la actividad operativa (ya devengado en el momento de la venta o prestación) del recargo financiero implícito en los cobros futuros (que se irá devengando a medida que vaya transcurriendo el período de diferimiento en el pago).
2. Se pueden producir problemas de periodificación cuando los estados contables se presenten en una fecha intermedia entre el momento de contabilización del ingreso y el momento de su cobro, puesto que se está incluyendo el recargo financiero, que se irá devengando en el período, como si fuera renta de la empresa, ya devengada.

2.4. Cobro mediante tarjetas de crédito.

En la actualidad, está muy extendida la aceptación como forma de pago, por parte de las empresas vendedoras, de las tarjetas de crédito, ya que la concesión de crédito a los clientes favorece las compras por parte de éstos. Aunque el PGC no se ha pronunciado respecto a este tipo de operacio-

nes, dada la innegable importancia que las mismas tienen en las economías modernas, creemos interesante analizar el efecto que, desde el punto de vista de la empresa vendedora, tiene la utilización de tarjetas de crédito sobre los derechos de cobro. Para ello distinguiremos las tarjetas de crédito emitidas por la propia empresa vendedora, que son tarjetas de compra que los grandes establecimientos comerciales ponen a disposición de sus clientes, de las tarjetas de crédito propiamente dichas, que o bien son facilitadas por entidades financieras o bien por empresas ligadas a entidades financieras, (SÁEZ TORRECILLA, 2001, pág. 395).

A) Ventas a crédito con tarjetas de compras.

En este caso es la empresa vendedora la que asume el riesgo de cobro, como en cualquier venta a crédito, concediendo un aplazamiento en el cobro al cliente a través de la tarjeta de compra. Por lo tanto, se registrará como una venta cualquiera, con un cargo a la cuenta en la que se recoja el derecho de cobro (normalmente clientes) y un abono a la cuenta de ventas o de ingresos correspondiente. El crédito se cancelará a su vencimiento con cargo a la cuenta de bancos en la que el cliente haya domiciliado el pago.

B) Ventas a crédito con tarjetas de crédito.

En este caso, la entidad emisora de la tarjeta de crédito aparece interpuesta entre el cliente y el vendedor. Esto es, la empresa o establecimiento comercial cobra de la entidad gestora de la tarjeta, la cual, a su vez, y en el momento pactado, cobra al cliente. Por tanto, el riesgo de impago del cliente lo soporta la entidad gestora de la tarjeta y no el vendedor, siempre que este último cumpla los requisitos pactados con la empresa gestora, como suele ser el pedir autorización a la misma en cada venta, lo cual suele hacerse por procedimientos electrónicos. Por otra parte, la entidad gestora de la tarjeta de crédito cobra una comisión al vendedor, con la que cubre tanto el anticipo del dinero, puesto que el cliente pagará más tarde, como el riesgo de los clientes incobrables (SÁEZ TORRECILLA, 2001, pág. 396).

Basándose en que la relación del vendedor con la entidad emisora de la tarjeta es una relación de tipo financiero, aunque esté conectada con una operación comercial, SÁEZ TORRECILLA (2001, pág. 396) propone utilizar como contrapartida de la cuenta de ingresos, en vez de la cuenta de clientes o la correspondiente que exprese el crédito comercial, una cuenta de crédito no comercial, en este caso la 542. Créditos a corto plazo. En cualquier caso, se utilice esta cuenta, o la más habitual de clientes, en el momento que la entidad gestora abone el importe, se cancelará el derecho de cobro con cargo a 572. Bancos, por el importe ingresado; y desglosando el importe de la comisión total cobrado por la entidad gestora en gastos financieros (663. Intereses de deudas a corto plazo; o 665. Descuentos sobre ventas por pronto pago) por los intereses cobrados por el anticipo del dinero, y en gastos de comisión bancaria.

Por su parte, VELA *et al.* (1996, pág. 239) proponen registrar el importe de la comisión como un descuento sobre ventas por pronto pago, que disminuye bien el importe de la cuenta de Clientes, o bien el de las cuentas de tesorería si se contabiliza como una venta al contado sin pasar previamente-

te el importe líquido de la misma por cuentas de clientes. En cuanto al importe de la comisión cobrada, el ICAC propone que cuando no se pueda delimitar claramente el importe de la misma en gastos financieros, consecuencia de la disposición anticipada del importe de la venta, y en gastos bancarios por asumir el riesgo de impago, en virtud del principio de importancia relativa y considerando la primacía del componente financiero, se considerará esa comisión total como gastos financieros y asimilados de la cuenta de pérdidas y ganancias (consulta n.º 1 del BOICAC n.º 51, septiembre de 2002).

3. CRÉDITOS DE DUDOSO COBRO Y PROVISIÓN PARA INSOLVENCIAS

3.1. Planteamiento.

Una de las cuestiones que es necesario abordar cuando se estudian los derechos de cobro, especialmente los derivados de operaciones del tráfico, es el riesgo de incobrabilidad de los mismos, es decir, la posibilidad de que finalmente no se conviertan en liquidez. Evidentemente, si todas las ventas se produjesen al contado, no existiría este problema, pero también es obvio que la restricción del crédito supondría unos importes de facturación considerablemente inferiores a los que se producen con una flexibilidad en las condiciones de pago. En cualquier caso, y puesto que en el tráfico empresarial es habitual la concesión de crédito a los clientes y deudores por las ventas de bienes y prestaciones de servicios, hay que contar con el *riesgo de crédito*, es decir, la posibilidad de que algunos de esos créditos no sean satisfechos en su totalidad o sólo lo sean parcialmente, ya sea por una insolvencia sobrevenida del deudor que no se podía prever, ya sea por una mala gestión del crédito por parte de la empresa vendedora concediendo aplazamiento del cobro a clientes sin haber estudiado previamente tanto la fiabilidad de los mismos como su capacidad de pago.

De aquí que el impago total o parcial del deudor va a suponer para la empresa vendedora que no todo lo que registró en su momento como ingresos por ventas o por prestaciones de servicios van a ser tales ingresos, y que tampoco el valor de realización de todos los derechos de cobro sea el valor nominal por el que se registraron en el momento de la venta, puesto que habrá derechos de cobro o parte de los mismos que no se convertirán en liquidez.

Ahora bien, en virtud del principio de prudencia, la empresa debe registrar los riesgos previsibles y las pérdidas eventuales tan pronto como sean conocidos, por lo que si estima que en algunos de los créditos pendientes de cobro existe riesgo de insolvencias, deberá contabilizar la pérdida esperada. Además, si la situación de impago se produce en ejercicios posteriores a aquel en que se llevó a cabo la venta o prestación de servicios, y la empresa no ha contabilizado la pérdida esperada, se estará trasladando esa pérdida o menor ingreso por ventas a un ejercicio posterior a aquel en que se realizó la venta. Se estaría así incumpliendo del principio de correlación de ingresos y gastos, en función del cual las pérdidas estimadas por incobrabilidad de los derechos de cobro deben imputarse al mismo ejercicio económico en que se han producido las ventas que han hecho nacer esos derechos de cobro. Por ello, es con base en estos dos principios (prudencia y correlación de

ingresos y gastos) por lo que es necesario realizar una estimación razonable del riesgo por insolvencias que presentan los créditos comerciales y cubrir mediante una provisión la pérdida que se generará como consecuencia del impago de los créditos. De esta forma, en contabilidad quedará reflejada tanto esa pérdida como la disminución de valor de los derechos de cobro de la empresa ³.

3.2. Provisiones para insolvencias de tráfico.

El riesgo por insolvencias, como acabamos de indicar, va a tener su reflejo contable a través de las provisiones, definidas por AECA (1999b, pág. 284) como «aquellas cuentas que recogen hechos o situaciones que implican quebrantos imputables al período al que se refieren los estados financieros que, bien porque existe una alta probabilidad de que se produzcan, bien porque no se conozca la totalidad de sus datos y circunstancias, han de contabilizarse bajo diferentes formas de estimación y métodos de cálculo, al objeto de que el resultado incluya todas las pérdidas que le corresponden».

Además, se establece una distinción entre el término provisión y el de contingencia, también utilizado para referirse a situaciones de incertidumbre. La diferencia entre provisiones y contingencias, según AECA (1999b, págs. 283-284), es que las provisiones se refieren a pérdidas correspondientes al período que se cierra, pero cuya contabilización ha de realizarse mediante estimaciones, mientras que las contingencias implican hechos posibles, que todavía no se han manifestado, pero que, por su eventual incidencia en la situación financiera o en los resultados, deben ponerse en conocimiento de los usuarios de los estados financieros. Por tanto, a partir de las definiciones anteriores, la diferencia fundamental entre ambos términos en nuestro entorno doctrinal, como apuntan MONEVA (1990, pág. 63) y SÁEZ OCEJO y MARTÍN-CASAL (2000, pág. 204), se sitúa en la probabilidad de ocurrencia del suceso, pues mientras el término provisión se utiliza para cubrir acontecimientos ciertos o altamente probables, el término contingencia se reserva para acontecimientos posibles.

No obstante, es necesario tener en cuenta, como señala SÁEZ OCEJO (2001, pág. 35), que si bien en países como España aplicamos el término provisión no sólo para referirnos a deudas cuyo vencimiento o importe es incierto, sino también a depreciaciones reversibles de activos o créditos de dudoso cobro, en otros casos el término provisión haría referencia sólo al primero de ambos conceptos, tal y como ocurre con la IAS o IFRS 37 «Provisiones, activos contingentes y pasivos contingentes». En esta norma internacional se definen las provisiones como pasivos en los que existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento, mientras que una contingencia o pasivo contingente sería:

³ Una alternativa a la estimación del riesgo de insolvencias y su reflejo mediante provisiones es que la empresa asegure sus operaciones comerciales con una compañía de seguros, de tal forma que si a la fecha de cobro a un cliente éste no abona las facturas pendientes, la compañía de seguros indemnice a la sociedad. En este caso, en el momento en que se tenga información de que un determinado crédito es incobrable, y por tanto la insolvencia es firme, se cancelará el crédito con cargo a la cuenta 650. Pérdidas de créditos comerciales incobrables, y el importe cobrado de la compañía de seguros se registrará como ingreso, utilizando una cuenta del subgrupo 75 creada al efecto, la cual podría ser la 756. «Ingresos por indemnizaciones de seguros por siniestro en la actividad», introducida por el cuadro de cuentas de la adaptación del PGC a las sociedades anónimas deportivas (consulta 3, BOICAC n.º 45, marzo 2001).

- a) Toda obligación posible, surgida a raíz de sucesos pasados, cuya existencia quedará confirmada sólo si llegan a ocurrir, o en caso contrario si no llegan a ocurrir, uno o más sucesos futuros inciertos que no están enteramente bajo el control de la empresa, o
- b) Toda obligación presente, surgida a raíz de sucesos pasados, pero no reconocida contablemente, ya que:
 - i) no es probable que la empresa tenga que satisfacerla, desprendiéndose de recursos que incorporen beneficios económicos, o bien
 - ii) el importe de la obligación no puede ser medido con la suficiente fiabilidad.

Por ello, las provisiones de activo no estarían contempladas en la norma del IASB dedicada a las provisiones y pasivos contingentes (IFRS 37).

Desde el punto de vista normativo español, esta necesidad de efectuar correcciones valorativas mediante la dotación de provisiones viene reconocida en el artículo 187 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; en el artículo 39 del Código de Comercio según la redacción dada por la Ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE; y en la propia norma de valoración 12.^a del PGC cuando establece que «deberán realizarse las correcciones valorativas que procedan, dotándose, en su caso, las correspondientes provisiones en función del riesgo que presenten las posibles insolvencias con respecto al cobro de los activos de que se trate».

Los dos grandes grupos de provisiones previstos por el PGC, al igual que el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en sus artículos 187 y 188, de acuerdo con la IV Directiva, son los siguientes:

1. Aquellas que suponen una disminución de valor de elementos de activo como resultado de causas cuyos efectos no son irreversibles.
2. Aquellas destinadas a cubrir pérdidas o deudas claramente especificadas en cuanto a su naturaleza, pero con la particularidad de que en la fecha de cierre del balance reúnan las condiciones de ser probables o seguras y, además, indeterminadas en cuanto a su importe o en cuanto a la fecha en que se producirán. Son las provisiones para riesgos y gastos, que permiten imputar un gasto al ejercicio que efectivamente debe soportarlo, aunque se manifieste en otro ejercicio posterior, consiguiendo así una correcta periodificación.

La provisión para insolvencias del tráfico, a través de la cual se va a realizar la corrección valorativa de los créditos comerciales de dudosa cobrabilidad se sitúa, por tanto, como una provisión de activo que compensa el valor de esos créditos comerciales. A su vez, en la medida en que permite cumplir con el principio de correlación de ingresos y gastos, imputando las pérdidas por insolvencias en el mismo ejercicio en que se hayan producido esas ventas, lo cual se va a lograr sobre todo a través del procedimiento global que veremos a continuación, también participa de una función periodificadora.

3.2.1. Métodos de estimación de la provisión para insolvencias de tráfico.

Una vez establecido el sentido conceptual y legal de la provisión para insolvencias de tráfico corresponde precisar cómo se puede estimar el riesgo por insolvencias y a través de qué procedimientos se produce su reflejo contable. En primer lugar, ya hemos indicado que en virtud del principio de prudencia la empresa debe registrar los riesgos previsibles y las pérdidas eventuales, con origen en el ejercicio o en otro anterior, tan pronto como sean conocidas. En nuestro caso particular se trata de insolvencias de créditos comerciales que aún no son definitivas, pues en ese caso habría que registrar una pérdida cierta y cancelar el crédito, y por tanto no estaríamos hablando de provisionar un crédito. Por otra parte, en virtud del principio de correlación de ingresos y gastos, la empresa debe imputar a cada ejercicio económico las pérdidas estimadas por incobrabilidad de derechos de cobro nacidos como consecuencia de ventas producidas en ese ejercicio económico, aun cuando se desconozca qué clientes son los que van a resultar insolventes *a posteriori*. Es por ello que al terminar el ejercicio económico la empresa deberá efectuar una estimación de ese riesgo por insolvencias.

Para ello pueden seguirse fundamentalmente dos métodos:

- Uno global, consistente en realizar una estimación global o conjunta del riesgo de créditos fallidos, típico de empresas que cuenten con gran número de clientes y deudores.
- Otro individual o específico, consistente en realizar un seguimiento individualizado de cada derecho de cobro, típico de empresas con pocos clientes y deudores.

En efecto, para realizar esa estimación del riesgo por insolvencias, si se trata de una empresa de gran tamaño, con un número considerable de cuentas de clientes y deudores, será necesario realizar una estimación alzada del riesgo, pudiéndose tomar en cuenta como cifra de referencia para realizar el cálculo de la dotación a la provisión bien la cifra de ventas, bien el saldo de cuentas a cobrar al final del ejercicio (AECA, 1999, pág. 171). Otros datos de carácter objetivo que, junto a la cifra de ventas o el saldo de cuentas a cobrar, pueden ser de utilidad para la estimación correcta del riesgo por insolvencias, podrían ser los siguientes (MONTESINOS, 1985, pág. 149; RIVERO ROMERO, 2001, pág. 167):

- El análisis de las empresas del mismo sector.
- La experiencia de años anteriores.
- La antigüedad en los saldos de clientes y deudores vencidos.
- La coyuntura económica.
- Las posibles modificaciones respecto de las condiciones crediticias concedidas por la empresa en períodos anteriores.

Información a partir de la cual la empresa podría aplicar procedimientos estadísticos, tales como medias ponderadas, ajustes de tendencia o modelos econométricos (RIVERO MÉNDEZ y SOSA ÁLVAREZ, 1990, pág. 1.012), para estimar de forma global el riesgo por insolvencias.

Sin embargo, si se trata de una empresa con un número no muy grande de cuentas de clientes y deudores, no será difícil realizar un seguimiento individual de cada uno estudiando la probabilidad de que cualquiera de esos clientes o deudores pueda resultar insolvente, en lo que constituiría una estimación individual o específica del riesgo de insolvencias. Para ello la empresa puede basarse en datos como (MONTESINOS, 1985, pág. 145):

- La experiencia en relación con operaciones y créditos anteriores con el cliente.
- Retrasos significativos en la liquidación de la deuda sobre sus vencimientos previstos.
- Situaciones concursales tales como quiebra, suspensión de pagos, etc., por parte del cliente.
- Litigios en curso con el deudor promovidos por la empresa en reclamación del saldo o por el propio cliente por disconformidad con el mismo.
- Informes externos solventes acerca de la situación del cliente.

Ahora bien, en este caso, aunque se puedan estimar con mayor exactitud que en el procedimiento global los riesgos de insolvencia, si el conocimiento de la probabilidad de insolvencia de un crédito se manifiesta en un ejercicio posterior a aquel en que se produjo la venta o la prestación de servicios, el registro de la pérdida estimada cumpliría con el principio de prudencia pero no con el de correlación de ingresos y gastos.

3.2.2. La provisión para insolvencias de tráfico en el PGC.

En el PGC están permitidos tanto el procedimiento global como el individual para el registro de la provisión para insolvencias del tráfico. Veamos a continuación la mecánica contable de cada uno de los dos procedimientos, empezando por el individual.

MÉTODO INDIVIDUALIZADO O ESPECÍFICO

Siguiendo a SÁEZ TORRECILLA (2002, pág. 93), podemos señalar las siguientes fases del proceso contable en el caso del método individualizado:

- 1.^a Separación de los créditos dudosos y los créditos normales.
- 2.^a Dotación de la provisión correspondiente a los créditos dudosos según se vayan produciendo.

- 3.^a Contabilización de las pérdidas por créditos incobrables y aplicación de la correspondiente provisión.
- 4.^a Contabilización, en su caso, de la desaparición del riesgo y aplicación de la correspondiente provisión.
- 5.^a Revisión de los riesgos de incobrables.

Caso de que se siga el procedimiento individual de estimación del riesgo de fallidos, desde el momento en que la situación de un cliente o deudor presente un riesgo de no poder atender sus compromisos de pago con la empresa, será necesario reclasificar los derechos de cobro que la empresa posea sobre el mismo como créditos de dudoso cobro en las cuentas 435. Clientes de dudoso cobro, 445. Deudores de dudoso cobro, o en las subcuentas correspondientes si se trata de empresas del grupo o asociadas (en su caso, como indica GARCÍA DE LA IGLESIA (2000, pág. 316), se habrían creado las cuentas 442 y 443 para deudores de dudoso cobro de empresas del grupo o asociadas). Estas cuentas, según las definiciones del PGC, representan los saldos de clientes o deudores, incluidos los formalizados en efectos de giro, en los que concurran circunstancias que permitan razonablemente su calificación como de dudoso cobro. A este respecto, GARCÍA DE LA IGLESIA (2000, pág. 316) comenta que puede tratarse de créditos pendientes de vencimiento o impagados a esa fecha, pero aún no dados definitivamente por perdidos, puesto que las cuentas de efectos impagados representan derechos documentados en un instrumento formal de pago que aunque no hayan sido satisfechos a su vencimiento, no se consideran de difícil cobro. Sin embargo, en opinión de SÁEZ TORRECILLA (2002, págs. 82 y 97), cuando hay efectos impagados son las propias cuentas que representan a estos efectos impagados las que deben recoger el crédito de dudosa cobrabilidad, sin hacer traspaso a las cuentas de clientes o deudores de dudoso cobro.

Una vez reclasificado el derecho como de difícil cobro, deberá dotar la correspondiente provisión para insolvencias de tráfico para cubrir su posible pérdida. En la mecánica contable del PGC esta dotación se realiza mediante un asiento donde se registra un cargo en la cuenta 694. Dotación a la provisión para insolvencias de tráfico, imputándose de esta forma la pérdida esperada a resultados, y se abona la correspondiente cuenta de Provisión para insolvencias de tráfico (490, 493 ó 494, según se trate de empresa no vinculada, del grupo o asociada). Estas cuentas aparecerán en balance compensando los créditos comerciales. Posteriormente, una vez que se dé de baja el crédito de dudoso cobro (bien por insolvencia definitiva o parcial, o bien por el pago del derecho de cobro), o incluso si desapareciera el riesgo de impago del crédito para el cual surgió, se cancelará la provisión. La cancelación del crédito de dudoso cobro se realizará con cargo a la cuenta 650. Pérdidas de créditos comerciales incobrables, por la parte irrecuperable, y, en su caso, con cargo a cuentas de tesorería por la parte recuperada, o incluso con cargo a las cuentas de clientes o deudores si desapareciese el riesgo de impago. A su vez, la provisión se cancelará inmediatamente por su importe total cargando la cuenta 490 (o 493 ó 494, si corresponde) con abono a la cuenta de ingresos 794. Provisión para insolvencias de tráfico aplicada.

En opinión de LARRIBA (1997, pág. 91), esta mecánica contable, que va a ser idéntica en el procedimiento global, adolece de un gran defecto, y es que en una situación de insolvencia, aunque la misma se encuentre cubierta con provisión (en cuyo caso lo más lógico sería eliminar el cré-

dito incobrable con cargo a la provisión), se deberá cargar por un lado a la cuenta de pérdidas y ganancias con la 650. Pérdidas de créditos comerciales incobrables, mientras que por otro lado, para compensar la pérdida reconocida, se abonará como ingreso del mismo período la cuenta 794. Provisión para insolvencias de tráfico aplicada, como si de tal aplicación se derivara un beneficio. En su opinión (LARRIBA, 1997, pág. 89), la cancelación de la provisión dotada en el ejercicio anterior nunca puede ser un ingreso de este ejercicio, ya que se estarán trasladando resultados de un ejercicio a otro. En todo caso, opina el profesor LARRIBA (1997, pág. 89), la corrección de la provisión debería realizarse con gastos y pérdidas de ejercicios anteriores, ya que se trata de la corrección de unos gastos relevantes reflejados en el periodo anterior. En este mismo sentido se pronuncia el profesor MONTESINOS (1985, pág. 147), quien comenta que, no obstante ser conceptualmente más correcto considerar la falta o el exceso de provisión como gastos o ingresos de ejercicios anteriores (y por tanto, como componentes del resultado extraordinario), las soluciones adoptadas tanto doctrinalmente (AECA, 1999) como legalmente (PGC) se decantan por no dejar en manos de las empresas un elevado nivel de discrecionalidad en cuanto a la cifra de resultado ordinario y extraordinario.

Por último, habrá que continuar realizando un seguimiento de los derechos de cobro antiguos y nuevos para, en su caso, dotar provisión para aquellos que se estime que no se van a cobrar, o cancelar la provisión y reclasificar un crédito dudoso en las cuentas de clientes o deudores si se estima que ha desaparecido el riesgo de impago. Para ello es necesario tener en cuenta la norma de valoración 21.^a cuando establece que «los cambios en aquellas partidas que requieren para su valoración realizar estimaciones y que son consecuencia de la obtención de información adicional, de una mayor experiencia o del conocimiento de nuevos hechos, no deben considerarse (...) como cambios de criterio contable». En el caso de las provisiones para insolvencias, entendemos, con LARRIBA (1997, pág. 89), que estamos en este caso, es decir, que no se trata de cambios en criterios contables sino en las estimaciones, debiéndose reconocer sus efectos en el momento en que se conocen, puesto que una mayor proximidad al vencimiento de las deudas proporcionará una mejor visión de su desenlace.

Por tanto, lo que hace la mecánica del PGC es cancelar el crédito con una cuenta de gastos del período (650), y a su vez eliminar la provisión con una cuenta de ingresos (794) que compense a la pérdida registrada en la 650, lo cual, en la medida en que el importe de la pérdida real recogido en la 650 coincida con el importe de la provisión, permitirá que toda la pérdida se impute en el momento en que se dote la provisión. Sin embargo, en la medida en que la pérdida real no coincida con la estimada, esto producirá que si la insolvencia es superior a la estimada se tenga que imputar una parte de la pérdida en un momento posterior a la dotación, cuando se cancela el crédito, mientras que si la insolvencia es inferior a la estimada, el exceso de pérdida que se registró en la dotación a la provisión se compensará al aplicar la provisión.

MÉTODO GLOBAL

En cuanto al procedimiento global, las fases del proceso contable serían las siguientes (SÁEZ TORRECILLA, 2002, pág. 80):

- 1.^a Separación, en su caso, entre créditos dudosos y normales.
- 2.^a Dotación inicial de la provisión.
- 3.^a Contabilización de las pérdidas por clientes y deudores incobrables o fallidos y aplicación de la provisión.
- 4.^a Dotación de la provisión para el ejercicio siguiente.

Veremos a continuación cómo se lleva a cabo todo ese proceso. Una vez realizada una estimación objetiva del riesgo de fallidos del conjunto de los derechos de cobro por operaciones de tráfico en poder de la empresa de acuerdo a los parámetros que hemos comentado (experiencia de años anteriores, coyuntura económica, situación del sector, cambio en las condiciones crediticias, etc.), la mecánica contable establecida por el PGC en el procedimiento global es la siguiente: al cierre de cada ejercicio se dota la provisión mediante un cargo en la 694. Dotación a la provisión para insolvencias de tráfico, y un abono en la 490. Provisión para insolvencias de tráfico (o 493 ó 494, si se trata de empresas del grupo o asociadas). En este caso no corresponde la reclasificación de los créditos como de dudoso cobro, porque en principio no están identificados los posibles insolventes, aunque si de algún cliente en concreto se tiene evidencia de posibilidad de impago, se podrá reclasificar a dudoso cobro, tal y como hemos reflejado en la primera fase. En el ejercicio siguiente, cuando se produzca la insolvencia definitiva de un derecho de cobro, la pérdida cierta se registrará en la cuenta 650. Pérdidas de créditos comerciales incobrables, y, en su caso, el importe recuperado vendrá recogido en las correspondientes cuentas de tesorería. La consideración de la insolvencia definitiva, como indican diversos autores, entre ellos HERNÁNDEZ GARCÍA (1993, pág. 680), debe exigir el cumplimiento de algún requisito objetivo previamente establecido, como haber transcurrido un determinado tiempo desde el vencimiento del crédito, haber agotado una serie de procedimientos intentando el cobro, etc. La provisión no se moverá hasta el cierre del ejercicio, cuando se cancele con abono a la cuenta de ingresos 794. Provisión para insolvencias de tráfico aplicada. El razonamiento es el mismo que el expuesto anteriormente. La pérdida cierta ocurrida cuando se manifiesta la insolvencia definitiva se registra en la cuenta 650 que queda compensada, parcial o totalmente, por el ingreso reflejado en la 794 al aplicar la provisión. Una vez cancelada la provisión dotada al cierre del ejercicio anterior, comenzará de nuevo el proceso de estimación y dotación, en su caso, de una nueva provisión.

De esta forma, el resultado del ejercicio en que se manifiesta la insolvencia definitiva sólo soportará, o bien la pérdida no cubierta por la provisión en el caso de que la pérdida cierta sea superior a la prevista, o bien, si la pérdida cierta es inferior a la estimada, un ingreso que minore el gasto imputado en el ejercicio anterior al dotar la provisión (GARCÍA DE LA IGLESIA, 2000, pág. 318). Al contabilizar de esta forma, entre los resultados de los dos ejercicios, se logra imputar la verdadera pérdida, consiguiéndose además tanto la aplicación del principio de prudencia, puesto que la pérdida previsible se ha llevado a resultados tan pronto ha sido conocida, como, en la medida en que la estimación se aproxime a la pérdida real, el principio de correlación de ingresos y gastos, puesto que el mismo ejercicio en que se produce la venta o la prestación de servicios es el que soporta la pérdida asociada al impago de ese venta o prestación de servicios.

En cuanto a la posibilidad de que se recupere total o parcialmente un crédito comercial dado por definitivamente perdido, se llevase ya el procedimiento global ya el procedimiento individual, el PGC establece que se registrará en la cuenta 778. Ingresos extraordinarios, compensando así el gasto registrado previamente en la cuenta 650.

En definitiva, para resumir exponemos las cuentas asociadas a la dotación y cancelación de provisiones para insolvencias de tráfico en el PGC:

Dotación:

694. Dotación a la provisión para insolvencias de tráfico.

Provisiones:

490. Provisión para insolvencias de tráfico.

493. Provisión para insolvencias de tráfico de empresas del grupo.

494. Provisión para insolvencias del tráfico de empresas asociadas.

Exceso:

794. Provisión para insolvencias de tráfico aplicada.

Créditos de dudoso cobro:

435. Clientes de dudoso cobro.

445. Deudores de dudoso cobro.

En el caso de empresas del grupo o asociadas se crearían las subcuentas correspondientes.

Pérdida por insolvencia del crédito comercial:

650. Pérdidas de créditos comerciales incobrables.

Crédito recuperado que previamente se había considerado como perdido:

778. Ingresos extraordinarios

3.2.3. Otros aspectos de los créditos dudosos y la provisión para insolvencias.

Una cuestión que se plantea con los créditos de dudosa cobrabilidad es que la cancelación del crédito se produzca con la entrega por parte del deudor de activos no monetarios. AECA (1999, pág. 173) señala cinco tipos de percepciones no monetarias:

1. Cesión de derechos de cobro del deudor.
2. Existencias.
3. Activos inmovilizados.
4. Subrogación del deudor en la titularidad de deudas del acreedor.
5. Prestación por el deudor de servicios al acreedor.

La valoración propuesta por AECA no es distinta de la de los créditos a percibir en especie: el valor de la deuda cancelada o el de mercado de los activos recibidos, el más bajo de los dos, clasificándose éstos en el balance dentro del epígrafe adecuado a la naturaleza de la percepción. Caso de que se cancele el crédito con la devolución de la mercancía vendida previamente habrá que tener en cuenta la pérdida de valor que hayan sufrido esos activos como consecuencia de la obsolescencia que les afecte o los daños de cualquier tipo que hayan podido sufrir.

Un último aspecto a comentar es la diferencia de criterios existente entre contabilidad y fiscalidad respecto a la consideración de las provisiones como gasto. Así, en los artículos 12 y 126 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades se establecen los criterios para considerar deducibles las dotaciones para cubrir el riesgo derivado de posibles insolvencias de los deudores. Entre ellos es de destacar que será necesario el transcurso de seis meses desde el vencimiento del crédito o que se produzcan situaciones objetivas, tales como quiebra, concurso de acreedores o suspensión de pagos, que acrediten la dudosa cobrabilidad de ese crédito. Además, no se permite el procedimiento global salvo para las empresas de reducida dimensión, las cuales, junto a la estimación individual en los términos comentados, podrán dotar una provisión para cobertura del riesgo derivado de insolvencias hasta el límite del 1 por 100 sobre los deudores existentes a la conclusión del período impositivo a los cuales no se les haya dotado provisión por el procedimiento individual y que además no se trate de deudores cuyas dotaciones no tengan el carácter de deducibles (tales como los adeudados o afianzados por entidades de Derecho público, entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca, créditos frente a entidades vinculadas con el acreedor salvo insolvencia judicialmente declarada, etc). Esta disparidad de criterios entre contabilidad y legislación tributaria ocasionaría que, llegado el caso de que por motivos contables se dote una provisión y al cierre del período impositivo no hayan transcurrido aún seis meses del vencimiento del crédito, existirá en ese ejercicio una diferencia entre resultado contable y fiscal porque el gasto contable no es aún deducible desde el punto de vista fiscal, compensándose en el ejercicio siguiente, una vez que transcurridos los seis meses desde el vencimiento, se haya convertido en gasto fiscalmente deducible. O si se produce el cobro del crédito previo al transcurso de esos seis meses, la aplicación de la provisión supondrá un ingreso contable que no es fiscal.

4. EFECTOS COMERCIALES

Los derechos de cobro que surgen en las ventas o prestaciones de servicios cuando se concede un crédito comercial a los clientes y deudores pueden documentarse, bien en el momento que nace el derecho de cobro o bien en un momento posterior, en efectos de giro o efectos comerciales, tales como la letra de cambio o el pagaré. No obstante, hay que indicar que aunque estos efectos de comercio surjan en el mismo momento de la venta o prestación del servicio, no exoneran de la necesidad de crear la correspondiente factura.

Aunque no es nuestro propósito entrar a describir pormenorizadamente las características y casuística de los documentos formales de pago, realizaremos un breve repaso de los principales aspectos mercantiles asociados a los mismos, regulados en la Ley 19/1985 Cambiaria y del Cheque, de 16 de julio de 1985, para que nos permitan una mejor comprensión de la mecánica contable. Para ello seguiremos, junto a la propia Ley 19/1985, a autores como VICENT CHULIÁ (2001), SÁNCHEZ CALERO (2003), SÁEZ TORRECILLA (2002), VELA *et al.* (1996), RIVERO ROMERO (2001), GARCÍA DE LA IGLESIA (2000) y MARTÍN y VEIGA (1999 y 1999b).

Una de las principales ventajas de la letra de cambio es que refuerza las garantías del cobro, ya que la acción cambiaria, directa o de regreso, puede ejercitarse no sólo por el proceso declarativo, única alternativa válida para reclamar el impago de un crédito documentado en un instrumento no formal, sino también por la vía ejecutiva (juicio cambiario), procedimiento más rápido que el declarativo. Junto a ello, el materializar el derecho de cobro en un título de crédito lo hace susceptible de transmisión por parte del tomador, lo que le permite a éste bien anticipar el cobro de la deuda mediante el descuento de la letra o bien cancelar una deuda propia entregando como contraprestación el efecto de giro.

4.1. Aspectos mercantiles.

Los efectos comerciales pueden clasificarse de acuerdo con la clase de operación que les da origen. Así, siguiendo a VELA *et al.* (1996, pág. 248), podríamos realizar la siguiente clasificación:

- Efectos comerciales puros, que son los creados por las empresas con motivo de transacciones entre ellas.
- Efectos comerciales de segundo grado o intermedios, que responden a operaciones de venta de empresas a consumidores, y a operaciones entre personas por diversos motivos.
- Efectos semifinancieros, en las operaciones de venta a plazo superior al año.
- Efectos financieros, cuando se trata de un crédito concedido por una entidad financiera formalizado mediante efectos. Son efectos creados expresamente para documentar un crédito.

- Efectos de colusión o de puro favor, cuando hay una simulación de operación económica entre las partes con objeto de acceder al descuento del efecto, ocultando a la entidad financiera el carácter ficticio de la letra.

Entrando a comentar la letra de cambio, podemos definirla como un documento por el que una persona (librador) exige a otra (librado) pagar una cierta cantidad de dinero a un tercero (tomador) o a quien éste designe (tenedor o endosatario) en lugar y fecha determinados.

Para que una letra de cambio sea válida ha de contener como mínimo las siguientes especificaciones:

1. La denominación de letra de cambio, inserta en el mismo texto en el idioma empleado para su redacción.
2. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada.
3. El nombre de la persona que ha de pagar, denominada librado.
4. La indicación del vencimiento.
5. El lugar en que se ha de efectuar el pago.
6. El nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar.
7. La fecha y lugar en que la letra se libra.
8. La firma del que emite la letra, denominado librador.

Aunque si no se contienen todas estas especificaciones en principio no estaríamos ante una letra de cambio, la ley establece tres salvedades:

1. La letra de cambio cuyo vencimiento no esté expresado se considerará pagadera a la vista.
2. A falta de indicación especial, el lugar designado junto al nombre del librado se considerará como lugar del pago y, al mismo tiempo, como lugar del domicilio del librado.
3. La letra de cambio que no indique el lugar de emisión se considerará librada en el lugar designado junto al nombre del librador.

Las personas intervinientes en la letra de cambio son las siguientes:

1. Librador: es la persona que gira o emite la letra (normalmente el vendedor del bien o prestador del servicio).

2. Librado: persona contra quien va extendida la letra, quien ha de pagarla (normalmente el comprador del bien o servicio).

Mientras el librado no acepte la letra, no se encuentra obligado a su pago. La aceptación de la letra consiste en la declaración expresa del librado por la que se compromete formalmente, mediante su firma, a cumplir la orden de pago al vencimiento. Al aceptar la letra de cambio, el librado-aceptante se somete a la legislación cambiaria, quedando reforzada la obligación de pago.

3. Tenedor: es el propietario de la letra, el que tiene derecho al cobro. El tenedor inicial se denomina tomador, el cual puede ceder el derecho de cobro a un tercero mediante su endoso. Al efectuar el endoso, el tomador se convierte en endosante y la persona beneficiaria de la cesión en endosatario (nuevo tenedor). La letra se puede endosar sucesivamente, cambiando así el tenedor de la misma. El tenedor es el que tiene la obligación de presentar la letra al cobro en su vencimiento.
4. Avalista: es el que garantiza con su patrimonio el pago de la letra si no lo hace la persona a quien avala, que puede ser cualquiera de los intervinientes en la letra. Al pagar la letra, el avalista adquiere los derechos derivados de la letra sobre la persona avalada y los responsables cambiarios frente al avalado.

No obstante, en la práctica se puede producir la coincidencia en una sola persona de algunos de los intervinientes (VELA *et al.*, 1986, pág. 248):

- a) El vendedor, actuando como librador-tomador, gira la letra al comprador, que actúa como librado. De esta forma el vendedor ordena al comprador que le pague el precio acordado en la fecha estipulada.
- b) El comprador emite una letra en la que aparece como librado y librador a favor del vendedor, que figura como tomador. En este caso es el comprador el que se ordena a sí mismo pagar una cantidad en el plazo convenido al vendedor, que es quien recibe el efecto.

En cuanto al vencimiento de la letra, hay cuatro posibilidades:

1. A fecha fija.
2. A un plazo contado desde la fecha de giro.
3. A días vista, contados a partir de la fecha de aceptación.
4. A la vista, es decir, a su presentación al librado para que pague. En este caso, el plazo de presentación es todo el año siguiente a su fecha de libramiento, si bien el librador puede exigir que no se presente antes de determinada fecha.

Llegado el vencimiento de la letra, el tenedor ha de presentarla al cobro al librado (el día de su vencimiento o en uno de los dos días hábiles siguientes), quien tiene la obligación de pagarla si la ha aceptado. Caso de que éste no pague (o, en su caso, que ni siquiera acepte la letra), el tenedor puede exigir el pago al librador, los endosantes o el avalista, pues todas las personas que han intervenido en el documento son responsables solidarios. La acción frente al aceptante y sus avalistas es directa, sin necesidad de protesto notarial. Sin embargo, y salvo que la letra se haya emitido con la cláusula «sin gastos», para el ejercicio de la acción de regreso contra el librador, los endosantes y sus avalistas, es necesario realizar el protesto de la letra, que es el acto notarial que acredita la falta de aceptación o de pago de la letra. Si el tenedor procede contra un endosante, éste puede a su vez hacerlo contra los anteriores. Si lo hace contra el librador, éste podrá ir contra el librado que hubiese aceptado la letra.

En cuanto al pagaré, es un instrumento formal de pago por el cual el firmante o emisor se compromete a pagar al tenedor una determinada cantidad de dinero, quedando sometido a la misma posición jurídica del aceptante en la letra de cambio. La principal diferencia con respecto a la letra de cambio es que, en el pagaré, el emisor es siempre el obligado al pago.

4.2. Contabilidad de los efectos comerciales.

Desde el punto de vista contable, los derechos de cobro por ventas de bienes o prestaciones de servicios a crédito instrumentados en efectos de giro se registrarán en las cuentas 431. Clientes, efectos comerciales a cobrar o 441. Deudores efectos comerciales a cobrar (o, en su caso, en las correspondientes subdivisiones de las cuentas que recogen los créditos frente a empresas vinculadas), únicamente cuando esos efectos comerciales hayan sido aceptados. Por tanto, mientras los efectos no hayan sido aceptados por los clientes o deudores, los derechos de cobro frente a los mismos vendrán recogidos en las correspondientes cuentas de clientes o deudores. No obstante, dado que en la práctica comercial es muy habitual la emisión de efectos sin aceptación, creemos conveniente, tal y como apuntan VELA *et al.* (1996, pág. 249) y MARTÍN y VEIGA (1999, pág. 315), la creación de subcuentas de la 430. Clientes, o 440. Deudores, para diferenciar los derechos de cobro documentados en instrumento no formal, como la factura, de aquellos documentados en efectos de giro no aceptados. Otra postura, defendida por GARCÍA DE LA IGLESIA (2000, pág. 306), sería dar una nueva definición de las cuentas 431 y 441 para que incluyeran los derechos formalizados en efectos de giro, estén o no aceptados.

Una vez que la empresa tiene en su poder el efecto comercial se encuentra, como señala GARCÍA DE LA IGLESIA (2000, pág. 306), con las siguientes alternativas:

- a) Esperar a su vencimiento para presentar ella misma las letras al cobro.
- b) Encargar la gestión de cobro a una entidad financiera.
- c) Descontar los efectos en una entidad financiera.
- d) Endosarlos a un tercero como medio de pago de una deuda contraída con él.

A continuación comentaremos cómo afectan estas distintas posibilidades a la mecánica contable, teniendo en cuenta que las subcuentas que propone el PGC de la 431 y de la 441 (o, en su caso, de los derechos de cobro frente a empresas vinculadas) y que hemos adoptado en la explicación, suponen ofrecer desde la propia contabilidad financiera la información relativa al estado en que se encuentran los efectos. Si bien, como indica SÁEZ TORRECILLA (2002, pág. 36), puede prescindirse de la utilización de las subcuentas y utilizar únicamente la 431 o la 441 (en su caso, las cuentas de derechos de cobro frente a empresas vinculadas) para recoger todas las posibles situaciones de la letra de cambio, de tal forma que la información que no quede recogida dentro de la contabilidad financiera tenga por otra parte un desarrollo adecuado en el sistema de registro auxiliar que se establezca dentro del sistema de información de la empresa. Otra aclaración que debe ser realizada es que al proponer subcuentas de la 431 o la 441 estamos suponiendo que esos efectos comerciales han sido aceptados. En caso de que no hubieran sido aceptados, las subcuentas representativas de la gestión de cobro de los efectos en cartera, impagados o descontados, serían subcuentas de la 430 y la 440 ⁴.

A) La propia empresa gestiona el cobro.

En este caso, el derecho de cobro se encuentra recogido en las subcuentas 4310. Clientes, efectos comerciales en cartera, o 4410. Deudores, efectos comerciales en cartera, hasta su vencimiento. En dicha fecha, si el cliente o el deudor paga, se cancelará el derecho de cobro con cargo a cuentas de tesorería, mientras que si el cliente o el deudor no paga, se reclasificará en las subcuentas de impagados: 4315. Efectos comerciales impagados, o 4415. Deudores, efectos comerciales impagados.

B) Gestión de cobro por una entidad financiera.

La empresa lleva el efecto a una entidad financiera para que ésta se encargue de gestionar el cobro. Cuando llegue el vencimiento del efecto, la entidad financiera lo presentará al cobro al librado, abonando a la empresa el valor líquido del mismo, una vez deducidos del valor nominal la comisión por el servicio prestado y otros gastos. En caso de impago, la entidad financiera devolverá el efecto a la empresa cobrando igualmente la comisión por la gestión del cobro y demás gastos.

Contablemente, en el momento en que se lleve el efecto a la entidad financiera para que ésta gestione el cobro, se reclasificará en las subcuentas 4312. Efectos comerciales en gestión de cobro o 4412. Deudores, efectos comerciales en gestión de cobro. Al vencimiento, estas cuentas se cancelarán con cargo a cuentas de Tesorería por el importe líquido y a la 626. Servicios bancarios y similares, por los gastos cobrados por el banco si el efecto resulta pagado. Si resulta impagado, se reclasificará en las subcuentas de impagados: 4315. Efectos comerciales impagados, o 4415. Deudores, efectos comerciales impagados, y asimismo la empresa deberá atender los gastos cobrados por el banco con motivo de la gestión del cobro.

⁴ Véase MARTÍN y VEIGA (1999 y 1999b) si se quiere una explicación detallada de estas situaciones con subcuentas de efectos no aceptados.

C) Descuento comercial en una entidad de crédito.

Una operación muy habitual es el descuento comercial de efectos, mediante el cual, con la garantía de la letra de cambio, una entidad financiera le anticipa al tenedor el importe líquido de la letra, una vez deducido del valor nominal los intereses por la disposición anticipada del dinero y otros gastos, tales como comisiones bancarias, correo o timbres. Al vencimiento, la entidad financiera cobrará la letra de cambio directamente del librado, desapareciendo así la deuda con la entidad financiera de la empresa que negoció la letra. En cambio, si el deudor no paga, la empresa que descontó la letra deberá cancelar su deuda con la entidad financiera devolviendo el importe nominal de la letra más, en su caso, los gastos que se deriven del impago. Tal y como indican VICENT CHULIÁ (2001, pág. 881) y SÁNCHEZ CALERO (2003, pág. 487), el descuento comercial es un contrato de crédito y liquidez, que permite convertir un activo financiero en un activo monetario. No debe confundirse con el descuento financiero, puesto que el descuento comercial se efectúa con letras originadas en operaciones de compraventa de bienes o prestación de servicios, mientras que el descuento financiero, en cambio, tiene lugar con letras que se crean con la finalidad expresa de documentar un crédito.

Puesto que en esta operación la empresa va a responder del pago del efecto ante la entidad financiera en caso de que el librado no lo haga, en la contabilidad de la empresa debe figurar, tal y como señala GARCÍA DE LA IGLESIA (2000, pág. 309), información tanto sobre el derecho de cobro cedido al banco como medio de pago de la deuda, como sobre la deuda con la entidad financiera que será satisfecha bien con el importe cobrado por la letra, bien con un desembolso de la propia empresa. Es éste el motivo de que en el momento de producirse el descuento del efecto, éste no se dé de baja en contabilidad, sino que se reclasifique en las subcuentas 4311. Efectos comerciales descontados, o 4411. Deudores, efectos comerciales descontados. A su vez, se reflejará la deuda con la entidad financiera por el valor nominal del efecto en la subcuenta 5208. Deudas por efectos descontados, con cargo a la correspondiente cuenta de bancos (572) por el líquido ingresado en cuenta, a la 664. Intereses por descuento de efectos, por los gastos financieros de la operación, y a la 626. Servicios bancarios y similares, por el resto de gastos de tipo no financiero incurridos en la operación, si bien OMEÑACA (2002, pág. 193) opina que estos últimos gastos bancarios deberían recogerse como 669. Otros gastos financieros.

Al vencimiento, si el librado paga, se cancelará la deuda registrada en la 5208, con abono a las cuentas de efectos descontados, 4311. Efectos comerciales descontados, o 4411. Deudores, efectos comerciales descontados. En cambio, si el efecto resulta impagado, la empresa debe devolver a la entidad financiera el importe prestado, que es el valor nominal del efecto, y procederá a la reclasificación del efecto en las subcuentas de impagados: 4315. Efectos comerciales impagados, o 4415. Deudores, efectos comerciales impagados.

D) Endoso.

La cuarta alternativa respecto a los efectos comerciales es el endoso a un tercero para cancelar una deuda contraída previamente, la cual puede estar reflejada en cuentas de pasivo como 400. Proveedores o 410. Acreedores por prestación de servicios. En este caso hay que tener en cuen-

ta que si el librado no paga el efecto a su vencimiento, el tenedor puede ejercitar la acción de regreso y exigir la reclamación del pago a la empresa, por lo que la situación que se produce en este sentido es similar a la del descuento de efectos. Por tanto, de acuerdo con la respuesta del Instituto de Contabilidad de Cuentas a una consulta (consulta n.º 4, BOICAC n.º 38, junio de 1999) se podría contabilizar el endoso de forma similar al descuento de efectos, reclasificando, por una parte, el efecto en una subcuenta de Efectos comerciales endosados (por ejemplo, la 4313 o la 4413), y por otra parte creando una cuenta de pasivo (por ejemplo, 5218. Deudas por efectos endosados) con abono a la cual se cancele la deuda que previamente había contraído la empresa con el proveedor o acreedor al que le endosa el efecto, tal y como proponen MARTÍN y VEIGA (1999 y 1999b) y GARCÍA DE LA IGLESIA (2000, pág. 311). De esta forma, al igual que en el descuento de efectos, seguiría figurando en contabilidad tanto el derecho de cobro (recogido en la subcuenta Efectos comerciales endosados) como el riesgo de deuda en Deudas por efectos endosados.

Una vez llegado el vencimiento del efecto endosado, si es atendido por el librado, se cancelará la Deuda por efectos endosados con abono a los Efectos endosados, mientras que si no es atendido y a la empresa se le exige por la acción de regreso el pago del mismo, deberá cancelar esa deuda con un desembolso de su propia tesorería y reclasificar el efecto endosado como impagado.

E) Efectos impagados.

Cuando los efectos comerciales no son atendidos a su vencimiento han de reclasificarse en las cuentas de efectos impagados para posteriormente determinar las posibilidades de cobro de los mismos. Esto es así porque puesto que aún se puede llegar a cobrar esos efectos, no procede considerarlos todavía como incobrables, sino registrarlos en esas subcuentas que ofrecen una mayor información sobre el estado en que se encuentra el efecto.

Para cobrar el efecto, la empresa puede optar por intentar llegar a un acuerdo con el librado girándole una nueva letra de cambio cuyo valor nominal incluirá el importe de la anterior, más, en su caso, los intereses por aplazamiento y la repercusión de los gastos en que haya incurrido la empresa como consecuencia del impago del librado, tales como gastos de devolución del antiguo efecto o gastos de emisión del nuevo. En este caso, surgiría un nuevo efecto a recoger como 4310. Efectos comerciales en cartera, con abono al efecto impagado (4315 ó 4415), los intereses por aplazamiento (recogidos como 763. Ingresos de créditos a corto plazo) y otros gastos (769. Otros ingresos financieros).

La otra posibilidad que se le presenta a la empresa es recurrir judicialmente, bien por vía ejecutiva o bien por vía ordinaria, para reclamar el pago del efecto. Si se pretende ir frente a los anteriores tenedores de la letra, normalmente será necesario el protesto de la letra, gasto que, según diversos autores, se puede registrar en cuentas de gastos como 623. Servicios de profesionales independientes (OMEÑACA, 2002, pág. 191), 626. Servicios bancarios y similares, o incluso 669. Otros gastos financieros (GARCÍA DE LA IGLESIA, 2000, pág. 313). Una vez que se lograra cobrar el efecto, con cargo a tesorería se cancelaría la correspondiente cuenta de impagados, abonando también, en su caso, 763. Ingresos de créditos a corto plazo, por los intereses derivados del aplazamiento, y 769. Otros ingresos financieros, por el resto de gastos repercutidos.

Si, por el contrario, surgen dudas sobre la posibilidad de cobro del efecto, en aplicación del principio de prudencia, la empresa deberá dotar una provisión para insolvencias del tráfico. Si en cualquier caso, finalmente el deudor no satisface el importe del efecto y se considera definitivamente perdido, se cancelaría el mismo con cargo a la cuenta 650. Pérdidas de créditos comerciales incobrables.

5. CRÉDITOS NO COMERCIALES: CRÉDITOS POR ENAJENACIÓN DE INMOVILIZADO

Al inicio de este trabajo hemos indicado que los derechos de cobro que íbamos a tratar en el mismo eran los créditos comerciales que tienen su origen en el tráfico de la empresa, estén vinculados a la actividad principal o a actividades accesorias a ésta, y los créditos no comerciales con origen en operaciones de carácter no habitual derivadas de las ventas de inmovilizado. Así, una vez tratados los derechos de cobro con origen en el tráfico de la empresa, recogidos en las distintas cuentas de clientes y deudores, nos queda por estudiar los créditos que surgen en las ventas de bienes de inmovilizado con pago aplazado. Estas operaciones no son habituales en la empresa, puesto que los bienes de inmovilizado no son bienes destinados a la venta para obtener un beneficio; sin embargo, como señala OMEÑACA (2002, pág. 271), a veces puede interesar su venta, ya sea por motivos de renovación o modernización, ya sea porque resultan innecesarios para la explotación.

En el cuadro de cuentas del PGC aparecen como cuentas en las que representar los créditos por ventas de inmovilizado las siguientes:

253. Créditos a largo plazo por enajenación de inmovilizado.

543. Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado.

No obstante, si los créditos por enajenación de inmovilizado han sido concedidos a empresas del grupo, asociadas o multigrupo, se utilizarán las cuentas:

244. Créditos a largo plazo a empresas del grupo.

245. Créditos a largo plazo a empresas asociadas.

534. Créditos a corto plazo a empresas del grupo.

535. Créditos a corto plazo a empresas asociadas.

En el cuadro de cuentas del PGC no aparecen cuentas de efectos para reflejar los créditos por ventas de inmovilizado documentados en instrumentos formales de pago, por lo que en las cuentas anteriores se representará el crédito tanto si está documentado en factura como si está documentado en instrumento formal de pago, pudiéndose crear subcuentas para diferenciar ambos casos. Ahora

bien, si se desea reflejar en cuentas diferentes los derechos de cobro documentados en instrumentos formales, entendemos con OMEÑACA (2002, pág. 271) que sería perfectamente lógico incorporar las correspondientes cuentas de efectos a cobrar a corto o largo plazo, con lo cual se diferenciaría el derecho de cobro documentado en factura del documentado en efecto de comercio, tal y como ocurre con las operaciones del tráfico de la empresa o incluso con las compras de inmovilizado, donde se utilizan las cuentas de proveedores de inmovilizado a corto o largo plazo si la obligación no está documentada en instrumento formal, y de efectos a pagar a corto o largo plazo si la obligación se documenta en instrumento formal de pago. En cuanto a su disposición en balance, estas cuentas se consideran inmovilizado financiero si se trata de créditos a largo plazo, e inversión financiera temporal en el circulante si se trata de créditos a corto plazo.

Respecto a la valoración de estas operaciones, la norma de valoración 9.^a del PGC señala que «los créditos por venta de inmovilizado se valorarán por el precio de venta, excluidos en todo caso los intereses incorporados al nominal del crédito, los cuales serán imputados y registrados (...) como ingreso por intereses en el ejercicio en que se devenguen, siguiendo un criterio financiero y reconociéndose el crédito por intereses en el activo del balance».

Así pues, la mecánica de registro contable al efectuarse la enajenación de un inmovilizado, prescindiendo de los impuestos indirectos que el vendedor repercuta al comprador, consistirá en cargar las cuentas de créditos por enajenación de inmovilizado por el importe de la venta excluidos los intereses a la vez que se da de baja el inmovilizado (abono de la correspondiente cuenta que lo represente) y sus cuentas compensadoras (cargo, en su caso, de amortización acumulada y provisión por depreciación). Caso de que se incorporen intereses por aplazamiento en el pago, para cumplir con el principio de prudencia y con el de devengo, los ingresos financieros se registrarán conforme se devenguen con cargo a las siguientes cuentas periodificadoras de activo representativas del crédito por intereses mientras no se produzca el cobro de los mismos:

Para empresas independientes:

257. Intereses a largo plazo de créditos.

547. Intereses a corto plazo de créditos.

Mientras que si se trata de empresas vinculadas:

246. Intereses a largo plazo de inversiones financieras en empresas del grupo.

247. Intereses a largo plazo de inversiones financieras en empresas asociadas.

5361. Intereses a corto plazo de créditos a empresas del grupo.

537. Intereses a corto plazo de inversiones financieras en empresas asociadas.

Por tanto, los intereses, sean implícitos o explícitos, se van a registrar de la misma forma que los intereses explícitos en los créditos comerciales.

En caso de que estos créditos presenten riesgo de incobrabilidad, según establece la propia norma de valoración 9.^a, se dotarán las correspondientes provisiones. Dado de que se trata de operaciones de carácter no habitual, y que por tanto normalmente estos créditos tendrán una presencia muy reducida con relación a los créditos comerciales de la empresa, lo más adecuado es la aplicación del procedimiento individualizado. A este respecto las cuentas que establece el PGC para las provisiones por insolvencias de créditos no comerciales son las siguientes:

Dotación:

697. Dotación a la provisión para insolvencias de créditos a largo plazo.

6970. Dotación a la provisión para insolvencias de créditos a largo plazo a empresas del grupo.

6971. Dotación a la provisión para insolvencias de créditos a largo plazo a empresas asociadas.

6973. Dotación a la provisión para insolvencias de créditos a largo plazo a otras empresas.

699. Dotación a la provisión para insolvencias de créditos a corto plazo.

6990. Dotación a la provisión para insolvencias de créditos a corto plazo a empresas del grupo.

6991. Dotación a la provisión para insolvencias de créditos a corto plazo a empresas asociadas.

6993. Dotación a la provisión para insolvencias de créditos a corto plazo a otras empresas.

Provisión:

295. Provisión para insolvencias de créditos a largo plazo a empresas del grupo.

296. Provisión para insolvencias de créditos a largo plazo a empresas asociadas.

298. Provisión para insolvencias de créditos a largo plazo.

595. Provisión para insolvencias de créditos a corto plazo a empresas del grupo.

596. Provisión para insolvencias de créditos a corto plazo a empresas asociadas.

598. Provisión para insolvencias de créditos a corto plazo.

Estas cuentas son representativas de la disminución de valor que ha experimentado el crédito correspondiente y por tanto se presentarán en balance disminuyendo el importe del inmovilizado financiero si se trata de provisiones de créditos a largo plazo, o disminuyendo las inversiones financieras temporales en el activo circulante si se trata de provisiones de créditos a corto plazo.

Exceso:

797. Exceso de provisión para insolvencias de créditos a largo plazo.

7970. Exceso de provisión para insolvencias de créditos a largo plazo de empresas del grupo.

7971. Exceso de provisión para insolvencias de créditos a largo plazo de empresas asociadas.

7973. Exceso de provisión para insolvencias de créditos a largo plazo de otras empresas.

799. Exceso de provisión para insolvencias de créditos a corto plazo.

7990. Exceso de provisión para insolvencias de créditos a corto plazo de empresas del grupo.

7991. Exceso de provisión para insolvencias de créditos a corto plazo de empresas asociadas.

7993. Exceso de provisión para insolvencias de créditos a corto plazo de otras empresas.

En cuanto a su representación en la cuenta de resultados, las dotaciones y excesos son considerados por el importe neto (dotación-exceso) un componente de los gastos financieros en la cuenta de resultados.

La mecánica contable de estas cuentas que establece el PGC es diferente a la establecida para las insolvencias del tráfico. La dotación a la provisión se realizará con cargo en la correspondiente cuenta del subgrupo 69 y abono en las cuentas de los subgrupos 29 ó 59, según se trate de créditos a largo plazo o a corto plazo. Las insolvencias en firme, en cambio, se registrarán cancelando la cuenta representativa del crédito mediante un abono de la misma con cargo a las cuentas de los subgrupos 29 ó 59. Por tanto, la pérdida queda contabilizada en el momento en que se estimó el riesgo de insolvencia, no apareciendo en la cancelación del crédito (siempre que la pérdida estimada coincida con la real) cuentas de gastos o de ingresos, como ocurría con las insolvencias del tráfico. Si existe un exceso de provisión se cancelará ésta con abono a la correspondiente cuenta del subgrupo 79, que compensará el exceso de pérdida registrado en el momento en que se dotó la provisión. Caso de que se produzca la insolvencia de un crédito no comercial que no tenía dotada provisión, se cancelará el mismo con cargo a la cuenta 667. Pérdidas de créditos.

6. CUENTAS A COBRAR EN *FACTORING* Y *FORFAITING*

El *factoring* es una actividad que se enmarca dentro de las operaciones de carácter financiero que pueden realizar tanto las entidades de crédito en general (Bancos, Cajas de ahorro) como, en particular, los Establecimientos Financieros de Crédito, constituyendo el *factoring* en sus diversas modalidades una de las actividades principales de estas últimas entidades, reguladas por el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, y sometidas a la vigilancia y control del Banco de España. Este Real Decreto delimita la actividad de *factoring* realizada por los Establecimientos Financieros de Crédito como «la gestión de cobro de créditos en comisión de cobranza o en su propio nombre como cesionario de tales créditos, así como el anticipo de fondos sobre los créditos de que resulte cesionario, cualquiera que sea el documento en que se instrumenten». Por tanto, como indican BESTEIRO VARELA y SÁNCHEZ ARROYO (2003, pág. 60), es un contrato de colaboración entre dos partes: una empresa especializada en gestión de cobro (factor) y una empresa comercial o industrial (empresa factorizada o cedente de los derechos de cobro), en virtud del cual el factor se compromete a gestionar el cobro de todos o parte de los derechos de cobro de la empresa factorizada, pudiendo efectuar anticipos e incluso pudiendo asumir los riesgos de insolvencia. La empresa factorizada se compromete a facilitar al factor la información convenida sobre sus clientes y a pagar la comisión pactada.

Entre los servicios que proporciona el contrato de *factoring* podemos destacar como más característicos los siguientes (GIMÉNEZ BARRIOCANAL, 1994, págs. 5-6):

- Servicios de gestión de créditos: que englobaría actividades como el control y estudio de los clientes y de la evolución de su solvencia, la contabilización de las ventas, apoyo jurídico en caso de impagados, etc.
- Servicio de asunción de riesgos de impago: a través de este servicio la empresa que contrata con el factor le cede sus créditos, asumiendo el factor el riesgo de impago de los mismos. Por tanto, la empresa que contrata con el factor se asegura de esta forma el cobro de los créditos frente a sus clientes.
- Servicio de financiación: a través del cual la empresa que contrata con el factor se beneficia de recibir anticipos sobre el importe del crédito cedido a la empresa de *factoring*, deducidos los intereses correspondientes. El factor adquiere el compromiso de liquidar con la empresa factorizada en el momento del vencimiento de los recibos o facturas o en el momento del cobro, o bien en una fecha determinada en caso de impagados.

No obstante, en los contratos de *factoring* no tienen por qué pactarse todos los servicios, pudiéndose, por ejemplo, contratar la gestión de cobro de los créditos sin traspasar el riesgo de impago de los mismos. El coste del mismo para la empresa factorizada tendrá dos elementos: la comisión del factor por los servicios prestados y los intereses devengados por los anticipos realizados.

Como principales modalidades de *factoring* en España podemos mencionar las siguientes (CARRETERO SÁNCHEZ, 2000, págs. 16-17):

1. En función del contrato mercantil del que proceden las operaciones:

- Donde puede distinguirse si los créditos han surgido como consecuencia de la venta de productos o prestación de servicios, ventas típicas o de carácter excepcional, operaciones reales o de tipo financiero, etc.

2. En función del riesgo de insolvencia:

- *Factoring* con recurso (o impropio): la entidad de *factoring* no asume el riesgo de insolvencia, devolviendo en caso de impago los documentos que representan los derechos de cobro a la empresa, que es la que corre con dicho riesgo. Caso de que la entidad *factoring* haya realizado un anticipo sobre esos derechos de cobro, se configura de forma similar a un descuento comercial.
- *Factoring* sin recurso (propio): los derechos de cobro se ceden totalmente a la entidad de *factoring*, que es quien soporta el riesgo de insolvencia de los mismos. Se basa en la figura de la «cesión de créditos», regulada tanto en el ordenamiento civil como en el ordenamiento mercantil.

3. En función de que existan o no anticipos sobre el importe de los derechos de cobro:

- *Factoring* sin financiamiento: el factor abona el importe al vencimiento de las facturas o cuando él cobra, lo que no supone entrega de anticipo.
- *Factoring* con financiamiento: en este caso la empresa factorizada percibe anticipos de financiamiento que devengarán los intereses pactados.

4. Según el ámbito en que se lleva a cabo la operación:

- *Factoring* nacional: cuando vendedor (empresa factorizada) y comprador (su cliente) residen en el mismo país en que se realiza la operación de compraventa.
- *Factoring* de exportación o internacional: si la empresa que contrata con el factor realiza sus operaciones con el exterior (clientes extranjeros), para lo que puede requerirse la colaboración de otra institución de *factoring* extranjera (factor del importador).

En cuanto al *forfaiting*, se trata de la venta de créditos consecuencia de transacciones comerciales, normalmente de exportaciones, ya consistan éstas en la entrega de bienes o prestación de servicios, pero presenta algunas diferencias con el *factoring* (BESTEIRO VARELA y SÁNCHEZ ARROYO, 2003, pág. 70; CARRETERO SÁNCHEZ, 2000, pág. 17):

- No supone, como el *factoring*, la cesión de toda la cartera de créditos, o al menos de una parte muy definida, sino que se establece para una operación concreta.
- Suele estar motivado por operaciones de venta de bienes de equipo, cuyo vencimiento suele ser a largo plazo (normalmente entre 3 y 5 años).
- El comprador de los derechos de cobro (el *forfaiter*) asume todos los riesgos de la operación, así como todos los problemas e incidencias que puedan surgir en el proceso de cobro, tales como:
 - a) Riesgo comercial por falta de pago del deudor.
 - b) Riesgo político o del país.
 - c) Riesgo de cambio.

Mientras que el *factoring* no suele asumir los riesgos políticos, y en cuanto a los de falta de pago y riesgo de cambio han de acordarse expresamente.

- Por último, el *forfaiter* paga en efectivo en el momento de la compra de los derechos de crédito, deduciendo una cantidad en concepto de intereses y de la asunción del riesgo de insolvencia del obligado al pago.

6.1. Tratamiento contable del *factoring* y del *forfaiting*.

El registro contable de las operaciones de *factoring* no está contemplado explícitamente en el PGC. AECA (1999, pág. 179) señala que «se recomienda no traspasar el saldo de un deudor a la cuenta de entidad de *factoring* en tanto en cuanto ésta no asuma el riesgo de insolvencia de aquél». Por tanto, según AECA sólo en caso de que la empresa *factoring* asuma el riesgo de impago (*factoring* sin recurso) se utilizará una cuenta específica que refleje que el crédito está cedido a una entidad de *factoring*, contabilizándose en caso contrario (*factoring* con recurso) como el resto de operaciones de créditos comerciales.

Por otra parte, la adaptación del PGC a las sociedades anónimas deportivas, desarrollada mediante Orden de 27 de junio de 2000, establece, en su norma de valoración vigesimocuarta, la contabilidad de la cesión plena e incondicional de las cuentas a cobrar, cuando no se pueda exigir al cedente responsabilidad alguna sobre el riesgo de cobro, por lo que se trataría de una venta incondicional del derecho de cobro, similar al *factoring* sin recurso o al *forfaiting*. A este respecto, esta norma establece que se debe dar de baja el importe de las cuentas a cobrar cedidas, siendo la contrapartida el importe de la tesorería y los gastos financieros correspondientes del ejercicio en que se produzca la cesión de los créditos. Además, si una parte del valor nominal de los créditos fuera objeto de aplazamiento y garantía necesaria del posible riesgo de cobro, la norma considera que por esa parte se ha producido un cambio en la naturaleza de la cuenta a cobrar comer-

cial, por lo que deberá reflejarse como un derecho de crédito (activo financiero) con denominación adecuada. En su caso, de acuerdo con el principio de prudencia, deberá procederse a dotar la oportuna provisión para insolvencias con respecto a estos créditos. En este mismo sentido se pronuncia el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en la consulta n.º 4, BOICAC n.º 38, junio de 1999, estableciendo además que en caso de que la operación no pueda ser calificada como una venta del crédito en cuestión, es decir, que el cesionario del crédito no asuma el riesgo de cobro, deberá reflejarse de igual forma que lo regulado en el PGC para el descuento de efectos comerciales; es decir, no procedería dar de baja el derecho de cobro, registrando adicionalmente la deuda por el importe anticipado.

A continuación expondremos una propuesta de contabilidad de las diversas modalidades de *factoring*, basándonos en esta normativa legal y en autores como BESTEIRO VARELA y SÁNCHEZ ARROYO (2003, págs. 60-79) o CARRETERO SÁNCHEZ (2000, págs. 32-36) ⁵.

A) Factoring con recurso y sin financiación.

Se contabilizaría como documentos acreditativos de derechos de cobro enviados en gestión de cobro, reclasificando el derecho de cobro como «en gestión de cobro» en las subcuentas correspondientes de la 430, 440, 431 ó 441 al enviarlo al factor.

Al recibir la liquidación del factor, se cancelaría el derecho de cobro y se cargaría el importe líquido en tesorería y la comisión del factor en la correspondiente cuenta de gastos (626. Servicios bancarios y similares). En caso de impagos, se haría la reclasificación correspondiente.

B) Factoring con recurso y con financiación.

Es una operación similar al descuento de efectos, con la única diferencia de que si el factor exige una reserva contractual para cobertura de riesgos, se podría tratar como un activo financiero, por ejemplo en la cuenta 565. Fianzas constituidas a corto plazo (CARRETERO SÁNCHEZ, 2000). A su vez, se haría la reclasificación del derecho de cobro a la correspondiente cuenta de efectos descontados. El registro contable posterior de estas cuentas seguiría los mismos patrones del descuento de efectos, cancelando la deuda con abono a la cuenta de efectos descontados si se produce el cobro de los mismos. En caso contrario, si se produce el impago del deudor, se cancelará la deuda con abono a tesorería y, en su caso, a la cuenta de fianzas constituidas a corto plazo. Asimismo, se realizará la reclasificación del efecto descontado a impagado.

En el caso de *factoring* de exportación, si el factor no asume el riesgo de cambio, se registrarían por parte de la empresa factorizada las correspondientes diferencias de cambio.

⁵ Otros autores que han tratado el *factoring* son LÓPEZ PASCUAL (1993), GIMÉNEZ BARRIOCANAL (1994), GRASES TRÍAS DE BÉS (1998), MUÑOZ ARENAS y SÁNCHEZ ARAQUE (1997) o PEREDA y ALVARADO (1999).

C) Factoring sin recurso.

Como hemos comentado, éste sería el caso en que, según la propuesta de AECA, se podrían traspasar los derechos de cobro a la cuenta de la entidad de *factoring*, con un reflejo contable distinto del *factoring* con recurso, el cual ya hemos visto que es asimilable a la gestión de cobro (sin financiación) y al descuento de efectos (con financiación). Y en el mismo sentido se pronuncian la norma de valoración vigesimocuarta de la adaptación sectorial del PGC a las sociedades anónimas deportivas y la consulta n.º 4 del BOICAC n.º 38, de junio de 1999, al establecer que se debe dar de baja el importe de las cuentas a cobrar cedidas, siendo la contrapartida el importe correspondiente a la tesorería y, con carácter general, la parte asociada a los gastos financieros y asimilados de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que se produzca la cesión de los créditos. Entendemos que si el cobro de esa cesión de derechos no es al contado, debería establecerse una cuenta específica para recoger la relación que la empresa factorizada mantiene con el factor.

A este respecto, diversos autores (BESTEIRO VARELA y SÁNCHEZ ARROYO, 2003; CARRETERO SÁNCHEZ, 2000) han propuesto crear dentro del subgrupo 44. Deudores varios, del PGC, distintas cuentas que representen las situaciones posibles del contrato de *factoring* sin recurso.

4401. Deudores por *factoring*, cuenta de documentos:

- El saldo deudor de esta cuenta indicará el importe de efectos en gestión de cobro en poder del factor.

4402. Deudores por *factoring*, cuenta de efectivo:

- Para realizar las liquidaciones con el factor, una vez que éste tiene la obligación de abonar a la empresa el importe de los derechos de cobro.

4403. Deudores por *factoring*, cuenta de anticipos:

- Para reflejar los anticipos que el factor le conceda a la empresa factorizada en el caso del *factoring* sin recurso y con financiación. El saldo acreedor de esta cuenta indicará los importes de anticipos que están todavía sin liquidar por el factor.

El proceso seguido por dichas cuentas será el siguiente:

C1) Factoring sin recurso y sin financiación.

Al enviar a la entidad de *factoring* los documentos que recogen los derechos de cobro se dará de baja la correspondiente cuenta donde se recoja el derecho de cobro y se cargará la 4401. Deudores por *factoring*, cuenta de documentos. Cuando venzan los derechos de cobro se abonará la 4401 y se

cargará la 4402. Deudores por *factoring*, cuenta de efectivo, recogiendo, en la 626. Servicios bancarios y similares, el importe de la comisión. Finalmente, al realizar el factor la liquidación, se abonará la 4402 con cargo a tesorería.

a) Al enviar al factor los recibos, facturas y demás efectos:

*Deudores por factoring, cuenta
de documentos (4401)*

a Clientes (430)

_____ x _____

b) Cuando vengzan los efectos enviados:

*Deudores por factoring, cuenta
de efectivo (4402)
Servicios bancarios y similares
(626)*

*a Deudores por factoring, cuen-
ta de documentos (4401)*

_____ x _____

c) Al realizar la liquidación el factor:

Tesorería (57)

*a Deudores por factoring, cuen-
ta de efectivo (4402)*

_____ x _____

C2) Factoring sin recurso y con financiación.

Al enviar los documentos a la empresa de *factoring*, se dará de baja la correspondiente cuenta donde se recoja el derecho de cobro y se cargará la 4401. Deudores por *factoring*, cuenta de documentos. Al cobrar la parte anticipada se abonará la 4403. Deudores por *factoring*, cuenta de anticipos, con cargo a tesorería por el importe anticipado y a una cuenta de activo financiero por el importe retenido (consulta n.º 4, BOICAC n.º 38, junio 1999). Así, podría utilizarse la cuenta 565. Fianzas constituidas a corto plazo (CARRETERO SÁNCHEZ, 2000), ya que el factor, aunque asuma el riesgo de impago, normalmente va a retener una cantidad (reserva contractual o fondo de retención) que puede considerarse como una garantía.

Cuando posteriormente se liquiden los documentos cobrados o no por el factor, se abonará la 4401 con cargo a las siguientes cuentas: 4402. Deudores por *factoring*, cuenta de efectivo; 4403 (cuenta de anticipos) y las correspondientes cuentas que reflejen los intereses (664. Intereses por descuento de efectos) y la comisión (626. Servicios bancarios y similares). Y una vez que se haga efectiva la parte no anticipada, con la liquidación definitiva, se abonará la 4402 (cuenta de efectivo) con cargo a tesorería. Asimismo, al devolver el factor el importe de la fianza se cancelaría la 565 con cargo a tesorería.

a) Al enviar los efectos cedidos a la empresa de *factoring*:

Deudores por <i>factoring</i> , cuenta de documentos (4401)	a	Cientes (430)
_____	x	_____

b) Al cobrar la parte anticipada, y considerando que una parte del importe no anticipado es la reserva contractual o fondo de retención, garantía de posibles incidencias aunque el factor corra con el riesgo de impago.

Tesorería (57) Fianzas constituidas a corto plazo (565)	a	Deudores por <i>factoring</i> , cuen- ta de anticipos (4403)
_____	x	_____

c) En la liquidación de los efectos cobrados o no por el factor:

Deudores por <i>factoring</i> , cuenta de efectivo (4402) Deudores por <i>factoring</i> , cuenta de anticipos (4403) Gastos financieros. Intereses de <i>factoring</i> (6641) Servicios bancarios y similares (626)	a	Deudores por <i>factoring</i> , cuen- ta de documentos (4403)
_____	x	_____

d) Al hacer efectiva la parte no anticipada, con la liquidación definitiva:

<i>Tesorería (57)</i>			
		<i>a Deudores por factoring, cuenta de efectivo (4402)</i>	
_____	x	_____	

e) Cuando el factor devuelva el importe de la fianza:

<i>Tesorería (57)</i>			
		<i>a Fianzas constituidas a corto plazo (565)</i>	
_____	x	_____	

D) Contabilidad del *forfaiting*.

Por último, indicaremos brevemente que la contabilidad del *forfaiting* se registraría como una venta de derechos de cobro cobrada al contado. Por tanto, se abonarían las cuentas representativas del derecho de cobro que se vende y se cargarían Tesorería y los Gastos financieros representativos de los intereses pagados al *forfaiter* por anticipar el cobro de esos derechos.

<i>Tesorería (57)</i>			
<i>Gastos financieros (66)</i>		<i>a Derechos de cobro</i>	
_____	x	_____	

BIBLIOGRAFÍA

AMADOR FERNÁNDEZ, S. y CARAZO GONZÁLEZ, I. (2003): *Plan General de Contabilidad. Comentarios y casos prácticos*, Ed. Estudios Financieros. Madrid.

ÁLVAREZ CARRIAZO, J.L. (1996): «Créditos y deudas: no comerciales y de tráfico (normas de valoración 9.^a, 11.^a y 12.^a del Plan General de Contabilidad)», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF. Núms. 154-156, págs. 205-248 (I), 105-142 (II) y 149-194 (III).

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS (AECA) (1999): «Clientes, deudores y otras cuentas a cobrar», Documento 6, serie Principios Contables, 1984, revisado 1991, en AECA (1999): *Principios contables AECA*, AECA, Madrid.

- (1999b): «Provisiones, contingencias y acontecimientos posteriores al cierre de los estados financieros», Documento 11, serie Principios Contables, 1988, revisado 1991, en AECA (1999): *Principios contables AECA*, AECA, Madrid.
- BESTEIRO VARELA, M.A. y SÁNCHEZ ARROYO, G. (2003): *Contabilidad financiera y de sociedades*, tomo I, Ed. Pirámide, Madrid.
- BLANCO DOPICO, M.I., ÁLVAREZ, M.A., BABÍO, M.R., CANTORNA, S. y RAMOS, A. (1999): *Introducción a la Contabilidad - Contabilidad Financiera I*, Prentice Hall Iberia, Madrid.
- BOICAC (1993): Consulta número 5 del BOICAC número 15, diciembre.
- (1997): Consulta número 5 del BOICAC número 32, diciembre.
- (1999): Consulta número 38 del BOICAC número 38, junio.
- (2001): Consulta número 3 del BOICAC número 45, marzo.
- (2002): Consulta número 1 del BOICAC número 51, septiembre.
- (2003): Consulta número 4 del BOICAC número 53, marzo.
- BROTO RUBIO, J. y CÓNDOR LÓPEZ, V. (1985): «El principio de prudencia "versus principio" de correlación de ingresos y gastos», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n.º 47, págs. 357-393.
- CANIBANO CALVO, L. (2003): *Contabilidad. Análisis contable de la realidad económica*, Pirámide, Madrid, 2003.
- CARBALLO ESTEBAN, T.A. y MERCHÁN TEJADO, D. (1990): «Naturaleza, finalidades, contabilización y gestión de las distintas provisiones en la cuarta directiva de la CEE del derecho de sociedades», *Técnica Contable*, n.º 502-503, págs. 473-480 y 509-524.
- CARRETERO SÁNCHEZ, A. (2000): «Las actividades de factoring y su tratamiento contable», *Partida Doble*, n.º 109, págs. 14-37.
- FERNÁNDEZ-FELJOO S. y RUIZ BLANCO, S. (1999): «Derechos de cobro a largo plazo con interés nulo o inferior al del mercado», *Técnica Contable*, n.º 602, febrero, págs. 101-108.
- FERNÁNDEZ PEÑA, E. (1991): «Nueva contabilización del descuento de efectos a cobrar en el Plan General de Contabilidad de 1990», *Técnica Contable*, n.º 507 marzo, págs. 139-140 y 196.
- GARCÍA DE LA IGLESIA, I. (2000): «El activo circulante», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, M. (Dtor.) (2000): *Contabilidad General*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 297-323.
- GIMÉNEZ BARRIOCANAL, F. (1994): «El factoring y su tratamiento contable», *Partida Doble*, n.º 43, marzo, págs. 5-12.
- GRASES TRÍAS DE BÉS, J.C. (1998): «El factoring», *Harvard-Deusto Finanzas y Contabilidad*, n.º 24, julio-agosto, págs. 24-29.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, M.C. (1993): «Las provisiones: concepto, clasificación y tratamiento contable», *Técnica Contable*, n.º 538, págs. 671-684 y n.º 539, págs. 749-760.
- INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS (ICAC) (1991): Resolución de 16 de mayo de 1991, por la que se fijan criterios generales para determinar el importe neto de la cifra de negocios.
- INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (1998): Norma internacional de contabilidad 37 «Provisiones, activos contingentes y pasivos contingentes».
- LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A. (1997): «Representación contable de riesgos y provisiones», en CALVO-FLORES SEGURA, A. y GARCÍA PÉREZ DE LEMA, D. (coord.): *Predicción de la insolvencia empresarial*, serie monografías, AECA, Madrid, págs. 65-96.

- LEYVA SAAVEDRA, J. (1999): «El contrato de factoring», *Derecho de los Negocios*, n.º 10, noviembre, págs. 1-16.
- LÓPEZ PASCUAL, J. (1993): «Operaciones de factoring», *Actualidad Financiera*, n.º 1, págs. 17-113.
- MARTÍN MOLINA, P.B. y VEIGA COPO, A.B. (1997): «Los derechos de cobro por las operaciones de tráfico», *Técnica Contable*, n.º 584-585, agosto-septiembre, págs. 567-594.
- (1999): «Los derechos de cobro por operaciones de tráfico en documentos formales de pago: la letra de cambio, su aceptación y endoso. Contabilización (I)», *Técnica Contable*, n.º 604, abril, págs. 299-320.
- (1999b): «Los derechos de cobro por operaciones de tráfico en documentos formales de pago: la letra de cambio, su aceptación y endoso. Contabilización (II)», *Técnica Contable*, n.º 605, mayo, págs. 395-404.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, M. (1991): «Contabilidad de los créditos comerciales», *Actualidad Financiera*, n.º 32, págs. C211-C227.
- MONEVA ABADÍA, J.M. (1990): «Concepto y naturaleza de las provisiones y contingencias: especial referencia a la cuarta directiva», *Técnica Contable*, n.º 494, págs. 61-76.
- MONTESINOS JULVE, V. (1985): «Principios de contabilidad aplicables al tratamiento de los saldos de dudoso cobro», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n.º 46, págs. 143-155.
- MUÑOZ ARENAS, A. y SÁNCHEZ ARAQUE, J.A. (1997): «Factoring: características y problemática contable», *Técnica Contable*, n.º 582, págs. 445-452 y 480.
- OMEÑACA GARCÍA, J. (2002): *Contabilidad general (adaptada al euro)*, Deusto, Bilbao.
- PEREDA SIGÜENZA, J.M. y ALVARADO RIQUELME, M. (1999): «Lo que el auditor debe saber sobre el factoring», *Técnica Contable*, n.º 605, págs. 347-350.
- REAL DECRETO 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE de 27 de diciembre).
- QUER PERAMIQUEL, A. y ROVIRA VAL, M.R. (1997): *El descuento de efectos: gestión y contabilidad*, Pirámide, Madrid.
- RIVERO MÉNDEZ, M.R. y SOSA ÁLVAREZ, F.J. (1990): «Metodología para la estimación del riesgo por fallidos», *Actualidad Financiera*, n.º 16, págs. 1.000-1.013.
- RIVERO ROMERO, J. (2001): *Contabilidad Financiera*, Trivium, Madrid.
- (2001b): «Supuestos de Contabilidad financiera adaptados al euro», Trivium, Madrid.
- SÁEZ OCEJO, J.L. (2001): «Provisiones, activos y pasivos contingentes: la norma internacional de contabilidad n.º 37», *Partida Doble*, n.º 122, págs. 34-45.
- SÁEZ OCEJO, J.L. y MARTÍN-CASAL GARCÍA, J.A. (2000): «Una aproximación a las exigencias de la información contable relativas a contingencias y provisiones en función del IAS 37», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF. Núm. 206, págs. 185-218.
- SÁEZ TORRECILLA, A. (2001): *Contabilidad general adaptada al euro*, volumen I, McGraw-Hill, Madrid.
- (2002): *Contabilidad general adaptada al euro*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2003): *Principios de derecho mercantil*, Ed. McGraw-Hill, 7.ª edición, Madrid.
- URÍAS VALIENTE, J. (1997): *Contabilidad Financiera: teoría y práctica*, Pirámide, Madrid.
- VELA PASTOR, M., MONTESINOS JULVE, V. y SERRA SALVADOR, V. (1996): *Manual de Contabilidad*, Ariel Economía, Barcelona.
- VICENT CHULIÁ, F. (2001): *Introducción al derecho mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, 14.ª edición, Valencia.

CONTABILIDAD	MODELOS CONTABLES Y FINANCIEROS SOBRE CAPITAL INTELECTUAL Y GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO	Núm. 57/2005
--------------	--	-----------------

NOEMÍ PEÑA MIGUEL

*Profesora de Contabilidad. Departamento de Economía
Financiera I. Universidad del País Vasco*

Extracto:

EN la actualidad conceptos como «capital intelectual», «activos intangibles» o «reputación corporativa» son términos muy utilizados dentro de la innovación en la gestión empresarial. Optimizar estos activos intangibles de las compañías y hacerlos tangibles, cuantificando su valor a lo largo de los años, se ha convertido en uno de los retos más importantes que las empresas se han propuesto lograr.

El objetivo del presente artículo ha sido elaborar un estudio sobre la valoración contable y financiera que actualmente existe sobre el capital intelectual. También hemos analizado la gestión del conocimiento y sus modelos de medición dada la eminente relación entre ambos conceptos, los cuales consideramos variables en constante interrelación.

Hemos querido mostrar la importancia de los recursos humanos, sus conocimientos, actitudes, habilidades y potencial en la capacidad de generar valor y conocimiento en la empresa, así como su estrecha relación con la organización de la que recogen el conocimiento. Las formas de relación que permanentemente conviven entre los recursos humanos y los agentes de su entorno (clientes, proveedores, competidores, etc.); es otro de los aspectos que componen nuestro objeto de estudio, el denominado capital intelectual. Sin lugar a duda, un concepto muy de moda en la actualidad, sobre todo en el ámbito económico y empresarial, pero que no se refleja en los estados financieros al no tener una existencia física y considerarse de muy difícil valoración.

En esta situación, muchos analistas de empresas perciben que los estados contables obvian cierta información relevante sobre el valor o capacidad financiera de una empresa. Es por lo que cada vez un mayor número de ellos utilizan, además del tradicional análisis financiero, otro, basado en el estudio de aquellos elementos que no tienen cabida en el vigente marco contable.

Por ello, vamos a exponer los métodos que existen actualmente y que actúan como sistemas de valoración y medición de dichos elementos.

Estudiaremos algunas experiencias significativas llevadas a cabo por empresas privadas así como instituciones y organismos públicos y seleccionaremos aquellos métodos que nos resulten de mayor utilidad para incorporar en la práctica contable.

Comentaremos la inminente armonización contable llevada a cabo a través de las Normas Internacionales de Contabilidad con cuya aplicación se van a dar algunos pasos importantes que beneficiarán el reconocimiento y valoración de los activos intangibles, ya que respecto a la aplicación del Plan General Contable supondrá un avance importante tanto en la valoración, tratamiento contable, como en los requisitos de información a revelar en la memoria.

Sumario:

1. Introducción.
2. Capital intelectual y gestión del conocimiento, ¿por qué son dos temas de moda?
3. Capital intelectual y gestión del conocimiento. Definición y características.
4. Modelos de medición del capital intelectual.
 - 4.1. Introducción.
 - 4.2. Propuestas para el desarrollo del modelo de información contable-financiera existente.
 - 4.3. Propuestas sobre modelos alternativos de gestión del capital intelectual.
5. Algunos casos prácticos sobre la medición del capital intelectual y gestión del conocimiento.
6. Modelos de medición de la gestión del conocimiento.
 - 6.0. Introducción.
 - 6.1. Modelo de Gestión del Conocimiento de KPMG Consulting.
 - 6.2. Modelo Andersen.
 - 6.3. Knowledge Management Assessment Tool (KMAT).
 - 6.4. Proceso de Creación del Conocimiento.
 - 6.5. La reputación corporativa.
 - 6.6. Conclusiones de los modelos de gestión del conocimiento.
7. Herramientas para administrar valores intangibles.
8. Resumen y consideraciones finales.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que comenzó este nuevo milenio y especialmente después de los sucesos ocurridos el 11 de septiembre de 2001 en EE.UU., nos hemos acostumbrado a escuchar y leer diariamente a través de los medios de comunicación de todo el mundo, noticias relacionadas con la falta de competitividad por la que atraviesan muchas empresas. La necesidad apremiante de reducir los gastos de personal para posibilitar su continuidad, la necesidad de reestructurar las plantillas mediante jubilaciones anticipadas, bajas voluntarias y despidos, así como la reacción favorable de las bolsas de valores ante el anuncio y puesta en práctica de estas medidas, son claros síntomas de un grave problema que afecta al tradicional modelo de gestión empresarial. Así, resulta muy interesante analizar cómo se perciben los recursos humanos de las empresas y el modo en que se valoran en el actual modelo de información contable-financiera.

Es por ello que el propósito del presente trabajo es mostrar la importancia de los recursos humanos, sus conocimientos, actitudes, habilidades y potencial en la capacidad de generar valor y conocimiento en la empresa, así como su estrecha relación con la organización de la que recogen el conocimiento.

Las formas de relación que permanentemente conviven entre los recursos humanos y los agentes de su entorno (clientes, proveedores, competidores, etc.); es otro de los aspectos que componen nuestro objeto de estudio, el denominado capital intelectual. Sin lugar a duda, un concepto muy de moda en la actualidad, sobre todo en el ámbito económico y empresarial, pero que no se refleja en los estados financieros al no tener una existencia física y considerarse de muy difícil valoración.

En esta situación, muchos analistas de empresas perciben que los estados contables obvian cierta información relevante sobre el valor o capacidad financiera de una empresa. Es por lo que cada vez un mayor número de ellos utilizan, además del tradicional análisis financiero, otro, basado en el estudio de aquellos elementos que no tienen cabida en el vigente marco contable.

En este trabajo vamos a realizar un estudio de los citados elementos centrándonos en los que a nuestro juicio requieren una mayor y pronta atención y análisis. Expondremos los métodos que existen actualmente y que actúan como sistemas de valoración y medición de dichos elementos.

Comentaremos algunas experiencias significativas llevadas a cabo por empresas privadas así como instituciones y organismos públicos y seleccionaremos aquellos métodos que nos resulten de mayor utilidad para incorporar en la práctica contable.

Por último, reflexionaremos sobre las posibilidades de conseguir un lenguaje contable universal, en el que se integren los aspectos relacionados con la valoración y presentación de los recursos humanos en los estados financieros.

2. CAPITAL INTELECTUAL Y GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO, ¿POR QUÉ SON DOS TEMAS DE MODA?

Hoy en día, cada vez son más las empresas que reciben distinciones y premios por sus estudios y trabajos en la implantación de modelos de calidad y gestión de su organización. En diversos simposios de carácter internacional, se ha resaltado como clave del éxito empresarial la importancia de su capital humano y más extensiblemente del capital intelectual. Su adecuada gestión por el diseño y la constante aplicación de herramientas y acciones conjuntas que estimen y valoren las competencias, habilidades y capacidades de su capital humano, como instrumento esencial para la toma de decisiones estratégicas dentro de la empresa.

Este *modus operandi* está siendo utilizado por un cada vez mayor número de empresas en todo el mundo, sin que haya sido recogido adecuadamente en su información financiera, lo que lleva a una considerable pérdida de relevancia de la información que reportan los estados contables, al no dar cabida en los mismos a elementos que hoy en día se consideran activos claves para una gran parte de empresas (sobre todo de servicios) cuyo fundamento de gestión y actuación se basa en la información y el conocimiento.

Es por ello que tanto desde el ámbito académico como empresarial, nos llegan manifestaciones que demandan nuevas formas de planificación, medición y desarrollo en la técnica contable. Se exige que la contabilidad dedique más tiempo al verdadero valor de las organizaciones modernas: su capacidad emprendedora e innovadora, el valor de las personas y su preparación, la lealtad de los clientes, etc.¹ Porque la contabilidad se ha quedado desfasada teniendo en cuenta sólo activos tangibles (máquinas, fábricas, terrenos e instalaciones...) y no se ha adaptado a las necesidades actuales de valorar y tener en cuenta otros activos no físicos pero capaces de generar beneficios futuros, como el capital intelectual. Este elemento es consecuencia de la búsqueda de modelos de valoración de empresas que se encontraban dentro de coyunturas muy específicas del mercado (es el caso de las e-companies por la particular estructura de sus negocios).

Así pues, el capital intelectual y la gestión del conocimiento son dos temas de moda, porque con su estudio, medición y valoración se trata de aportar una información que complemente a la ofrecida por los estados contables, con el fin de servir como base o soporte para la adopción de decisiones eficientes, a medida y para todos y cada uno de los *stakeholders* (éstos son los agentes interesados en la empresa, como accionistas, empleados, proveedores, clientes) que conforman las empresas.

Por otra parte, destacar la cada vez mayor utilización por parte de las empresas de un marketing social basado en valores como la solidaridad, cuidado del medio ambiente, reciclaje de residuos, etc., dando así imagen de asunción de sus responsabilidades sociales. Todo esto está llevando así a muchas empresas a ofrecer una información contable con un cada vez más marcado contenido social, dado que han corroborado que dichas acciones aumentan sus beneficios y generan, por lo tanto, valor en la empresa.

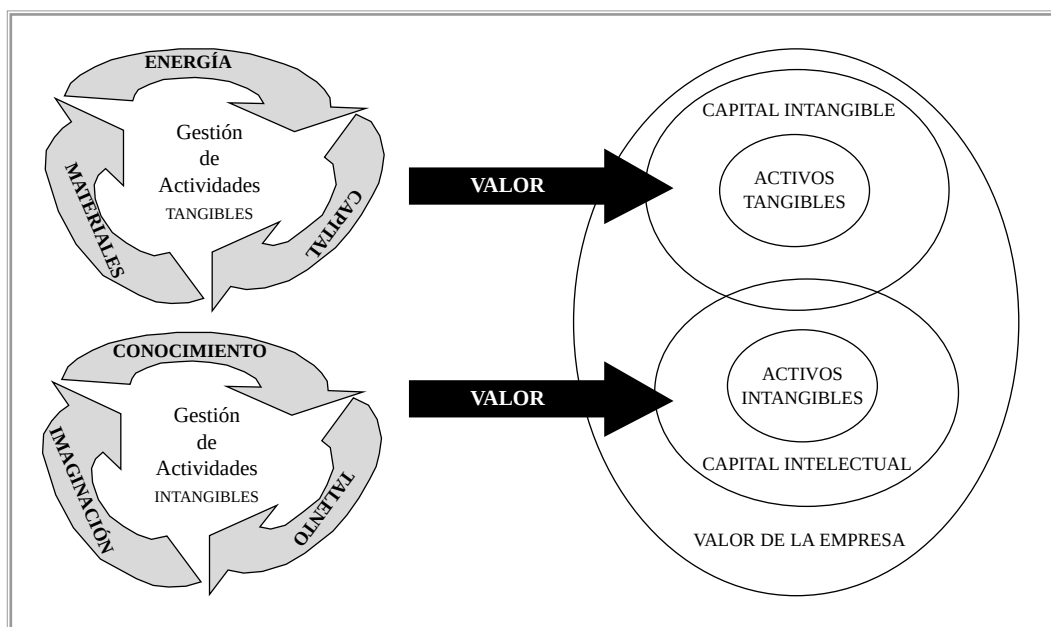
¹ MANTILLA, Samuel Alberto (2000), «La Contaduría Pública frente a la crisis: desafíos y propuestas», *X Simposio Contaduría Universidad de Antioquía*.

Este valor de la empresa en la economía de finales del siglo XX y principios de XXI, se viene construyendo por la agregación y combinación de dos clases de actividad económica, según la incorporación de recursos tangibles, propios del capital tangible o físico y de recursos intangibles y capacidades características del capital intangible, que normalmente viene siendo conocido como capital intelectual.

Precisamente es este capital intelectual el que viene protagonizando el mayor reconocimiento o impacto en el valor de la empresa en el mercado, en especial, en aquellos sectores y empresas que están configurando la nueva economía, también llamada economía del conocimiento.

En la **figura 1** vamos a representar el valor de la empresa en la economía actual. Por una parte, observamos un primer proceso creador de valor basado en la combinación tradicional de los recursos productivos que se definen como tangibles (capital, energía y materiales). Proceso que se concreta en un capital físico o de base tangible. Por otro lado, destaca un segundo proceso de valor basado en el conocimiento, en el talento y en la imaginación como aspectos del proceso intelectual puesto en acción. Este proceso crea activos intangibles o capital intelectual. En consecuencia, ambos procesos productivos se integran en un nuevo sistema de creación de valor empresarial, el cual representa un reto singular para la gestión de cualquier organización.

Figura 1. El valor de la empresa en la economía actual.



FUENTE: Eduardo BUENO: «La Empresa ante el Reto de la Gestión del Capital Intelectual: conocimiento, talento e imaginación». XI Congreso AECA, Empresa Euro y Nueva Economía, Madrid 2001.

3. CAPITAL INTELECTUAL Y GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Durante la década de los noventa, surgieron cuestiones relevantes, las cuales han impactado de forma notable a nivel internacional. La gestión del conocimiento y el capital intelectual son expresiones que tratan de explicar la evolución del proceso de creación de valor, basado en activos tangibles, hacia el proceso actual que lo logra gracias a los «intangibles» que son activos nuevos procedentes de la inteligencia, del conocimiento y de la información.

Por conocimiento podemos entender ² la «presencia en la mente de ideas acerca de una cosa o cosas que se saben de cierta ciencia, arte, etc.». En concreto, conocimiento es siempre «una combinación de ideas, procesos de aprendizaje y determinado modelo mental». Si pensamos en las organizaciones, la problemática se centra en la existencia de conocimientos diversos en las personas que las componen, por lo tanto, de ideas, procesos de aprendizaje y modelos mentales distintos que tienen que integrarse en determinado «proceso productivo» eficiente.

La gestión del conocimiento es «la función que planifica, coordina y controla los flujos de conocimientos que se producen en la empresa en relación con sus actividades y con su entorno, con el fin de crear unas competencias esenciales», en gran medida explicada por la Teoría de los Recursos y las Capacidades. Esta teoría centra su atención en el análisis de los recursos y capacidades que poseen las empresas, así como en sus diferencias y en la importancia que tiene este hecho para explicar la evolución de los resultados. Así, el análisis de recursos y capacidades busca identificar el potencial de recursos y habilidades que posee la empresa o a los que puede acceder ³.

Partiendo de esta teoría, cada día es más evidente que el valor de la empresa está relacionado más con aspectos intangibles que con los tangibles sobre los que tradicionalmente se hacía la valoración. Es por ello, que la gestión del conocimiento es actualmente entendida como el conjunto de procesos que utilizan el conocimiento para la identificación y explotación de los recursos intangibles existentes en la empresa, así como para la generación de otros nuevos.

Debido a esto, cuestiones como dar respuesta a la complejidad social, económica y tecnológica de estas últimas décadas se plantean como las tareas más importantes que tiene que liderar la creación de conocimiento, en cuanto que es considerada como base de la ventaja competitiva sostenible de la nueva economía. Tiene que aprender a gestionar lo que saben las personas que integran la empresa y, también, conseguir que la organización aprenda, que se haga más «inteligente»,

² Eduardo BUENO CAMPOS: «El Consejo de Administración y La Gestión del Conocimiento», *Especial X Congreso AECA. La empresa española en el S. XXI*, Zaragoza, AECA, 1999.

³ VARGAS MONTOYA, Pilar: *Características de los activos intangibles*.
www.gestiondelconocimiento.com/areaacademica/articulos.htm

desarrollando el conocimiento de todos, interactivamente, generando nuevas formas de «aprender a aprender» y en suma, de ir potenciando los «intangibles» que hoy en día constituyen los conocimientos de la sociedad, en otras palabras, los nuevos productos de su actividad económica. Podemos por tanto afirmar que intentar conocer el capital intelectual de cualquier organización es sumamente importante.

Durante los últimos años han sido numerosos los autores que han tratado de definir lo que entendemos por capital intelectual. De la revisión de diferentes propuestas ⁴, podemos señalar que engloban un conjunto de activos inmateriales, invisibles o intangibles, fuera de balance, que permiten funcionar a la empresa creando valor para la misma.

De lo comentado hasta el momento, podemos entender por capital intelectual el conjunto de recursos intangibles y capacidades de carácter estratégico que posee o controla una organización. Es decir, los recursos que son fuente de ventaja competitiva sostenible y apropiable.

Otra definición del capital intelectual de una organización se basa en la diferencia que existe entre el valor de mercado y el valor contable de la empresa. El capital intelectual es aquel activo no medible en contabilidad que hace que una empresa sume valor en el futuro. Parte de ese valor es la capacidad que diferencia una empresa de las demás, de ser conocida y reconocida ⁵.

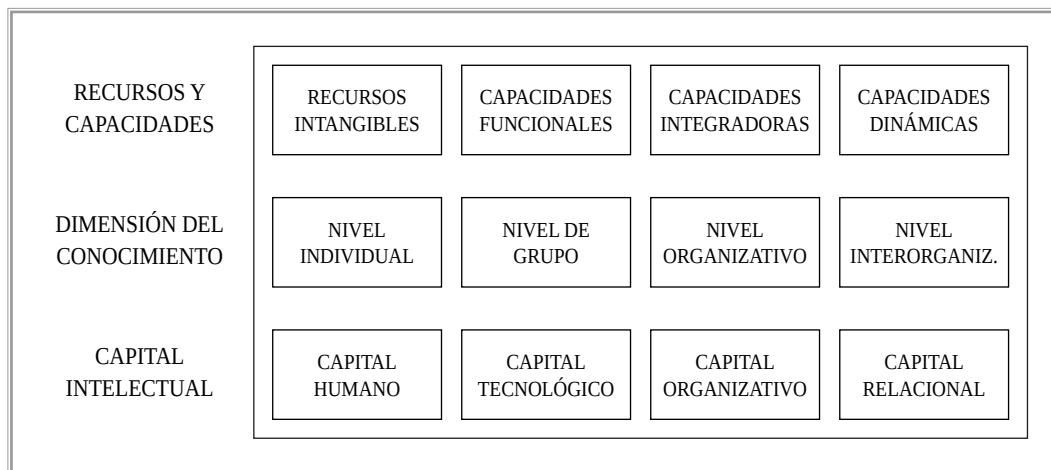
El capital intelectual es considerado como la variable *stock* que representa el conjunto de activos basados en la información y el conocimiento (intangibles), ya sean de carácter tácito o explícito, que dispone una empresa en un determinado momento del tiempo ⁶. Mientras que la gestión del conocimiento constituye una variable *flujo* a través de la cual una cierta magnitud del capital intelectual se transforma en otra, dando como resultado una nueva dimensión de capital intelectual. De todo lo anterior se desprende que el capital intelectual es a la vez el *input* y el *output* de la gestión del conocimiento, ya que ésta parte de un determinado nivel de conocimientos que mediante su mejor utilización consigue alcanzar un nuevo y mayor nivel de los mismos.

A continuación, y tras integrar el enfoque más tradicional y asentado teóricamente, como es la Teoría de Recursos y Capacidades (presentada anteriormente) y posteriores enfoques que tratan de explicar la importancia del conocimiento para la creación de valor en las empresas, vamos a realizar una clasificación del capital intelectual, con el fin de comprender mejor la verdadera naturaleza del mismo.

⁴ GARCÍA MUIÑA, Fernando y MARTÍN DE CASTRO, Gregorio: *Hacia una visión integradora del capital intelectual de las organizaciones. Concepto y componentes*, AECA, 2001. Pág. 2 en su cita a EDVINSSON y MALONE (1997), ROOS (1997), BROOKING (1996), DRAGONETTI y ROOS (1998) y BUENO (1998).

⁵ Juan Manuel GUTIÉRREZ: «El capital intelectual», publicado en *El Correo* 4-11-01.

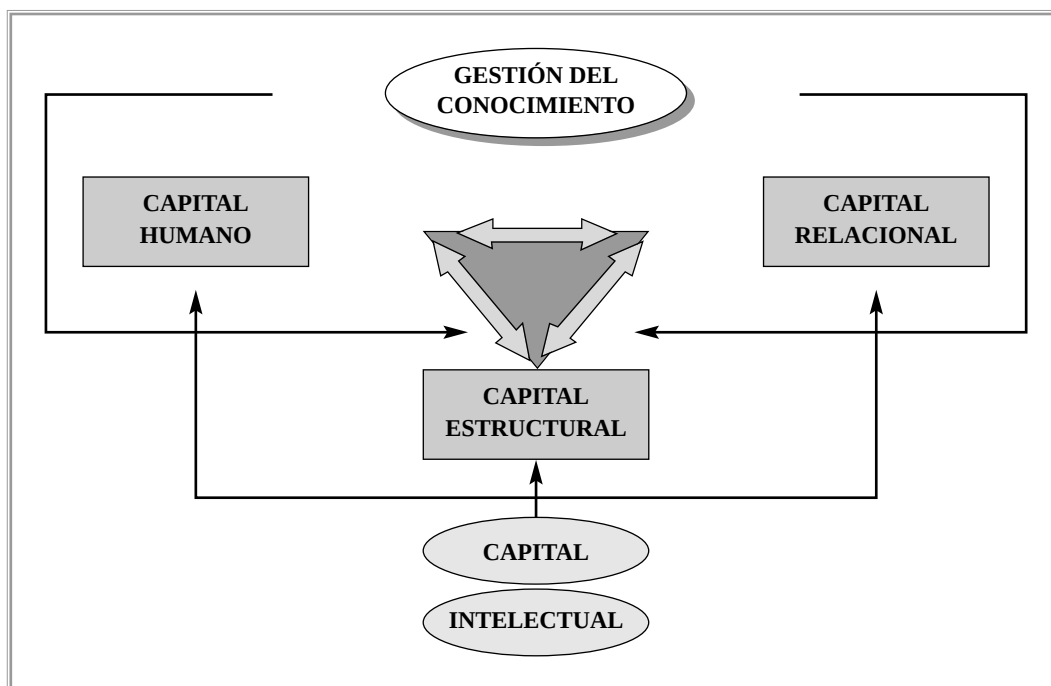
⁶ ORTIZ DE URBINA CRIADO, Marta: «La Gestión del Conocimiento y el capital intelectual: Modelos de clasificación y medición». *Jornadas sobre Gestión del Conocimiento*, Salamanca, Octubre 2001.

Figura 2. Clasificación del capital intelectual.

FUENTE: GARCÍA MUIÑA, Fernando Enrique y MARTÍN DE CASTRO, Gregorio: *Hacia una visión integradora del capital intelectual de las organizaciones*, AECA, 2001.

Como podemos ver en la **figura 2**, es el capital intelectual un «valor capital» en un momento de tiempo, que integra tres elementos fundamentales:

- Capital Humano o valor del conocimiento creado en las personas. Recoge tanto las competencias actuales (conocimientos, habilidades y actitudes), como la capacidad de aprender y crear de las personas y equipos de trabajo que conforman la organización empresarial.
- Capital Estructural (organizativo y tecnológico) o valor del conocimiento creado en la organización y que se materializa en sus sistemas, procedimientos y desarrollos tecnológicos. La importancia del capital estructural reside en que, frente al capital humano, está dotado de mayor estabilidad; permanece en la organización independientemente de la rotación de las personas; es conocimiento que puede ser reproducido y compartido y, por lo tanto se puede transmitir rápidamente.
- Capital Relacional o valor del conocimiento creado por la empresa, en relación con los agentes del entorno (clientes, proveedores, competidores, etc.) reconociéndole un valor inmaterial o intangible, que puede ser diferente y superior al de la competencia. Es, por tanto, un activo intangible de vital importancia para la organización, que debe ser medido y gestionado.

Figura 3. Elementos que componen el capital intelectual.

FUENTE: Informe del Grupo BBVA sobre su experiencia en medición del capital intelectual. www.bbv.es/BBV/grupobbv/index.html

4. MODELOS DE MEDICIÓN DEL CAPITAL INTELECTUAL

4.1. Introducción.

En el actual contexto económico y social en el que vivimos, las viejas formas de dirección se han quedado obsoletas e inadecuadas, por lo que día a día, va tomando mayor conciencia la necesidad de vislumbrar nuevas maneras de gestionar el conocimiento, necesitando de personas que lo generen, lo aporten y lo intercambien. Por todo ello, un grupo de empresas suecas y danesas (Atp, Coloplast, Cowi, Skandia, Telia...) han decidido medir el capital intelectual de sus empresas argumentando las siguientes razones:

- a) Reflejar más acertadamente el valor real de la empresa, teniendo en cuenta todo su potencial y su *Know-how*.
- b) Existencia de demanda de una gestión eficiente de estos intangibles.

- c) «Lo que se mide, se gestiona», es decir, hay que centrarse en proteger y aumentar aquellos activos que reflejan valor.
- d) Apoyar el objetivo corporativo de aumentar el valor de los accionistas.
- e) Proporcionar información más útil a inversores actuales y potenciales. Cuanto mayor sea el valor de activos intangibles respecto a los activos tangibles en una empresa, mayor será la incertidumbre de la inversión. Por ello, las empresas necesitan declarar sistemáticamente los intangibles.
- f) La necesidad de mejores herramientas para gestionar la inversión en habilidades de las bases de información y capacidades tecnológicas.
- g) La necesidad de algún tipo de medición contable que pueda diferenciar entre empresas cuyo capital intelectual se aprecia frente a empresas donde este activo se deprecia.
- h) La necesidad de ser capaces de medir, en el largo plazo, los rendimientos de las personas, habilidades, bases de información y capacidades tecnológicas de la organización.

Como colofón, argumentan que para la implementación de modelos de medición de capital intelectual, es imprescindible crear una nueva visión en la empresa, es decir, se debe avanzar hacia la consideración de la empresa como «una organización que aprende», donde el capital humano de los empleados sea el conductor principal de la información y del intercambio de conocimientos.

4.2. Propuestas para el desarrollo del modelo de información contable-financiera existente.

Como comentábamos al comienzo de este trabajo, es ciertamente un hecho, el que la mayoría de los sistemas contables actuales son incapaces de reflejar apropiadamente los intangibles (entre ellos, el capital intelectual), que recientemente se han convertido en un determinante fundamental del valor de la mayoría de las empresas. Es por ello, que los organismos encargados de la emisión de principios y normas de contabilidad deberían llevar a cabo una reforma en profundidad de las regulaciones contables, con el fin de aportar a los inversores unos estados financieros que resulten no sólo fiables, sino también útiles para la toma de decisiones.

A continuación, vamos a comentar de la mano de prestigiosos economistas algunos de los numerosos estudios que ponen de manifiesto la necesidad de incluir información sobre el capital intelectual en los estados financieros.

Así, ECCLES y MAVRINAC (1995) sugieren que los inversores están demandando un incremento de la información no financiera que les permita conocer mejor la situación de la empresa.

Un estudio dirigido por el *Centro de Innovación Empresarial de Ernst & Young* (1997) reveló que los accionistas tienen en cuenta una amplia gama de factores no financieros y aprecian las inversiones en el desarrollo de los empleados, la calidad de los procesos y las innovaciones corporativas.

Basándose en un completo análisis de unos 300 informes contables y en la frecuencia con que los analistas usaban medidas no financieras, MAVRINAC y BOYLE (1996) concluyen que los analistas que tienen en cuenta una amplia variedad de factores no financieros también tienen por término medio una mayor precisión en sus predicciones.

Por otra parte, LEV y ZAROWIN (1998) sostienen que la contabilidad necesita un nuevo conjunto de principios y normas para el reconocimiento de los intangibles, según los cuales debería dárseles el mismo tratamiento que a los activos tangibles, todo ello sin olvidar los principios y normas tradicionales.

Estos mismos autores proponen tres medidas para incrementar la utilidad de los estados financieros actuales:

1. Aumentar el contenido de información no financiera, transformándola en variables financieras que podrían estar ligadas con el sistema de información contable.
2. Capitalizar las inversiones intangibles con beneficios directamente atribuibles, con el fin de mejorar la correlación entre ingresos y gastos y ofrecer medidas insesgadas del resultado y el valor del patrimonio.
3. Aumentar la puntualidad con la que se publica la información, proporcionando previsiones del impacto futuro de los intangibles en la situación financiera de la compañía.

En resumen, consideran que el sistema contable debería de ser modificado y que todas las inversiones en intangibles deberían capitalizarse, reflejarse en el balance y amortizarse a lo largo de su vida útil estimada.

Estas medidas son también aceptadas y recogidas por economistas del ámbito español como Joseph VALLVERDÚ CALAFELL ⁷, quien es partidario de ofrecer algunas propuestas informativas para la rendición de cuentas en la memoria, dada la parquedad informativa que existe hoy en día sobre el capital intelectual. A continuación enumeraremos algunos de los datos que el autor considera importantes para ampliar la información sobre el capital intelectual en los estados contables:

- cantidad de personal fijo y eventual.
- nivel profesional.
- pirámide de edades.
- coste medio del personal por grupos homogéneos.
- horas extraordinarias.

⁷ VALLVERDÚ CALAFELL, Joseph: «Los Recursos Humanos de la empresa en la información contable: Algunas razones que quizá puedan contribuir a explicar la dificultad de aceptar su revelación». *IX Encuentro PUC – LPGC de mayo de 2000*.

- enfermedades profesionales y accidentes de trabajo (con resultado de muerte o incapacidad).
- movimiento del personal durante el ejercicio (altas, bajas: voluntarias, despidos, prejubilaciones, jubilaciones, etc.).
- indemnizaciones (distinguiendo las derivadas de accidente laboral y enfermedad profesional).
- gastos de formación del personal.
- planes de formación y cursos específicos.
- desglose del inmovilizado material, segregando el afecto a seguridad de personas del resto.
- medidas y servicios de prevención de riesgos laborales, entre otros.

Propone también, la activación de los gastos derivados del personal, sobre todo, en aquellas actividades que requieren cierto tipo de capacitación y en determinadas tecnologías, en donde el capital intelectual juega un papel especialmente relevante para la continuidad de la empresa y su modernización.

Guillermo J. SIERRA Y BERNABÉ ESCOBAR, consideran que se debería impulsar la información acerca de lo que podemos denominar contingencias positivas⁸ para la marcha de la compañía como, por ejemplo, los acuerdos tácitos a largo plazo con proveedores o suministradores. Por otro lado, resulta necesario introducir indicadores no necesariamente contables, para rendir cuentas sobre el control y la gestión de la mejora continua y para informar convenientemente a los usuarios externos de cuestiones tales como los riesgos de perder/reclutar personal altamente cualificado o los derivados de los defectos de calidad percibidos por los clientes, así como incluir en las cuentas anuales información de carácter provisional sobre actividades a realizar por la empresa y de sus posibles resultados, sus diferentes productos, los distintos mercados donde interviene y los diversos centros de responsabilidad.

Para Luis MARTÍNEZ OCHOA no cabe sino esperar a que la futura armonización contable internacional suministre criterios que permitan asignar valor fiable a los imponentes frescos del genial Miguel Ángel en la Capilla Sixtina y no simple y únicamente a los bloques pétreos que forman los muros, suelos y cubiertas de la singular estancia. Aunque, en este caso concreto, considera mejor no intentarlo porque sigue habiendo valores que son sencillamente incalculables⁹.

Dado que en la actualidad ni el modelo de información económico-financiero de las empresas, ni los agregados socio-económicos globales reflejan adecuadamente el valor y la importancia del capital intelectual. Sólo cabe esperar, según Paloma SÁNCHEZ MUÑOZ¹⁰, que el debate y la pro-

⁸ SIERRA Guillermo y ESCOBAR Bernabé. «Deficiencias y Alternativas para la Contabilidad Financiera en España», en su cita a GIMENO y MONEVA, 1993. Pág 445. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*. N.º 100. Extraordinario 1999.

⁹ MARTÍNEZ OCHOA Luis. «Relevancia de la Información Contable y Activos Intangibles». A/AEF/2. Valencia abril 1999.

¹⁰ SÁNCHEZ MUÑOZ, Paloma. «Necesidades de información en la sociedad del conocimiento: especial referencia al capital humano». *Especial IX Encuentro AECA*.

liferación de estudios de casos continúe durante bastante tiempo, lo cual permita que las prácticas empresariales que se produzcan desemboquen en la generación de nuevas normas y principios de general aceptación.

En varios de sus artículos, Leandro CAÑIBANO ¹¹ considera que existen carencias informativas sobre la extensión e importancia de los intangibles en la empresa, por ello, cree llegado el momento de acometer los cambios precisos para dotar a los Informes Anuales de las empresas de un contenido informativo acorde con las bases económicas de nuestros días, incorporando en ellos la información necesaria para comprender cómo las organizaciones crean valor económico y cómo hacen uso de los principales recursos intangibles. En esta tarea se han embarcado un equipo de investigadores de seis países (Dinamarca, Finlandia, Francia, Noruega, Suecia y España) que conforman el denominado Proyecto MERITUM ¹² (Medición de los intangibles para comprender y mejorar la gestión de la innovación), cuya labor consiste en investigar sobre el capital intelectual y la gestión del conocimiento en la empresa. El objetivo del proyecto que se presentó consistía en contribuir a la mejora de la política científica, tecnológica y de innovación de la Unión, proporcionando instrumentos para medir mejor los «intangibles» de las empresas.

El proyecto se inició en octubre de 1998 y finalizó en abril de 2001. Los objetivos específicos del proyecto, todos ellos conseguidos, han sido los siguientes:

- Elaboración de una clasificación de intangibles, teóricamente significativa y útil para el análisis empírico.
- Análisis de los sistemas de gestión y control en las empresas, a través de estudios de casos, para conocer y estudiar las mejores prácticas en medición de intangibles, el uso de dichas mediciones en la gestión y la difusión a terceros de las mismas.
- Estimación de la importancia de los intangibles en el funcionamiento de los mercados de capitales. La existencia de divergencias entre el valor contable y el valor de mercado de las acciones, sobre todo en empresas de alta tecnología, sugiere que los mercados están tomando en consideración aspectos no reflejados en los estados financieros. La hipótesis de partida es que buena parte de esa diferencia es debida a los intangibles.
- Producción de un conjunto de directrices sobre medición y difusión de los intangibles, cuya validez será verificada a través de un análisis Delphi y de una encuesta a una amplia muestra de empresas europeas.

Las Directrices emanadas de MERITUM parten de las conclusiones adoptadas en el Simposio Internacional sobre capital intelectual de la OCDE celebrado en Ámsterdam en junio de 1999, por lo tanto, no van dirigidas a modificar las normas contables vigentes, sino a proporcionar un instru-

¹¹ CAÑIBANO, Leandro: «La Medición de los Intangibles: Nuevo Desafío para la Contabilidad en el Siglo XXI», *X Congreso AECA*, 1999.

¹² CAÑIBANO, Leandro y SÁNCHEZ, Paloma: «Gestión e Información sobre Intangibles: Directrices y Consecuencias Políticas», *XI Congreso AECA*, Madrid, septiembre 2001.

mento para mejorar el proceso de creación de valor mediante la gestión de intangibles, y a suministrar pautas para la preparación voluntaria de un Informe de capital intelectual mediante el que se revele información sobre intangibles, en particular, sobre los intangibles que crean valor, cuyo conocimiento para los accionistas y otros terceros resulta especialmente relevante. Así, este informe contendrá la información que la empresa desea hacer pública sobre el trabajo llevado a cabo para mantener, desarrollar y gestionar sus recursos y sus actividades intangibles, resaltando la conexión entre los componentes del capital intelectual (humano, estructural y relacional), puesto que es esta conexión, cuando se gestiona de forma adecuada, la que produce valor. Asimismo, se referirá también a su evolución previsible, en conexión con los objetivos estratégicos previstos.

Como resumen a todas estas propuestas de desarrollo del modelo de información contable-financiera existente y teniendo en cuenta la tarea realizada por los más relevantes organismos emisores de normas contables internacionales, la mayoría de los activos intangibles adquiridos cumplen con los criterios de reconocimiento necesarios para su registro en la empresa, y su valoración es relativamente sencilla, pero no es así para los activos intangibles generados de forma interna por la propia empresa. De hecho, la identificación, valoración y registro de este tipo de activos, es uno de los temas más controvertidos y debatidos dentro de la regulación contable sobre intangibles. A este respecto, conviene poner de manifiesto el gran cambio que ha incorporado la normativa contable internacional en su NIC 38 (2004), que declaraba el Fondo de Comercio no amortizable, y se establece la obligación de analizar las posibles pérdidas de su valor una vez al año, de acuerdo al procedimiento recogido en la NIC 36 (2004). Los intangibles a los que nos hemos venido refiriendo tales como recursos humanos, relaciones comerciales, etc. serán elementos integrantes de ese valor reconocido en balance como Fondo de Comercio. Aunque la mencionada norma contable se refiere a la adquisición o combinación de empresas, dada la proliferación de tales casos en los momentos actuales y a la obligación existente de presentar los Estados Financieros conforme a la nueva normativa internacional, no cabe duda que representa un primer paso en el reconocimiento contable del capital intelectual.

De todo lo anterior, podemos concluir que las normas contables internacionales han dejado de oponerse al cambio, aunque hoy en día todavía algunas de ellas se resisten al mismo. No obstante, vamos por el buen camino en este proceso de convergencia contable internacional que nos permitirá ampliar la información contable sobre los intangibles en los Estados Financieros.

4.3. Propuestas sobre modelos alternativos de gestión del capital intelectual.

Los modelos que vamos a presentar tienen por objetivo servir como herramienta para identificar, estructurar y valorar los activos intangibles. Como veremos, algunos de ellos comparten muchos aspectos, lo cual pone de manifiesto que los más actuales se alimentan y completan de los anteriores.

No obstante, antes de adentrarnos en el estudio de estos modelos, vamos a realizar primeramente una revisión histórica de las herramientas de medición del capital intelectual.

4.3.0. Reseña Histórica.

A mediados de los años ochenta surge en Suecia la denominada «Comunidad sueca de prácticas», resultado de esfuerzos prácticos y de investigación para gestionar las organizaciones del conocimiento y medición del mismo. Dentro de esta Comunidad podemos diferenciar dos corrientes: 1) La contabilidad de costes para recursos humanos. 2) «La corriente Konrad», que es el origen del Monitor de Activos Intangibles. Esta segunda corriente se inicia con empresas suecas del conocimiento que utilizaban indicadores no financieros para controlar y presentar públicamente sus activos intangibles. Posteriormente, estas ideas fueron desarrolladas en la práctica por empresas como WM-Data, Skandia y KREAB, y gracias al Navegador de Skandia, se introdujeron en EE.UU. y Canadá. En 1993, el Consejo Sueco para la Industria de Servicios recomienda a sus empresas miembros utilizar en sus informes anuales determinados indicadores que describan su capital humano. En 1994, cuarenta y tres empresas suecas del conocimiento midieron e informaron de algunos intangibles siguiendo el modelo Konrad ¹³.

Algunas de estas empresas han desarrollado nuevos sistemas de medida para sus activos intangibles, mostrando los resultados públicamente. Podemos destacar cuatro empresas, todas ellas escandinavas: PLS-Consult (Dinamarca), empresa consultora de gestión, Skandia AFS (Suecia), filial de la empresa de servicios financieros y seguros de Skandia, Celemi (Suecia), empresa dedicada al desarrollo y venta de herramientas de formación creativas, y WM-data (Suecia), empresa de consultoría y software informático.

A continuación, vamos a analizar los modelos de medición que surgieron posteriormente.

4.3.1. Modelo *Balanced Business Scorecard* (Cuadro de Mando Integral).

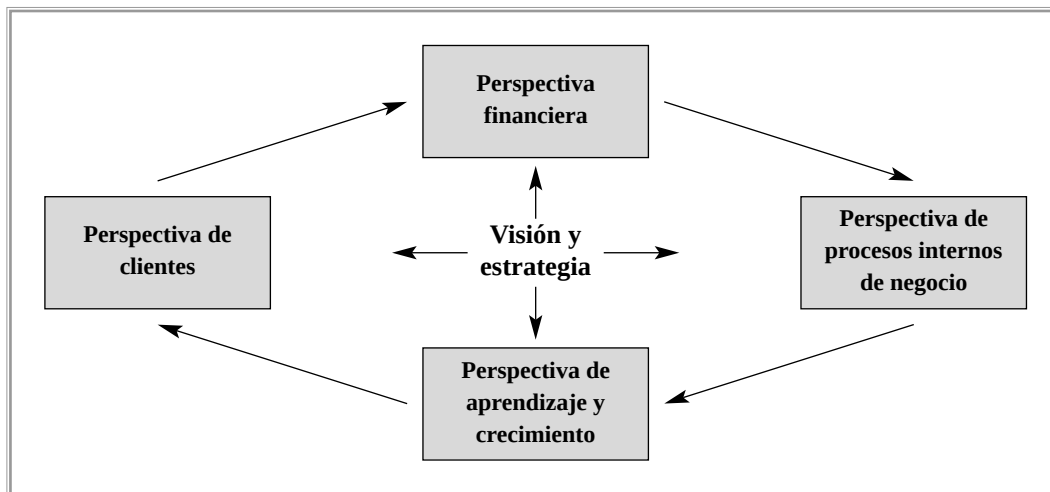
El *Balanced Business Scorecard* ¹⁴ es uno de los primeros trabajos en los que se busca una visión integral de los sistemas de medición para la gestión. Fue ideado por KAPLAN y NORTON ¹⁵ quienes comienzan su labor investigadora en 1990, con la profunda convicción de que los modelos de gestión empresarial basados en indicadores financieros, se encuentran obsoletos. El objetivo de este modelo es medir los resultados obtenidos por la organización a través de una serie de indicadores financieros y no financieros. Para ello, siguen un enfoque muy parecido al modelo ABC de costes usado en contabilidad.

Su aportación es que además de considerar los aspectos financieros incorpora otros de distinta naturaleza (mercado, procesos internos, aprendizaje), ya que éstos también condicionan la obtención de resultados económicos.

¹³ ORDOÑEZ DE PABLOS, Patricia: «Importancia estratégica de la medición del capital intelectual en las organizaciones», en su cita a SVEABY (1996): «The Swedish community of practise», y a OHMAN (1996): «*Knowledge in the Annual Report*». www.injef.com

¹⁴ KAPLAN, R.S. y D.P. NORTON (1997): *Cuadro de mando integral* (The Balanced Scorecard), Gestión 2000, Barcelona.

¹⁵ R.S. KAPLAN y D.P. NORTON (1992): «The Balanced Scorecard-Measures that Drive Performance», *Harvard Business Review*, January-February, págs. 71-79.

Figura 4. *Balanced Scorecard.*

FUENTE: KAPLAN, R.S. y NORTON, D.P. (1996): «*The Balanced Scorecard: Translating strategy into action*», Harvard Business School Press.

- Indicadores Financieros (Perspectiva Financiera).

Estos indicadores financieros son el objetivo final y no deben ser sustituidos, sino complementados con otros que reflejan la realidad empresarial. Ejemplos de indicadores son: la rentabilidad sobre fondos propios, flujos de caja, análisis de la rentabilidad del cliente y producto, gestión de riesgo, ...

- Indicadores no Financieros (Perspectiva de cliente).

Su objetivo es identificar los valores relacionados con los clientes, que aumentan la capacidad competitiva de la empresa. Para ello, hay que definir previamente los segmentos de mercado objetivo y realizar un análisis del valor y calidad de éstos. Ejemplos de indicadores son: el conjunto de valores del producto/servicio que se ofrece a los clientes, la cuota de mercado, el nivel de lealtad o satisfacción de los mismos, ...

- Indicadores Internos (Perspectiva de procesos internos de negocio).

Analiza la adecuación de los procesos internos de la empresa de cara a la obtención de la satisfacción del cliente y conseguir altos niveles de rendimiento financiero. Para ello, distinguen entre tres tipos de procesos:

- Procesos de innovación (difícil de medir). Análisis realizado en base a indicadores como: % de productos nuevos, % de productos patentados, introducción de nuevos productos en relación a la competencia, ...

- Procesos de operaciones que se desarrollan a través de los análisis de calidad y reingeniería, tomando como indicadores los relativos a costes, calidad, tiempos o flexibilidad de los procesos.
- Procesos de servicio postventa. Indicadores: costes de reparaciones, tiempo de respuesta, ratio ofrecida, ...
- Indicadores Externos (Perspectiva del aprendizaje y mejora).

Constituyen el conjunto de activos que dotan a la organización de la habilidad para mejorar y aprender. Esta perspectiva es la menos desarrollada debido al escaso avance de las empresas en este punto. Se critica la visión de la contabilidad tradicional, que considera la formación como un gasto, no como una inversión.

Clasifica los activos relativos al aprendizaje y mejora en:

- Capacidad y competencia de las personas (gestión de los empleados). Incluye indicadores de satisfacción de los empleados, productividad y necesidad de formación.
- Sistemas de información (sistemas que proveen información útil para el trabajo). Indicadores: bases de datos estratégicos, software propio, las patentes y copyrights.
- Cultura-clima-motivación para el aprendizaje y la acción. Indicadores: iniciativa de las personas y equipos, la capacidad de trabajar en equipo, el alineamiento con la visión de la empresa...

Este modelo da más importancia a los indicadores financieros, al proponer un conjunto de indicadores interrelacionados y equilibrados en el tiempo en función de su naturaleza (financieros y no financieros) y de su perspectiva (interna/externa).

La desventaja de este modelo es que carece de un desarrollo suficiente de los activos más intangibles, como son la capacidad de aprendizaje y la innovación.

4.3.2. Modelo del Cuadro de Mando.

Según Alfonso LÓPEZ VIÑEGLA ¹⁶, profesor de la Universidad de Zaragoza, el *Balanced Scorecard* ha presentado un modelo genérico que pretende mostrar, las bases de la implantación de estrategias empresariales mediante el uso de un potente Cuadro de Mando centrado, según su consideración, en las cuatro perspectivas estratégicas: Financiera, Cliente, Procesos, y Aprendizaje y Desarrollo. En dicho modelo, al identificar las variables estratégicas más importantes, no más de 20 –con sus respectivos indicadores– y al ser integrados en éste –teniendo en cuenta las interrelaciones posibles–,

¹⁶ LÓPEZ VIÑEGLA, A. (1998): «El Cuadro de mando y los sistemas de información para la gestión empresarial. Posibilidad de tratamiento hipermedia», Junio, AECA, *Monografías*, Madrid.

el Cuadro de Mando deja de ser una mera herramienta de información para consolidarse en un instrumento de gestión que permitirá controlar el desarrollo de la estrategia, desde las cuatro perspectivas más importantes para la empresa.

Sin embargo, según el profesor LÓPEZ, existen otros autores que ya han cuestionado la efectividad de este tipo de instrumentos. Así BUTLER, LETRA y NEALE ¹⁷ llevaban a cabo la exposición de la implantación del modelo de Kaplan y Norton en una empresa, concretamente en Rexam Custom Europe (RCE), división europea de Rexam Inc. (USA), multinacional dedicada al embalaje de una amplia gama de productos. En dicho análisis se podía corroborar cómo la realidad de una empresa no tiene por qué asemejarse a los planteamientos teóricos de dos expertos. Intentar que la realidad estratégica de RCE se adecuara al modelo del *Balanced Scorecard* originó un alejamiento de los planteamientos estratégicos de esta empresa. Aspecto que, conforme se iba diseñando el *Balanced Scorecard*, tomó fuerza y obligó a prescindir del enfoque inicial planteado por Kaplan y Norton para desarrollar un Cuadro de Mando orientado a los aspectos estratégicos de las políticas de desarrollo y la cultura corporativa propios de RCE. Así extrajeron la conclusión de que en cuestiones de estrategia, los modelos genéricos no son aplicables en su totalidad.

Cada empresa tiene sus perspectivas estratégicas diferenciales y la labor fundamental de un proceso de definición de la estrategia es su correcta identificación para su posterior medición y gestión de una forma efectiva.

En base a lo anterior, A. LÓPEZ VIÑEGLA es partidario de que cada empresa lleve a cabo un Cuadro de Mando instrumentado a través de las nuevas tecnologías de análisis, comunicación y distribución de la información.

4.3.3. *Modelo Navigator de Skandia.*

El Navegador de Skandia es una de las herramientas más completas de medición del capital intelectual. En 1991, la empresa sueca de servicios financieros y seguros, Skandia AFS (subsidiaria del Grupo de Seguros de igual nombre) contrató a Leif Edvinsson para diseñar una forma de medir el proceso de creación de activos en la empresa. Edvinsson desarrolló una teoría del «capital intelectual» que incorpora elementos del modelo Honrad y del «Balance Scorecard».

Este navegador permite identificar el capital intelectual como una combinación clave de activos humanos y estructuras organizativas, que incluye el acceso y utilización del conocimiento y experiencias de todos los empleados, así como la estructura, tecnología y sistemas organizativos de la empresa. Esta combinación entre activos y estructura es clave ya que sin ella los empleados serán menos eficientes en la creación de riqueza.

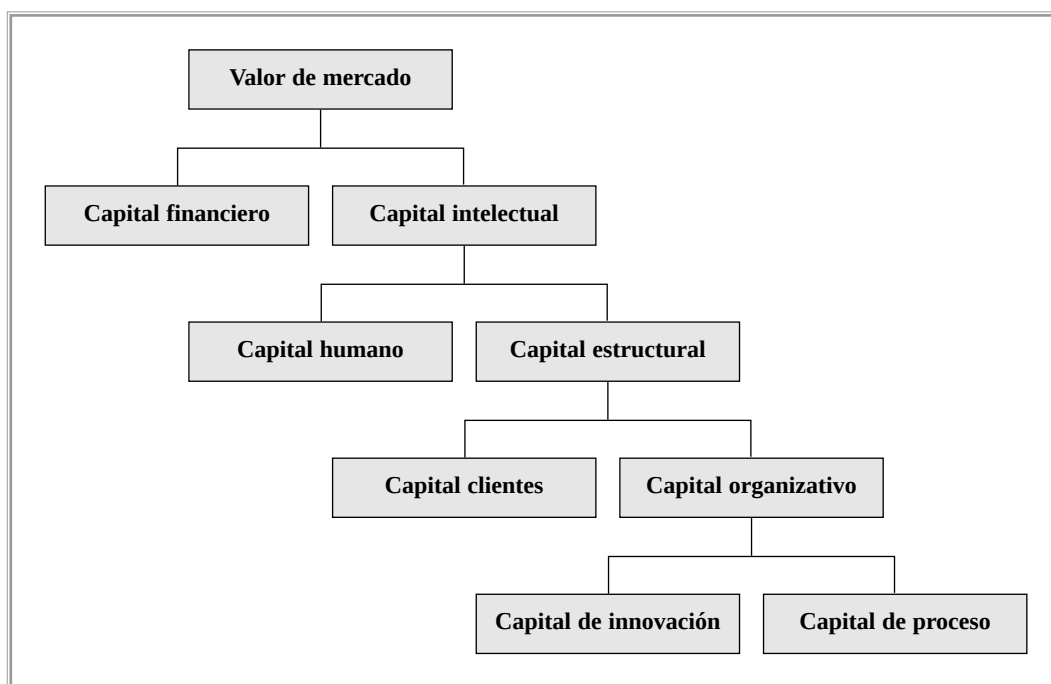
¹⁷ LÓPEZ VIÑEGLA, Alfonso y HERNÁNDEZ GASSET, Miguel: *Un sistema integrado no es suficiente* en su cita al trabajo realizado por BUTLER, A., LETZA, S.R. y NEALE, B. (1997). www.ciberconta.unizar.es/capitalintelectual/articulos

Por otro lado, mientras que en los modelos económicos tradicionales se utiliza normalmente el capital financiero únicamente, la empresa sueca propone el «Esquema de Valor de Mercado de Skandia», donde se muestra que el valor de mercado de la empresa está integrado por el capital financiero y el capital intelectual. Este último formado a su vez por:

- 1) Capital humano (conocimientos, habilidades, actitudes, ... de las personas que componen la organización).
- 2) Capital estructural, que se divide en capital de clientes (activos relacionados con los clientes como fidelización, capacidad de conformar equipos mixtos, ...) y capital organizativo, es decir, todo aquello que permanece cuando los empleados se han ido a casa, sistemas de información, bases de datos, software de tecnologías de información, etc.

El capital organizativo puede descomponerse en capital de procesos (procesos que crean valor y procesos que no crean valor), cultura y capital de innovación (que posibilitan el mantener el éxito de la empresa en el largo plazo a través del desarrollo de nuevos productos o servicios, por ejemplo: derechos intangibles, marcas, patentes, receta de conocimiento y secretos empresariales).

Figura 5. Esquema de Valor de Mercado de Skandia.



FUENTE: EDVINSSON y MALONE (1997).

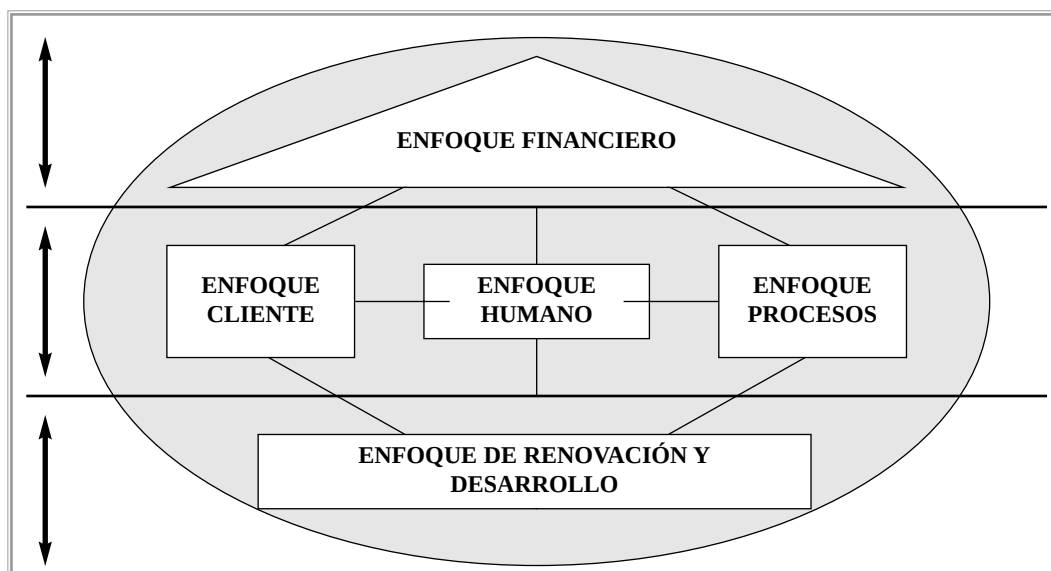
www.gestiondelconocimiento.com/areaacademica/modelos/navigatordeskandia

Como señala el Informe de capital intelectual de Skandia (1998), «el capital intelectual surge en un proceso de creación de valor fundamentado en la interacción del capital humano y estructural, donde la renovación continua (innovaciones) transforma y refina el conocimiento individual en valor duradero para la organización. Es importante que el capital humano sea convertido en capital intelectual. Por tanto, es importante que los líderes de la organización proporcionen métodos de trabajo para facilitar la conversión de las competencias individuales en capital organizativo y, por tanto, desarrollar los efectos multiplicadores dentro de la empresa».

Skandia ha desarrollado un modelo de planificación empresarial orientado hacia el futuro, el cual proporciona una imagen global equilibrada de las operaciones: un equilibrio entre el pasado (enfoque financiero), el presente (enfoque del cliente, humano y de proceso) y el futuro (enfoque de renovación y desarrollo). En la **figura 6** podemos ver el modelo que permite desglosar la visión y objetivos globales de la empresa en factores más concretos que pueden ser conectados con el propio trabajo de los empleados.

La representación gráfica del «Skandia Navigator» se convierte en una metáfora visual, donde se presenta el esquema del Navigator como una casa. En la parte superior, el triángulo es el Enfoque Financiero, que incluye el pasado de la empresa a través del balance de situación. Las paredes de la casa son el presente e incluyen las relaciones con clientes y procesos de negocio. La base de la casa representa la capacidad de innovación y adaptación, es decir, el futuro. Finalmente, el centro de la casa es ocupado por el Enfoque Humano, que constituye el centro de actividad.

Figura 6. *Skandia Navigator.*



FUENTE: Supplement to Skandia's 1996 Interim Report y EDVINSON y MALONE (1997).
www.gestiondelconocimiento.com/areaacademica/modelos/navigatordeskandia

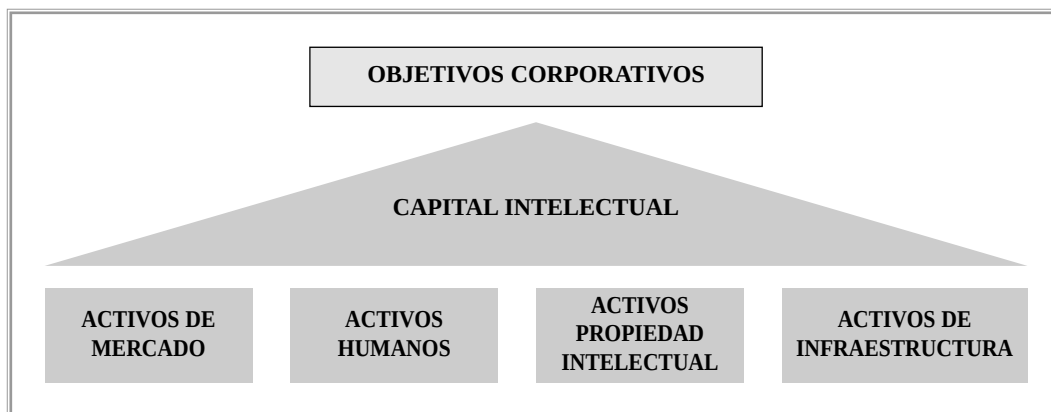
4.3.4. Modelo Technology Broker.

Es un modelo creado en 1996 por Annie Brooking, fundadora y directora de la consultoría The Technology Broker (Reino Unido), líder en servicios de desarrollo del capital intelectual. Este modelo parte del mismo concepto que el modelo de Skandia: el valor de mercado de las empresas es la suma de los activos tangibles y el capital intelectual (intangibles). Annie Brooking destaca la necesidad de desarrollo de una metodología para auditar la información relacionada con el capital intelectual ¹⁸ como paso previo para generalizar su medición.

En este modelo, el capital intelectual está formado por cuatro categorías de activos:

- Activos de Mercado (marcas, clientes, imagen, nombre de la empresa, cartera de pedidos, capacidad de colaboración, ...). Éstos proporcionan una ventaja competitiva en el mercado.
- Activos de Propiedad Intelectual (patentes, copyrights, derechos de diseño, secretos comerciales, ...). Éstos proporcionan el valor adicional que supone para la empresa la exclusividad de la explotación de un activo intangible.
- Activos Humanos: educación (base de conocimientos y habilidades generales), formación profesional (capacidades necesarias para el puesto de trabajo), conocimientos específicos del trabajo (experiencia), habilidades (liderazgo, trabajo en equipo, resolución de problemas, negociación, objetividad, ...). Éstos valoran la importancia que tienen las personas en las organizaciones por su capacidad de aprender y utilizar el conocimiento.
- Activos de Infraestructuras (filosofía del negocio, cultura organizativa, sistemas de información, bases de datos existentes en la empresa, ...). Éstos valoran las tecnologías, métodos y procesos que permiten que la organización funcione.

Figura 7. Modelo Technology Broker.



FUENTE: A. BROOKING (1996).

www.gestiondelconocimiento.com/areaacademica/modelos/technologybroker

¹⁸ Véase libro de A. BROOKING titulado *Intellectual Capital. Core Asset for the third Millenium Enterprise* (1996).

Este modelo destaca por el tratamiento específico que concede a la Propiedad Intelectual de la empresa y a la relación del capital intelectual con los objetivos corporativos.

Las desventajas que ofrece son:

- No considera las relaciones entre los bloques, ni los desglosa en elementos.
- No hace consideraciones temporales, es decir, que no tiene en cuenta el horizonte temporal (pasado, presente y futuro).
- No ofrece una definición de indicadores cuantitativos, sino que los indicadores que propone son de carácter cualitativo.

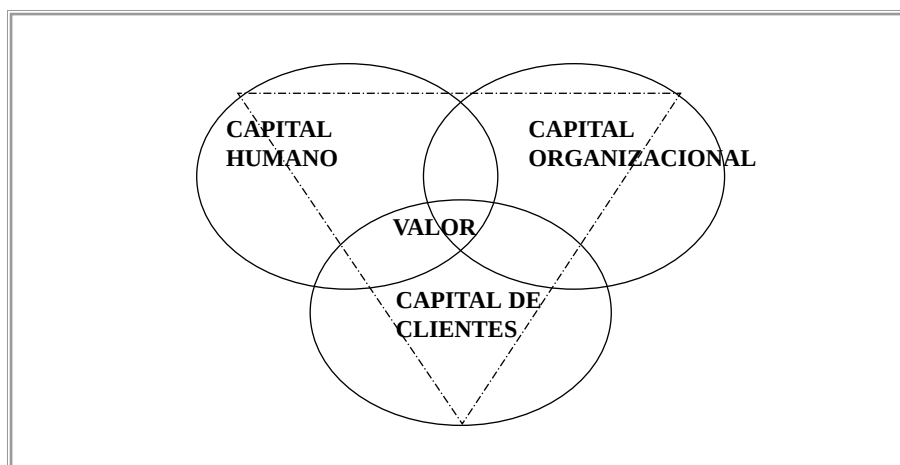
4.3.5. Modelo Dow Chemical.

Este modelo ha sido desarrollado por la empresa Dow Chemical. La cual ha creado una metodología para la clasificación, valoración y gestión de la cartera de patentes de la empresa.

Este modelo nace en esta empresa por su preocupación ante la necesidad de gestión de sus activos intangibles, más que por dar información a terceros sobre su valor.

Para Dow Chemical, el primer paso para gestionar algo es visualizarlo. En base a esta premisa, Dow va extendiendo la medición y gestión de otros activos intangibles de la empresa de alto impacto en los resultados financieros.

Figura 8. Modelo Dow Chemical.



FUENTE: Euroforum (1998).

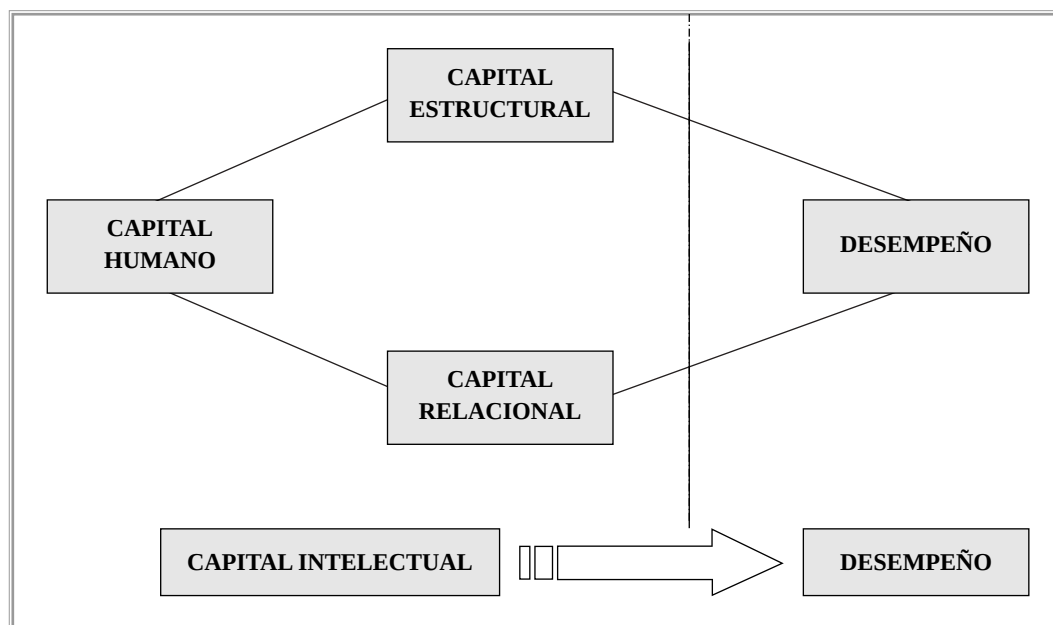
4.3.6. Modelo de la Universidad de West Ontario.

Este modelo estudia las relaciones de causa-efecto entre los distintos elementos del capital intelectual y los resultados empresariales. Se creó en 1996.

El capital intelectual es considerado como un sistema de bloques interrelacionados. Estos bloques son el capital humano, el capital estructural y el capital relacional.

Su principal aportación es la constatación de que el bloque de capital humano es un importante factor explicativo del resto de los elementos (véase **figura 9**).

Figura 9. Modelo de la Universidad de West Ontario.



FUENTE: BONTIS (1996), en Euroforum (1998), pág. 26.

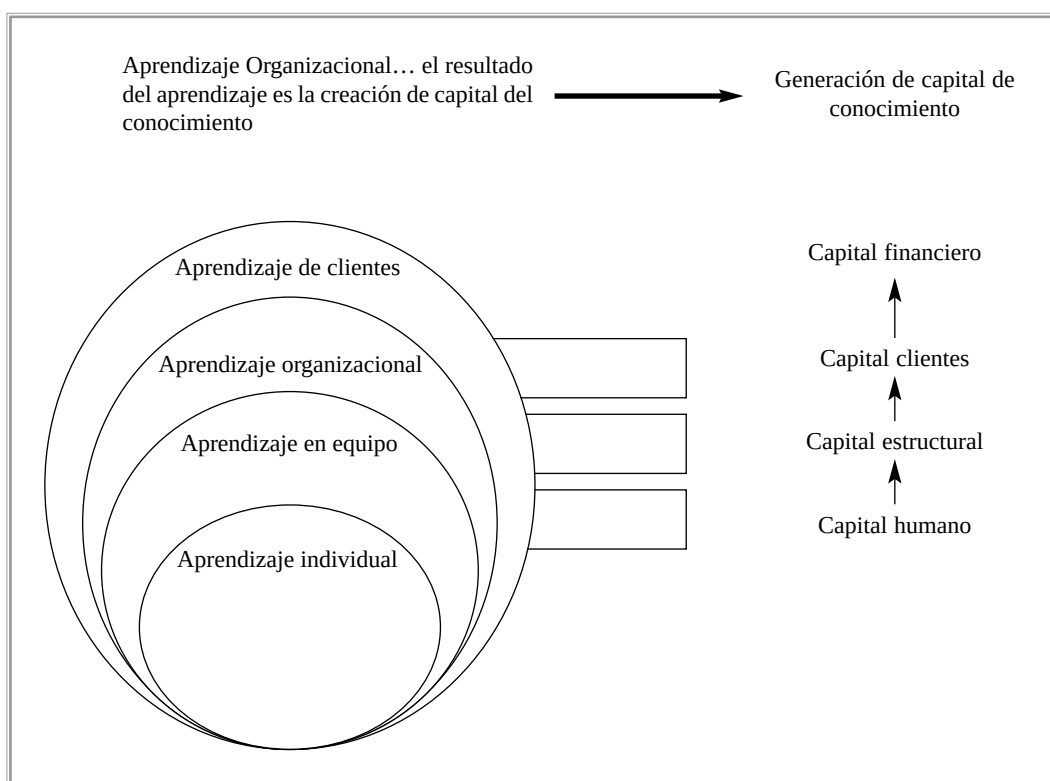
Las desventajas de este modelo son varias:

- No considera las relaciones entre los bloques de capital estructural y relacional.
- No tiene en cuenta el horizonte temporal (pasado, presente y futuro).
- No propone indicadores de medición, ya que su principal preocupación es la relación entre los bloques y el desempeño.

4.3.7. Modelo Canadian Imperial Bank.

Este modelo fue implantado en el Banco Imperial Canadiense por Hubert Saint-Onge en 1996, para medir el capital intelectual del banco. Estudia la relación entre el capital intelectual, su medición y el aprendizaje organizacional.

Como podemos observar en la **figura 10** el modelo es el siguiente:



FUENTE: SAINT-ONGE (1996), en Euroforum (1998).

En este modelo, el capital intelectual (también llamado por este autor capital conocimiento), se divide en cuatro bloques: capital financiero, capital clientes, capital estructural, y capital humano.

Estos bloques se relacionan con tipos de aprendizaje: aprendizaje de clientes, organizacional, de equipo e individual. Este intento de relacionar aprendizaje con conocimiento nos acerca a los modelos de gestión del conocimiento. Ésta es su mayor aportación.

Este modelo, si bien aporta en un primer momento un acercamiento a la consideración del aprendizaje dentro del estudio de los intangibles, presenta las siguientes desventajas:

- El modelo no explica las interrelaciones entre los bloques, es más, lo que plantea es un proceso secuencial de forma que, por ejemplo, el capital humano determina el capital estructural e influye en el capital clientes y en el financiero de forma indirecta.
- No propone indicadores de medición.
- No considera el horizonte temporal.

4.3.8. Modelo capital intelectual.

Este modelo nace como consecuencia del interés en estudiar la aplicación del concepto de capital intelectual a un programa gubernamental, el *Business Network Programme*, implementado en Australia por AusIndustry.

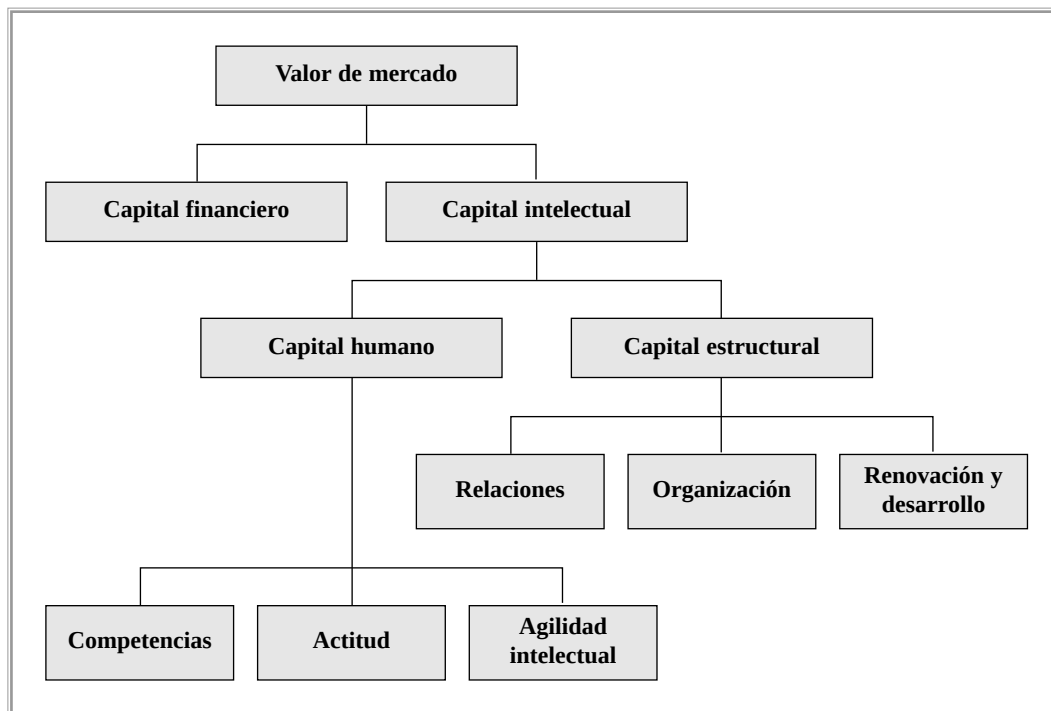
Su objetivo es buscar una teoría nueva que pueda adoptar la función de marco general y de lenguaje para todos los recursos intangibles. Por estas fechas, algunos autores como EDVINSSON y MALONE (1997), BONTIS (1996), ROOS & ROOS ¹⁹ (1997) empezaron a clasificar bajo el nombre de capital intelectual todos los recursos intangibles y a analizar sus interconexiones. Pero el problema está en la definición de recursos intangibles.

Así para DROGONETTI y ROOS (1998), recurso «es cualquier factor que contribuya a los procesos de generación de valor de la compañía, y que esté de manera más o menos directa, bajo el control de la propia compañía».

Esta definición a pesar de ser un tanto imprecisa, no es mala, ya que el capital intelectual es algo absolutamente singular en todas y cada una de las empresas. Por ello, aunque no se pueda definir el concepto de capital intelectual, se puede clasificar en categorías y tipos siguiendo un criterio de gestión.

El valor de la compañía proviene de sus activos físicos y monetarios (capital financiero) y de sus recursos intangibles (capital intelectual). Dentro del capital intelectual hay dos categorías generales, capital humano y capital estructural, con tres subdivisiones cada una. Esta clasificación la vemos en la siguiente figura:

¹⁹ ORTIZ DE URBINA CRIADO, Patricia: *La Gestión del Conocimiento y El capital intelectual*, en su cita a ROOS G. & ROOS J, EDVINSSON y MALONE y BONTIS.

Figura 11. Árbol de Configuración de Valor.

FUENTE: ORTIZ DE URBINA CRIADO, Marta: La Gestión del Conocimiento y El capital intelectual, en su cita a ROOS, G & ROOS, J., DRAGONETTI, N.C (1997).

En 1997 ROOS realiza una gran aportación, al considerar el capital intelectual no sólo como un *stock* sino también como un flujo. Este flujo de capital intelectual (que proporciona conocimiento e información) añade una perspectiva más dinámica y de incalculable valor al estudio del capital intelectual, pero también conlleva problemas de medición.

Siguiendo estas ideas en 1998 DRAGONETTI y ROOS hacen público el modelo, en el cual plantean un índice de capital intelectual que integre a los diferentes indicadores del capital intelectual en una única medida. Este índice proporciona a los gestores una nueva línea de partida que se centra en el rendimiento financiero del capital intelectual, cuando la tradicional se centraba en el financiero.

Entre las conclusiones de este modelo se considera que «un sistema de capital intelectual es, en sí mismo, un recurso intangible de la organización». Así, un sistema de capital intelectual pasa a formar parte del capital intelectual de la compañía y cuanto mejor lo utilice, más capital intelectual se creará. Establece también una relación entre capital intelectual y financiero, planteando a su vez una clasificación del primero.

La desventaja de este modelo es que no considera el horizonte temporal como pasado, presente y futuro.

4.3.9. Modelo Intellectual Assets Monitor.

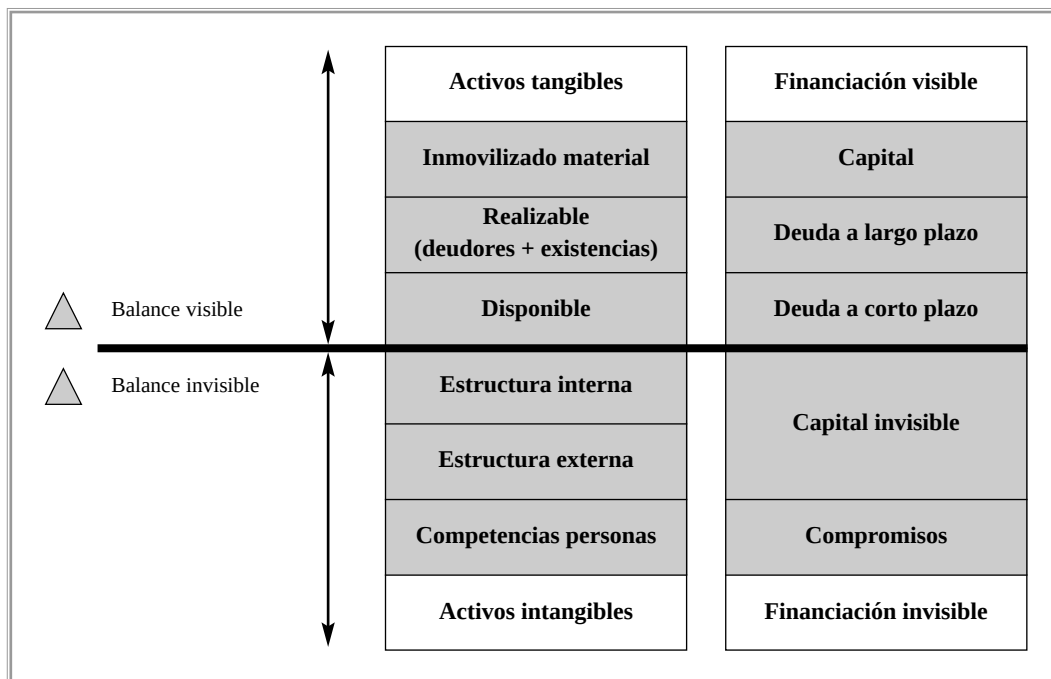
Llamado también Monitor de Activos Intangibles.

Este modelo ha sido desarrollado por Karl Eric Sveiby, quien desde 1980 viene estudiando la gestión en las denominadas organizaciones «intensivas en conocimiento». El objetivo que persigue es el de guiar a los directivos en la utilización de activos intangibles, indicando si estos activos generan valor y si se utilizan eficientemente.

Para este modelo, además del balance visible existe otro balance invisible cuyos componentes son los activos intangibles.

La empresa sueca Celemi cuya actividad se centra en el desarrollo y venta de herramientas a nivel global fue la primera empresa en utilizar este modelo.

La **figura 12** nos muestra este balance de activos intangibles.



FUENTE: www.gestiondelconocimiento.com/areaacademica/modelos/navigatordesandia
 SVEIBY, KE (1997): «The Intangible Assets Monitor», Journal of Human Resource Costing and Accounting.

Este modelo divide los activos intangibles en:

- Activos de estructura interna (es el conocimiento estructurado de la organización, como las patentes, procesos, modelos, sistemas de información, cultura organizativa, ... así como las personas que se encargan de mantener dicha estructura).
- Activos de estructura externa (comprende las relaciones con clientes y proveedores, las marcas comerciales y la imagen de la empresa).
- Activos de capacidad de los trabajadores (incluye las competencias de la organización como son planificar, producir, procesar o presentar productos o soluciones).

Para cada uno de estos activos que hemos señalado, SVEIBY propone tres tipos de indicadores:

- Indicadores de crecimiento e innovación (recogen el potencial futuro de la empresa).
- Indicadores de eficiencia [nos informan hasta qué punto los intangibles son productivos (activos)].
- Indicadores de estabilidad (indican el grado de permanencia de estos activos en la empresa).

El *Intellectual Assets Monitor* se centra en la medición y gestión de los activos intangibles de la empresa. En él se recoge también una estructuración del capital intelectual (estructura interna, externa y competencias) y hace énfasis en el dinamismo de los activos intangibles considerando indicadores de riesgo y de su capacidad de renovación y crecimiento. Su aportación es la diferencia que establece entre capital humano y capital estructural, que ha servido de base a los modelos posteriores. Pero como desventajas se encuentran:

- Se olvida de su impacto en los resultados financieros.
- No tiene en cuenta el horizonte temporal.

4.3.10. Modelo de Dirección Estratégica por Competencias.

En 1998 Eduardo BUENO profundiza en el concepto de capital intelectual, mediante la creación del modelo de dirección estratégica por competencias.

Como ya hemos visto, en estos últimos años, los intangibles cobran cada vez más importancia en la realidad económico empresarial. Esta evidencia ha justificado el interés que a lo largo de la década actual diferentes investigadores, expertos, entidades e instituciones están mostrando para

conocer cómo se crean, cómo se miden, con qué indicadores y cómo se deben gestionar los citados activos intangibles, tanto en cuanto a su consideración dinámica, como «flujos de conocimientos» (ROOS y otros, 1997 y STEWARD, 1997), como en su aceptación estática o valor intangible en un momento concreto de tiempo.

Estos grupos de interés vienen acordando que el valor posible del capital intangible o intelectual de una empresa puede estar recogido y evaluado por la diferencia entre el valor de mercado de la compañía (V) y el valor contable de sus activos productivos (Ac). En consecuencia, el capital intangible representa «la valoración de los activos intangibles creados por los flujos de conocimientos de la empresa». Concepto que queda reflejado en la ecuación:

$$CI = V - Ac$$

Donde:

CI = Capital intangible o intelectual.

V = Valor de mercado de la empresa.

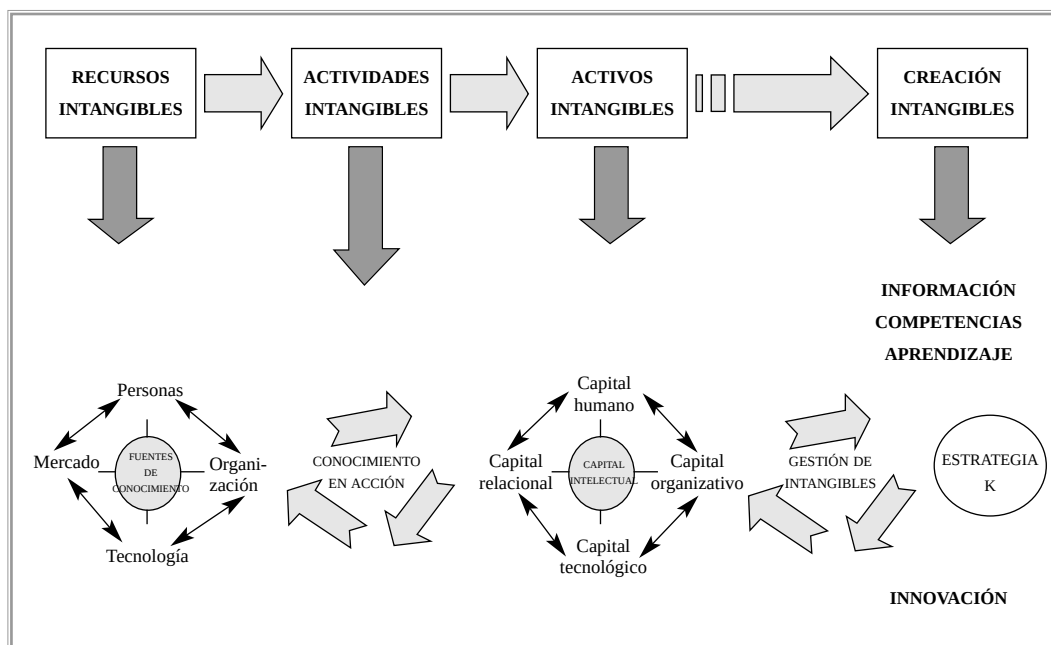
Ac = Activos productivos netos de la empresa según valor contable.

Esta conceptualización hace que cobre interés la propuesta de capital intangible como clave estratégica de la competencia actual.

Consecuencia de todo esto, se ha llevado a formular la llamada Dirección Estratégica por Competencias, concepto que viene emergiendo en la década actual para orientar mejor la eficiencia y eficacia de la empresa en la sociedad del conocimiento.

El objetivo de la Dirección Estratégica por Competencias es buscar la «competencia esencial» como combinación de las competencias básicas distintivas, ya que, ella es la encargada de analizar la creación y sostenimiento de la ventaja competitiva.

Este modelo ha sido recientemente mejorado por Eduardo BUENO quien en su artículo «La empresa ante el reto de la gestión del capital intelectual: conocimiento, talento e imaginación» nos muestra el siguiente modelo:

Figura 13. Modelo conceptual de creación, medición y gestión de intangibles.

FUENTE: BUENO, Eduardo: «La Empresa ante el reto de la Gestión del capital intelectual», XI Congreso AECA 2001. *Empresa, Euro y Nueva Economía*.

Este proceso de creación, medición y gestión de intangibles en las empresas en los momentos actuales puede ser explicado como un modelo que se concreta en una estrategia basada en el conocimiento, como un diamante perfecto resultante de dicha gestión y cuyas facetas más relevantes se explican gracias a los conceptos siguientes: información, competencias, aprendizaje e innovación.

Las desventajas de este modelo son:

- No explicita el horizonte temporal.
- No determina las relaciones entre bloques.
- No propone indicadores, aunque sí plantea fórmulas cuantitativas.

4.3.11. Modelo Intellect.

El Instituto Universitario Euroforum Escorial comenzó su andadura en la investigación y análisis del capital intelectual en 1997. Lo hizo desarrollando un modelo de medición y gestión denominado Modelo Intellect. Se realizó con la colaboración técnica de la consultora KPMG y fue finan-

ciado por el Fondo Social Europea y la Comunidad de Madrid. Se publicó en 1998. Su origen parte de la preocupación de diferentes grupos de interés (empresarios, analistas, auditores, Administraciones Públicas, los mercados financieros, científicos y académicos, entre otros) por conocer cómo se crean y se miden los activos intangibles, así como por ver cómo se puede desarrollar una metodología de análisis y sus consecuentes herramientas de gestión, de forma que se pueda realizar la evaluación del capital intangible y la gestión de los flujos de conocimientos que lo crea (Euroforum, 1998).

Sus objetivos principales son:

- Evaluación de las diferentes alternativas de medición a nivel internacional.
- Elaboración de un modelo genérico de medición y gestión del capital intelectual en la empresa.
- Sensibilización de la dirección de la empresa sobre la importancia de medirlo y gestionarlo.

Según el modelo Intellect, el capital intelectual se divide en tres componentes: capital humano, capital estructural y capital relacional, cada uno de los cuales está formado por una serie de activos intangibles.

El *capital humano* se refiere al conocimiento (tanto explícito como tácito) útil para la empresa y poseído por las personas y equipos de la misma, así como su capacidad para regenerarlo, es decir, su capacidad para aprender. El capital humano es la base de la generación de los otros dos tipos de capital intelectual. Una manera sencilla de distinguir el capital humano es que la empresa no lo posee, no lo puede comprar, sólo contratarlo durante un período de tiempo.

ELEMENTOS DE CAPITAL HUMANO

Presente	Futuro
Satisfacción del Personal. Tipología del Personal. Competencias de las personas. Liderazgo. Trabajo en Equipo. Estabilidad: riesgo de pérdida.	Mejora de las Competencias. Capacidad de innovación de las personas y equipos.

FUENTE: Euroforum (1998), pág. 36.

El *capital estructural* está formado por todos aquellos conocimientos estructurados de los que depende la eficacia y eficiencia interna de la empresa: los sistemas de información y comunicación, la tecnología disponible, los procesos de trabajo, las patentes, los sistemas de gestión, etc.

ELEMENTOS DE CAPITAL ESTRUCTURAL

Presente	Futuro
Cultura Organizacional. Filosofía de Negocio. Procesos de Reflexión Estratégica. Estructura de la Organización. Propiedad Intelectual. Tecnología de Proceso. Tecnología de Producto. Procesos de Apoyo. Procesos de Captación de Conocimiento. Mecanismos de Transmisión y Comunicación. Tecnología de la Información.	Procesos de Innovación.

FUENTE: Euroforum (1998), pág. 41.

El *capital relacional* se refiere al valor que tiene para una empresa el conjunto de relaciones que mantienen con el exterior. La calidad y fidelidad de la base de clientes de una empresa y su potencialidad para generar nuevos clientes en el futuro son, evidentemente, cuestiones claves para su éxito, como también lo es el conocimiento que puede obtenerse de la relación con otros agentes del entorno (alianzas con competidores, con proveedores, etc.). Por lo tanto, la importancia y peculiar naturaleza de los intangibles que se generan en la relación de la organización con el exterior son elementos relevantes en este concepto de capital relacional.

ELEMENTOS DE CAPITAL RELACIONAL

Presente	Futuro
Base de Clientes Relevantes. Lealtad de Clientes. Intensidad de la Relación con Clientes. Satisfacción de Clientes. Procesos de Servicio y Apoyo al Cliente. Cercanía al Mercado. Notoriedad de Marcas. Reputación/Nombre de la empresa. Alianzas Estratégicas. Interrelación con Proveedores. Interrelación con otros Agentes.	Capacidad de Mejora/Recreación de la Base de Clientes.

FUENTE: Euroforum (1998), pág 47.

El modelo Intellect va concretando cada uno de estos elementos, para posteriormente plantear unos indicadores, que sirvan de guía, de entre los cuales la empresa deberá seleccionar aquellos más adecuados a su estrategia, características y entorno. Estos indicadores son la forma de medir o evaluar los elementos y deben definirse para cada caso particular.

Algunos de estos *indicadores* son:

Indicadores de capital humano:

- Número de empleados en un país.
- Número de empleados en el resto del mundo.
- Porcentaje de horas de formación sobre jornada laboral.
- Edad media de la plantilla.
- Diversidad hombres/mujeres.
- Rotación Interna.

Indicadores de capital estructural:

- Flexibilidad de la retribución:
 - % retribución variable/total.
 - % personas con retribución variable.
- Porcentaje de personas en Dirección Orientada a Resultados.
- Números de personas formadas en Calidad Total.
- Número de equipos de mejora.
- Número de sugerencias de mejora.

De capital relacional:

- Número de oficinas en un país.
- Número de oficinas en el resto del mundo.
- Plantilla en puestos de Gestión.

- Índice de lealtad de los clientes en la red comercial.
- Índice de satisfacción de los clientes internos.
- Número de clientes nuevos.

Las características del modelo Intellect son las siguientes:

- Establece la relación entre el capital intelectual y la Estrategia de la Empresa.
- Es un modelo que cada empresa debe personalizar.
- Es abierto y flexible.
- Mide los resultados y los procesos que los generan.
- Tiene visión sistemática.
- Combina distintas unidades de medida.
- Incorpora una serie de dimensiones como son:
 - Presente/Futuro: sirve para estructurar y medir los activos intangibles en el momento actual y sobre todo, revelar el futuro previsible de la empresa, en función a la potencialidad de su capital intelectual y a los esfuerzos que se realizan en su desarrollo.
 - Interno/Externo: identifica intangibles que generan valor desde la consideración de la organización como un sistema abierto. Se consideran los activos internos (creatividad personal, sistemas de gestión de la información, ...) y externos (imagen de marca, alianzas, lealtad, ...)
 - Flujo/Stock: el modelo tiene un carácter dinámico, ya que no sólo pretende contemplar el *stock* de capital intelectual en un momento concreto de tiempo, sino también aproximarse a los procesos de conversión entre los diferentes bloques de capital intelectual.
 - Explícito/Tácito: no sólo se consideran los conocimientos explícitos (transmisibles), sino también más personales, subjetivos y difíciles de compartir. El adecuado y constante transvase entre conocimientos tácitos y explícitos es vital para la innovación y el desarrollo de la empresa.

Con el fin de desarrollar este modelo, se han llevado a cabo experiencias piloto, concretamente en tres empresas: Finanzia (Financiera del Grupo BBV), que incorpora en su memoria anual, publicada en 1998, su primera relación de activos intangibles, Tsai (del grupo Telefónica) e Idom (ingeniería y consultoría). Del análisis de estas experiencias y su posterior reflejo en las cuentas anuales hemos extraído el conjunto de intangibles a los que estas empresas conceden mayor importancia: innovación, aprendizaje, colaboración, flexibilidad, diversidad, motivación, desjerarquización, transparencia y transformación de estructuras y procesos.

Todo ello con el fin de que el modelo sea aplicable a las empresas de nuestro entorno, y que se inicie la difusión y formación en el mundo empresarial de los conceptos relacionados con el capital intelectual y los beneficios de su adecuada gestión para lograr una mayor competitividad. Este modelo tiene, por lo tanto, más fines prácticos que académicos, pero es un buen punto de partida para un posterior desarrollo académico de la gestión del conocimiento y de la medición y valoración de los intangibles (Euroforum, 1998).

Este modelo ha abierto una línea de investigación y ha captado el conocimiento creado en los centros internacionales, lo ha asimilado y elaborado, creando un marco de conocimiento aplicable a la empresa española. Ahora, es necesario transmitirlo, a través de la formación de directivos y mediante proyectos de implantación.

4.3.12. *Modelo Nova.*

Otra iniciativa emprendida en España siguiendo la misma lógica que el modelo anterior es la del Club Gestión del Conocimiento de la Comunidad Valenciana, que ha propuesto el llamado Modelo Nova, creado por César Camisón, Daniel Palacios y Carlos Devece. Su objetivo es medir y gestionar el capital intelectual de las organizaciones de manera que sea útil para cualquier empresa. Para ello, clasifica el capital intelectual en cuatro bloques:

- Capital humano: incluye los activos de conocimiento (tácitos o explícitos) depositados en las personas.
- Capital organizativo: abarca los activos de conocimiento sistematizados, explicitados o internalizados por la organización, ya lo sean en:
 - Ideas explicitadas objeto de propiedad intelectual (patentes, marcas).
 - Conocimientos materializables en activos de infraestructura susceptibles de ser transmitidos y compartidos por varias personas (descripción de invenciones y de fórmulas, sistema de información y comunicación, tecnologías disponibles, documentación de procesos de trabajo, sistemas de gestión, estándares de calidad).
 - Conocimientos internalizados compartidos en el seno de la organización de modo informal (formas de hacer de la organización: rutinas, cultura, etc).
- Capital social: incluye los activos de conocimiento acumulados por la empresa gracias a sus relaciones con agentes de su entorno.
- Capital de innovación y de aprendizaje: incluye los activos de conocimiento capaces de ampliar o mejorar la cartera de activos de conocimiento de los otros tipos, o sea, el potencial o capacidad innovadora de la empresa.

Es un modelo de carácter dinámico, en la medida en que también persigue reflejar los procesos de transformación de los diferentes bloques de capital intelectual. Una característica diferencial del modelo, es que permite calcular, además de la variación de capital intelectual que se produce entre dos períodos de tiempo, el efecto que cada bloque tiene sobre los demás. Por tanto, nos interesa saber entre dos períodos determinados de tiempo:

- La variación de capital intelectual.
- El aumento o disminución de capital entre cada uno de los bloques.
- La contribución de un bloque al incremento/disminución de otro bloque.

La ventaja de este modelo es la consideración conjunta de los *stocks* y los flujos de capital intelectual, lo cual añade una gran riqueza al estudio. Mientras que en otros modelos como el modelo de capital intelectual de Roos, se separa la estática de la dinámica, es decir, no se integran en el mismo modelo.

Este modelo está siendo puesto en práctica en las más de treinta empresas que forman parte del Club de Gestión del Conocimiento y la Innovación de la Comunidad Valenciana, entre ellas, Bancaja, Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM), Tau Cerámica, Reebok España, etc.

4.3.13. Modelo contable de medición del capital intelectual.

Este modelo contable de medición del capital intelectual ha sido creado por Abilio MARRERO y actualmente está en proceso de desarrollo por el autor ²⁰. Se diferencia de los anteriores en que:

- Enfoca el capital intelectual a partir de la contabilidad financiera.
- Integra el balance previsto por la contabilidad tradicional.
- Determina el valor financiero del capital intelectual de modo que pueda ser registrado por la contabilidad de partida doble.
- No identifica los conceptos de capital intelectual con el de activos intangibles, aunque los considera de igual valor.

Otras características importantes del modelo que se propone son:

- Se basa en los indicadores del Monitor de Activos Intangibles de Sveiby.

²⁰ MARRERO RODRÍGUEZ, Abilio (2001): *Modelo Contable de Medición del capital intelectual*.
www.gestiondelconocimiento.com/areacademica/modelos

- Su fundamento teórico elemental es la ecuación sugerida por MANTILLA ²¹ para replantear la fórmula contable tradicional:

$$\text{Recursos (activos intangibles + activos tangibles)} = \text{responsabilidad} + \text{capital intelectual}$$

Balance tradicional	Disponible	ACTIVOS TANGIBLES	Deudas a corto plazo	PASIVOS Y CAPITAL CONTABLE
	Realizable		Deudas a largo plazo	
	Inmovilizado		Patrimonio	
Balance agregado	Competencias personales	ACTIVOS INTANGIBLES	Conocimiento interno y externo	CAPITAL INTELECTUAL
	Estructura interna			
	Estructura externa			

Siguiendo la presentación de los Estados Financieros de los países anglosajones en el balance tradicional, los activos se ordenan de mayor a menor liquidez y los pasivos de mayor a menor exigibilidad. De acuerdo con esto, el nuevo balance denominado balance agregado en el que se integran elementos intangibles, ordena éstos de mayor a menor capacidad de generar valor a la organización.

El conocimiento interno (de la organización) y el externo (del entorno) constituyen la fuente de los activos intangibles. Justamente es la percepción que tenga el entorno de la empresa lo que decide su valor de mercado. Al mismo tiempo, la estructuración del conocimiento a diferentes niveles es lo que determina los diferentes componentes de los activos intangibles.

Precisamente, por pretender llevar el capital intelectual y los activos intangibles a los balances de situación financiera de la organización, este modelo se enfrenta a las normas de contabilidad vigentes y no podría ser aplicado en toda su extensión hasta tanto esas normas no se flexibilicen y faciliten su introducción.

La norma contable IAS 38 sobre Activos Intangibles, publicada en septiembre de 1998 por el *Internacional Accounting Standards Committee*, considera que determinados intangibles como listas de clientes, marcas, relaciones con clientes, capital humano, capital estructural, etcétera, no satisfa-

²¹ MANTILLA, Samuel Alberto (2000): «La Contaduría Pública frente a la crisis: desafíos y propuestas». *X Simposio Contaduría Universidad de Antioquía*.

cen la definición de activo (recurso controlado por una empresa como resultado de acontecimientos pasados, del cual se espera obtener beneficios futuros), y, por tanto, deben registrarse como gasto cuando se incurre en ellos, no figurando en el activo en el balance.

Según Abilio MARRERO para calcular la totalidad del capital intelectual (CI) puede usarse cualquiera de los tres métodos siguientes:

1. Razón entre valor de mercado y valor contable.

Se conoce como fondo de comercio o *goodwill*.

Se calcula como cociente entre el valor de mercado (el valor de las acciones por el número de acciones) y el valor contable (la parte patrimonial del balance, es decir, lo que queda una vez que se descuentan todos los pasivos).

Éste es un método sencillo, razonable y rápido.

A pesar de las imperfecciones que representa la consideración de la capitalización bursátil y el carácter a primera vista reduccionista que tendía a enfocar el capital intelectual sólo a partir del *goodwill*, hay que reconocer que este valor obedece al comportamiento de la bolsa y va a fluctuar dependiendo de los conocimientos que tengan de la organización otras personas o entidades y va a estar condicionado por su imagen, su proyección en el entorno, sus perspectivas y el valor conocido de su capital humano.

Si la empresa no cotiza en bolsa puede estimarse el dato a partir de lo que estaría dispuesto a pagar alguien si la fuera a comprar, pero como es poco probable que se tenga ese dato es preferible entonces aplicar el método siguiente.

2. Método NCI de Illinois.

NCI de Illinois (*Kellogg School of Business de Northwestern University*) propuso una manera elegante de asignar un valor monetario a los bienes intangibles, adaptando el que se usa para calcular el valor de una marca. Una marca permite a su propietario obtener una rentabilidad de capital superior a sus competidores. El cálculo de esa diferencia permite determinar el valor de la marca.

Los pasos a efectuar para realizar estos cálculos son:

- a) Calcular el promedio de ganancias antes de impuestos durante 3 años.
- b) Buscar en el balance los bienes tangibles promedio durante 3 años.
- c) Encontrar la rentabilidad sobre activos, dividiendo la ganancia entre los activos.

- d) Buscar información similar de otras empresas de la misma industria en los últimos 3 años (si la rentabilidad de la organización es menor que la media del sector no es aplicable este método).
- e) Calcular la «rentabilidad excedente», multiplicando la rentabilidad promedio por el total de bienes tangibles de la empresa, obteniendo lo que ganaría una empresa promedio de ese sector. Restar las ganancias de esta empresa obteniendo el valor del excedente.
- f) Calcular los impuestos que se pagarían. Restar estos impuestos a la ganancia excedente.
- g) Calcular el valor presente de ese valor, por ejemplo, dividiendo entre el coste de capital de la empresa.

En caso de rentabilidades inferiores a la media del sector, puede usarse el método siguiente:

3. La «q» de Tobin.

La «q de Tobin» es un índice desarrollado por James Tobin, premio Nobel de Economía en el año 1981. Compara el valor de adquisición de un bien con su valor de reposición. Puede utilizarse para determinar el valor del capital intelectual en aquellos modelos que parten de la contabilidad financiera, lo que permite registrarlo según los principios de la partida doble. El conocimiento interno –de la organización– y el externo –del entorno– constituyen la fuerza de los activos intangibles. Sin embargo continúa sin descifrarse la cuestión más problemática ¿cómo se calcula el capital intelectual? Tobin desarrolló su índice, la «q», utilizado inicialmente como ratio bursátil y posteriormente adaptado a la medición del conocimiento empresarial.

Las compañías de la industria del software, por ejemplo, tienen ratios «q» de 7:1 o superior, mientras que las industrias del acero tienen ratios de 1:1.

Resulta un método adecuado para fijar el valor del capital intelectual, al introducir el valor de reposición de los activos de la empresa como referente.

Finalmente, una vez que se ha calculado el valor total del capital intelectual por cualquiera de los tres métodos anteriores, deben darse los siguientes pasos:

1. Aplicar métodos de ponderación que asignen un máximo de puntos a cada indicador de entre varios elegidos para valorar cada uno de los activos intangibles (Competencias Personales, Estructura Interna, Estructura Externa) según el grado de importancia con respecto al total de puntos a distribuir, que llamaremos TP.
2. Determinar por medio de expertos el valor óptimo para cada indicador.
3. Calcular el valor actual de cada indicador.

4. Determinar la cantidad de puntos que le correspondería del máximo posible.
5. Aplicar la proporción que representan los puntos obtenidos con respecto a TP al valor total calculado del capital intelectual, obteniéndose de este modo el importe que le corresponde a cada indicador.

Llegado a este punto puede ya confeccionarse un balance para cada componente de los activos intangibles con su valor al DEBE y el total de capital intelectual al HABER.

Si se suma el total de puntos distribuidos y se resta del total de puntos a distribuir y según la proporción se aplica al valor del capital intelectual se obtendrá cuánto se está dejando de ganar por la no utilización plena de las potencialidades que aporta el capital intelectual a la organización.

Para que la empresa pueda obtener información sistemática y confiable debe diseñar un sistema informativo que genere los datos necesarios.

Los objetivos de este modelo son, por tanto:

- Llegar a determinar el valor financiero del capital intelectual y de cada uno de los componentes de los activos intangibles.
- Actualizar el valor real de la empresa en sus libros contables y permitir la comparación entre diferentes empresas.
- La consolidación de información a nivel de grandes organizaciones.

Por todo ello, la información realmente de utilidad para la gestión del capital intelectual dentro de la empresa sería el informe que debe acompañar al balance con los análisis de variaciones, tendencias, gráficos de crecimiento y cualquier otra herramienta o técnica estadística que facilite su presentación.

4.3.14. Conclusiones de los modelos de capital intelectual.

En general y como resumen al estudio realizado de estos modelos, podemos concluir que dichos modelos no se diferencian básicamente en su concepción del capital intelectual de las pautas sentadas por los modelos de *Sveiby*, el *Balanced Scorecard* y el *Navigator de Skandia*, aunque introducen algunos conceptos nuevos como las relaciones causa-efecto entre los indicadores, su relación con el aprendizaje organizacional y la necesidad de estudiar los flujos o variaciones de los diversos factores que componen los activos intangibles.

Hemos observado que la mayoría de los modelos se han desarrollado entre el año 1996 y el 2000, dado que es en este período cuando se empieza a ver el interés por el estudio de los intangibles tanto desde el campo académico como desde el empresarial.

En cuanto a la clasificación de los intangibles, podemos ver como la mayoría de los modelos hacen referencia a los mismos bloques de intangibles: capital humano, organizativo, tecnológico y relacional, si bien no todos los llaman así, ni agrupan los mismos elementos dentro de ellos:

- Respecto al capital humano, todos los modelos, excepto el *Balanced Scorecard*, lo tienen en cuenta y algunos modelos resaltan su importancia como base del resto de los intangibles.
- Respecto al capital organizativo y tecnológico, algunos los integran dentro del capital estructural, mientras que otros modelos como el *Technology Broker* o el modelo de Dirección Estratégica por Competencias establecen la diferencia entre aspectos organizativos y tecnológicos.
- El capital relacional es, quizás, el menos desarrollado. Todos los modelos salvo los más actuales e integradores (Dirección Por Competencias y modelo *Intellect*) solamente consideran el capital cliente o enfoque de clientes, que es una parte de lo que recoge el capital relacional, tal y como lo define el modelo *Intellect*. Este bloque es interesante, sobre todo, porque el entorno actual se caracteriza por la externalización de actividades de las empresas, lo cual está llevando a las mismas a establecer relaciones con otras empresas (alianzas, acuerdos a corto/largo plazo, etc.). Estos aspectos son los que se incluirían en este llamado capital relacional.

En cuanto a los indicadores de medida, ningún modelo ha llegado a un desarrollo integral de los mismos, lo que pone de manifiesto que hay que seguir investigando en este aspecto. Modelos como el de la Universidad de West Ontario, el *Canadian Imperial Bank* y el modelo de Dirección Estratégica por Competencias, no llegan a proponer indicadores. Mientras el modelo *Technology Broker* propone indicadores cualitativos, y los demás hacen aportaciones parciales que ayudan al desarrollo de los mismos.

Los motivos de estas semejanzas y diferencias se deben al hecho de que los modelos más actuales han nacido bajo la influencia de los anteriores, en un intento de mejorarlos y hacerlos más generalizables. Por otra parte, estos modelos son una iniciativa de distintas empresas o grupos académicos, por lo que han sido desarrollados bajo sus características y deseos.

Por todo ello, los modelos más integradores y generalistas son los más actuales, es decir, el modelo de Dirección Estratégica por Competencias de Eduardo BUENO y el Modelo *Intellect*. Además, cada modelo hace su aportación e introduce nuevas ideas que permiten evolucionar en la investigación sobre esta materia. Pero todos tienen limitaciones, a partir de las cuales han ido surgiendo los modelos posteriores, que han tratado de solventarlas. Uno de ellos, es el modelo que está desarrollando Abilio MARRERO RODRÍGUEZ. Este modelo es para nosotros, economistas y financieros, el que mayor referencia hace a los aspectos contables, planteando un esquema teórico de un balance que integre el capital intelectual y en el que se mida su capacidad de generar valor.

Es a nuestro juicio el más acertado, aunque no está exento de imprecisiones e imperfecciones, ya que existe siempre un grado de incertidumbre respecto a todos los indicadores que se utilizan, como en el caso de la capitalización bursátil, o el cálculo de rentabilidades sobre activos. Además, es un modelo en gestación por lo que no disponemos de ejemplos sobre su aplicación en casos reales. Pero lo consideramos un modelo interesante aunque de difícil implantación por las limitaciones contables y financieras existentes en la realidad.

Es por ello, que hoy por hoy y hasta que se consiga un mayor desarrollo de este modelo, el autor del mismo considera que la información más importante se puede obtener en el informe que acompaña al balance con los análisis de las variaciones, tendencias, gráficos de crecimiento y cualquier otra herramienta que facilite su presentación.

Como conclusión, es de sobra conocido por todos que actualmente no disponemos de un modelo universal de clasificación y medición del capital intelectual, pero sí de una serie de modelos parciales cuyas aportaciones son fundamentales para el avance en este campo de estudio. Sin embargo, debido a la importancia estratégica de dicho capital intelectual, en octubre de 2004, algunas de las más importantes empresas españolas crearon el Instituto de Análisis de Intangibles, con el fin de elaborar y consensuar una metodología que permita dotar de mayor «tangibilidad» a activos tales como la satisfacción de los clientes o la cultura de una organización. Este instituto es fruto de la unión de empresas (BBVA, Telefónica, IBM, Siemens, entre otras), auditores y consultores (Deloitte, PWC, entre otras), instituciones académicas y numerosas organizaciones empresariales. La principal misión del Instituto a lo largo de su primer año de vida será analizar los trabajos llevados a cabo en esta materia y servirse de sus aportaciones para redactar un libro blanco sobre la medición de intangibles.

5. ALGUNOS CASOS PRÁCTICOS SOBRE LA MEDICIÓN DEL CAPITAL INTELECTUAL Y GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO

En los últimos años de la década de los noventa, las empresas han comprendido la importancia estratégica de medir su capital intelectual y elaborar informes con indicadores de capital intelectual que plasmen sus fuentes de valor «invisibles». La competitividad de la empresa española puede mejorar aprendiendo de la experiencia de empresas suecas y danesas pioneras en este campo. Así hemos visto la experiencia de la empresa sueca de seguros *Skandia* o la del *Banco Imperial Canadiense de Comercio*, el cual ha creado en su departamento de créditos un grupo de analistas, quienes además del tradicional análisis aplican otro basado exclusivamente en el conocimiento, determinando la importancia del capital intelectual en la composición financiera de la empresa solicitante de financiación.

Entre las empresas españolas destaca *Unión Fenosa*, que ya en su modelo de Gestión del capital intelectual de mayo de 2000 describía los elementos que conforman el capital humano, relacional y estructural y ofrecía indicadores relevantes de medición de los mismos, así como una descripción de los proyectos en desarrollo que estaba llevando a cabo la empresa, basados en los distintos elementos del capital intelectual que hemos señalado.

Es de destacar también la mención que realizó *Indra* en su memoria financiera del 2000, en la cual analizaba las actuaciones realizadas en la empresa con el fin de atraer y retener a los mejores profesionales, entre ellas la instalación de una nueva plataforma telemática a través de la cual se canalizaba parte de la oferta formativa de la empresa.

En cuanto a los sistemas de gestión de recursos humanos, se ha continuado mejorando y reforzando la gestión por competencias y conocimientos con la creación de una herramienta que permitirá diseñar itinerarios formativos individuales con mayor flexibilidad, así como mejorar la comunicación interna. También destacó la aprobación del Plan de Opciones sobre Acciones 2000 para el conjunto de la plantilla, con el objetivo de reforzar la vinculación de los profesionales a la compañía y potenciar una gestión orientada a la máxima eficacia y creación de valor ²².

Entre los gigantes financieros, el *BSCH* ofrece información sobre los componentes de su capital intelectual, con el doble objetivo de:

- Sustanciar sus previsiones y expectativas.
- Mostrar que, al medir su capital intelectual, tiene elementos para realizar una gestión que garantice de forma sostenida un impacto positivo en el valor del Grupo.

Además enumeran una serie de indicadores que miden la evolución del capital intelectual del grupo ²³.

En el caso de las Administraciones Públicas, y concretamente en *la Seguridad Social*, se llevó a cabo «el proyecto Silueta» que gestionaba de manera integral todas las entidades del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de la Tesorería General de la Seguridad Social y del Instituto Social de la Marina que existen en España. El desarrollo del proyecto llevó a la creación de la llamada Gestión del Conocimiento Corporativa, cuya función principal fue la generación de un repertorio de conocimiento de muy amplio alcance. Este trasvase del conocimiento está llegando a tal extremo que cualquier usuario registrado puede solicitar información sobre los datos de su empresa (certificados de estar al corriente en los pagos con la Seguridad Social, vidas laborales de sus trabajadores, pago de los seguros sociales y altas –bajas– variaciones en la contratación), todo ello en tiempo real y desde cualquier lugar geográfico estatal.

Y en el ámbito universitario, somos pioneros en la gestión del conocimiento. Así, un grupo de profesores del Departamento de Economía Financiera II, de la Universidad del País Vasco, está desarrollando un proyecto que pretende la implantación de un nuevo modelo de gestión del conocimiento científico-técnico ²⁴. Plantean un modelo inicial de gestión del conocimiento, que pasa por distintos

²² Memoria Financiera de 2000 del Grupo Indra pág 18-19. www.indra.es

²³ Informe Anual del año 2000 del BSCH, pág 38-40. www.gruposantander.com

²⁴ RODRÍGUEZ CASTELLANOS, Arturo, ARAUJO DE LA MATA, Andrés y URRUTIA GUTIÉRREZ, Javier (2001): «La Gestión del Conocimiento Científico-Técnico en la Universidad: un Caso y un Proyecto». UPV-EHU. *Cuadernos de Gestión*, Vol. 1 N.º 1.

niveles de gestión en la universidad (gestión de la calidad, gestión de la información y gestión del conocimiento sucesivamente) ²⁵. El paso de un nivel al otro permite aumentar la eficiencia en la gestión y su nivel organizativo. Este modelo se debe ir mejorando y aplicando paulatinamente a otros procesos como el docente, administrativo, etc., para llegar a constituir un «Centro Virtual en Red de Universidades por la Gestión del Conocimiento».

Gracias a ello, se está avanzando día a día y evolucionando a nivel organizativo y de calidad en la gestión de contratos de investigación y estudios con empresa y entidades, en la optimización de la integración de la información y, sobre todo, en el proceso creado de «investigación-desarrollo-transferencia de conocimiento». De manera que aplicando la gestión del conocimiento a este proceso, podemos llegar a medir y valorar la creación y transferencia de conocimiento, a conectar el conocimiento desde su origen con los usuarios, de forma que al escoger temas de investigación se incorporen a los intereses de la sociedad ²⁶. Asimismo, se conseguirá mejorar la posición competitiva de la Universidad, logrando tener acceso a importantes y nuevas vías de financiación, que la harán ir escalando posiciones y llegar a ser el centro neurálgico de generación de conocimiento.

6. MODELOS DE MEDICIÓN DE LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO

6.0. Introducción.

Mientras la Gestión del capital intelectual (*ICM Intellectual Capital Management*) se centra básicamente en crear, conseguir y gestionar eficazmente todos aquellos activos intelectuales necesarios para conseguir los objetivos de la empresa y llevar a término con éxito sus estrategias, la gestión del conocimiento (*KM Knowledge Management*) se refiere más bien a los aspectos tácticos y operacionales. Es también más detallada y se centra en facilitar y gestionar las actividades relacionadas con el conocimiento, tales como su creación, captura, transformación, transformación y uso. Su función consiste en planificar, poner en marcha, operar y controlar todas las actividades y programas relacionadas con el conocimiento, que requiere una gestión eficaz del capital intelectual.

Tanto la gestión del capital intelectual como la gestión del conocimiento son, de hecho, la piedra angular del paradigma de empresa excelente o empresa triunfadora del siglo XXI ²⁷ y, por ello, es importante el desarrollo de modelos que nos permitan medir dicha gestión.

²⁵ RODRÍGUEZ CASTELLANOS, Arturo y LANDETA RODRÍGUEZ, Jon: «University R&D&T capital: what types of knowledge dirve it?» *Journal of Intellectual Capital*, Vol. 5, n.º 3. 2004.

²⁶ ORTIZ DE URBINA, Marta: «Casos de Gestión del Conocimiento» en su cita a RODRÍGUEZ, ARAUJO y URRUTIA. *Reflexiones para las Jornadas de Gestión del Conocimiento*, Salamanca, 2001.

²⁷ VIEDMA, José María (1998): *La Gestión del Conocimiento y del capital intelectual*. www.gestiondelconocimiento.com/areaacademica/articulos

6.1. Modelo de Gestión del Conocimiento de KPMG Consulting.

Este modelo fue creado en 1998 por TEJEDOR y AGUIRRE ²⁸. El modelo parte de la pregunta: «¿Qué factores condicionan el aprendizaje de una organización y qué resultados produce dicho aprendizaje? Para responder a esta pregunta, KPMG realiza un esfuerzo que produce un modelo cuya finalidad es la exposición clara y práctica de los factores que condicionan la capacidad de aprendizaje de una organización, así como los resultados esperados del aprendizaje.

Una de las características esenciales del modelo es la interacción de todos sus elementos que se presentan como un sistema complejo en el que las influencias se producen en todos los sentidos.

La estructura organizativa, la cultura, el liderazgo, los mecanismos de aprendizaje, las actividades de las personas, la capacidad de trabajo en equipo, etc., no son independientes, sino que están conectados entre sí.

Este modelo considera los elementos de gestión que afectan directamente a la forma de ser de una organización: cultura, estilo de liderazgo, estrategia, estructura, gestión de las personas y sistemas de información y comunicación.

6.2. Modelo Andersen.

Este modelo fue creado en 1999 por Arthur ANDERSEN ²⁹.

Reconoce la necesidad de acelerar el flujo de la información que tiene valor, desde los individuos a la organización y de vuelta a los individuos, de modo que ellos puedan usarla para crear valor para los clientes.

Este modelo aboga por fomentar la responsabilidad personal de compartir y hace explícito el conocimiento para la organización (desde la perspectiva individual) y la responsabilidad de crear la infraestructura de soporte para que la perspectiva individual sea efectiva, creando los procesos, la cultura, la tecnología y los sistemas que permitan capturar, analizar, sintetizar, aplicar, valorar y distribuir el conocimiento (desde la perspectiva organizacional).

²⁸ ORDOÑEZ DE PABLOS, Patricia: «La Dinámica del capital intelectual como fuente de valor organizativo», en su cita a TEJEDOR y AGUIRRE, 1998. www.uniovi.es/economia/capitalintelectual.

²⁹ ORTIZ DE URBINA, Marta: «La Gestión del Conocimiento y el capital intelectual» en su cita a Arthur ANDERSEN (1997). *Jornadas sobre Gestión del Conocimiento*, Salamanca, Octubre, 2001.

Se han identificado dos tipos de sistemas necesarios para el propósito fijado:

1. «*Sharing Networks*» (acceso a personas con un propósito común a una comunidad de práctica). Estas comunidades son foros virtuales sobre los temas de mayor interés de un determinado servicio o industria.
2. Conocimiento «empaquetado». La base de esta infraestructura se denomina «Arthur Andersen Knowledge Space», que contiene: metodologías y herramientas, bibliotecas de propuestas, informes, ...

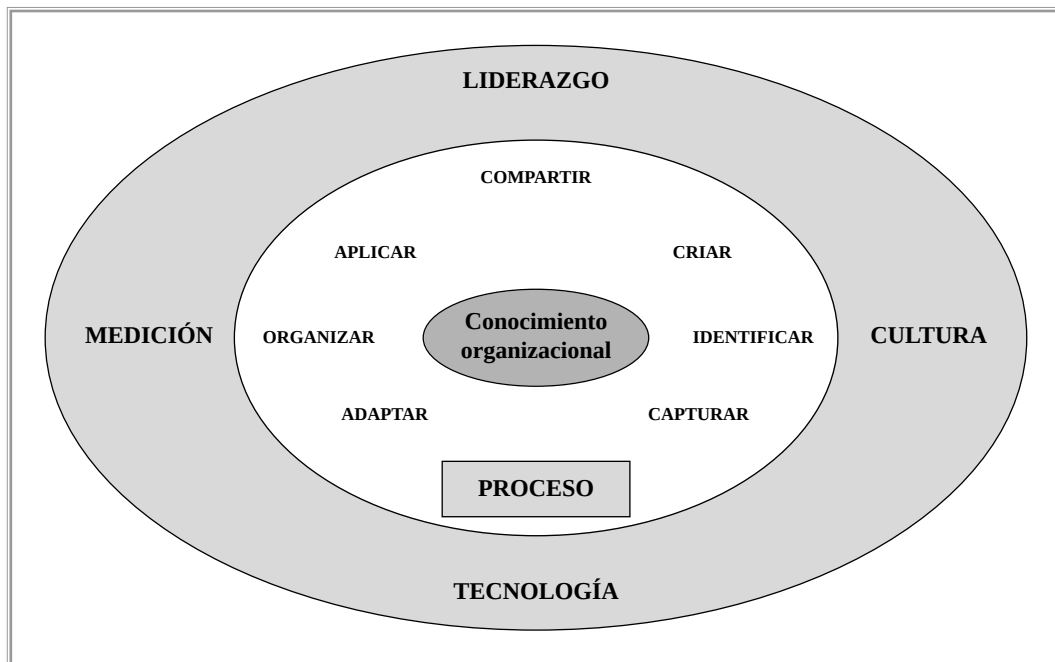
6.3. Knowledge Management Assessment Tool (KMAT).

El KMAT ³⁰ es un instrumento de evaluación y diagnóstico, construido sobre la base del Modelo de Administración del Conocimiento Organizacional desarrollado conjuntamente por Arthur Andersen y APQC.

El modelo propone cuatro facilitadores (liderazgo, cultura, tecnología y medición) que favorecen el proceso de administrar el conocimiento organizacional.

- Liderazgo: comprende la estrategia y cómo la organización define su negocio y el uso del conocimiento para reforzar sus competencias críticas.
- Cultura: refleja cómo la organización enfoca y favorece el aprendizaje y la innovación incluyendo todas aquellas acciones que refuerzan el comportamiento abierto al cambio y al nuevo conocimiento.
- Tecnología: se analiza cómo la organización equipa a sus miembros para que se puedan comunicar fácilmente y con mayor rapidez.
- Medición: incluye los pasos mediante los cuales la empresa identifica las brechas del conocimiento y ayuda a capturar, adoptar y transferir el conocimiento necesario para agregar valor al cliente y potenciar los resultados.

³⁰ Modelos de Gestión del Conocimiento. www.gestiondelconocimiento.com/areaacademica/modelos

Figura 14. Modelo Knowledge Management Assessment Tool (KMAT).

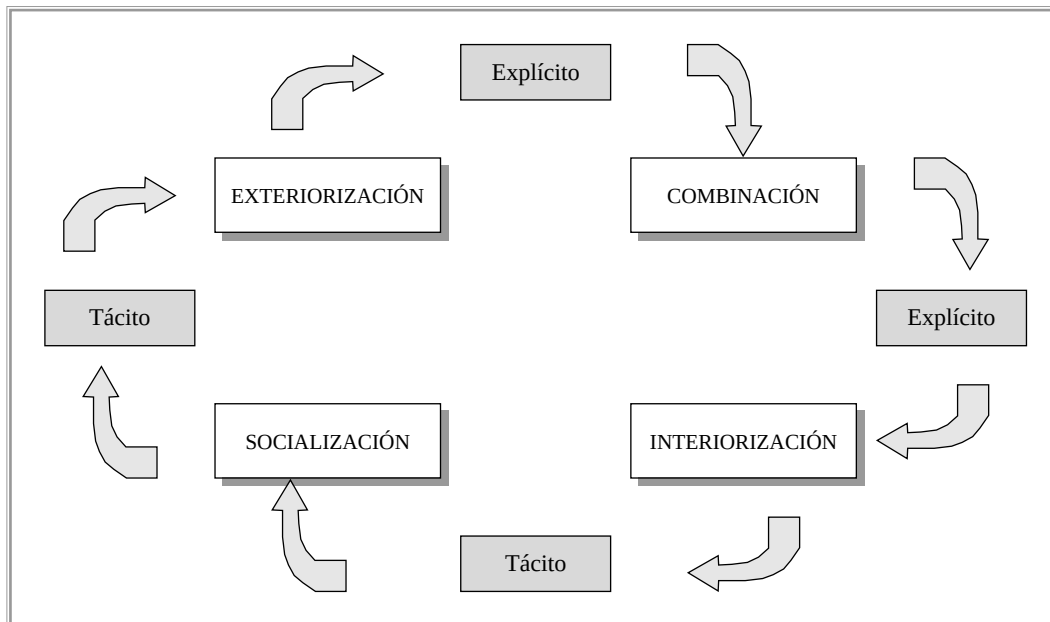
FUENTE: Arthur Andersen (1999).

6.4. Proceso de Creación del Conocimiento.

Modelo creado por Nonaka y Takeuchi ³¹ en 1995. Sugieren que de la combinación de las dimensiones epistemológica y ontológica surge un modelo de espiral de conocimiento, el cual es creado a través de la interacción dinámica entre los diferentes modos de conversión del conocimiento: socialización, externalización, internalización y combinación.

Estos autores consideran que las interacciones que se producen entre ambas modalidades de conocimiento juegan un papel central en el aprendizaje organizativo y en la producción de innovaciones. Cuando el conocimiento tácito interactúa con el explícito, la innovación emerge. Las empresas innovan transformando el conocimiento individual (fundamentalmente tácito) en organizativo (ya sea tácito o explícito).

³¹ ORTIZ DE URBINA, Marta: «La Gestión del Conocimiento y el capital intelectual», en su cita a NONAKA y TAKEOUCHI (1995). *Jornadas sobre Gestión del Conocimiento*, Salamanca, Octubre, 2001.

Figura 15. Procesos de conversión del conocimiento en la organización.

FUENTE: NONAKA y TAKEUCHI (1995).

- La Socialización es el proceso de adquirir conocimiento tácito a través de compartir experiencias por medio de exposiciones orales, documentos, manuales y tradiciones y que añade el conocimiento novedoso a la base colectiva que posee la organización.
- La Exteriorización es el proceso de convertir conocimiento tácito en conceptos explícitos, que suponen hacer tangible mediante el uso de metáforas, conocimiento de por sí difícil de comunicar, integrándolo en la cultura de la organización; es la actividad esencial en la creación del conocimiento.
- La Combinación es el proceso de crear conocimiento explícito a partir del existente. El análisis y la reconfiguración de la información existente puede dar lugar a la aparición de nuevo conocimiento explícito.
- La Internalización es un proceso de incorporación de conocimiento explícito en conocimiento tácito, que analiza las experiencias adquiridas en la puesta en práctica de nuevos conocimientos y que se incorpora en las bases de conocimiento tácito de los miembros de la organización en la forma de modelos mentales compartidos o prácticas de trabajo.

Para NONAKA y TAKEUCHI, lo expresado por Peter DRUCKER sobre la esencia de la dirección es cómo se puede aplicar de la mejor forma un conocimiento existente para poder crear otro conocimiento nuevo o reciclado.

6.5. La reputación corporativa.

Es la expresión de la identidad de la organización a través de su comportamiento corporativo y el reconocimiento del mismo por parte de los públicos de interés de la compañía ³².

Este innovador modelo de gestión se basa en relacionar dos disciplinas fundamentales que afectan a la gestión de una empresa: la reputación corporativa y la gestión de sus intangibles. Los expertos en gestión del conocimiento han demostrado que esta disciplina no se limita a una gestión documental o de información y que implica una gestión del capital intelectual. Así, su principal conclusión es que dicho capital intelectual se equipara a los recursos y activos intangibles de la compañía. El concepto de conocimiento entronca directamente con el de capital intelectual. Este modelo considera que la gestión de la reputación corporativa nace de la gestión diaria del capital intelectual, es decir, de la gestión de los intangibles. Asimismo, concluye que una buena gestión del conocimiento de los intangibles devendrá en una buena reputación corporativa.

6.6. Conclusiones de los modelos de gestión del conocimiento.

La mayoría de los estudios sobre la gestión del conocimiento provienen del ámbito de la práctica empresarial. Y hoy en día, este ámbito y el académico están uniendo sus fuerzas para investigar este fenómeno empresarial.

Sobre estos modelos y unido a los modelos sobre capital intelectual cabe resaltar lo siguiente:

- La importancia de la consideración temporal, en concreto de la dimensión de futuro, fundamentalmente porque determina la competitividad futura.
- La importancia de que, tanto los elementos considerados como los indicadores, estén relacionados con la estrategia.
- La búsqueda de un modelo universal, que defina indicadores válidos para cualquier empresa y que facilite la comparación.
- Los modelos deben tener carácter dinámico, de forma que no sólo refleje el conjunto de intangibles de la empresa en un momento del tiempo, sino también los procesos de transformación entre los diferentes tipos de capital intelectual.

En conclusión, es necesario seguir avanzando en el desarrollo de modelos que integren el capital intelectual y la gestión del conocimiento. Por tanto, que sean modelos dinámicos y lo más generalistas posible.

³² VILLAFANE, J.: *La Buena Reputación*. Ed. Pirámide, 2004.

7. HERRAMIENTAS PARA ADMINISTRAR VALORES INTANGIBLES

Hoy en día las empresas demandan soluciones creativas y metodologías de trabajo que permitan obtener información que sea actualizada en tiempo real y así poder responder a los cambios del mercado oportunamente. Esto es posible gracias a la actual tecnología, la cual permite planificar en tiempo real y hacer constantes revisiones del negocio. En esta nueva era, los que pertenecemos al área de la economía financiera deberemos prepararnos para tomar decisiones en el menor tiempo posible y dejar de considerar los avances tecnológicos como un coste para la empresa y pensar en cambio, que son una oportunidad y una vía para la ampliación de la rentabilidad de la compañía.

Aprovechándose de estas necesidades han surgido empresas que se han convertido en proveedores mundiales de estos servicios. Un ejemplo es la compañía SAP R/3 ³³, la cual ofrece aplicaciones que permiten administrar las finanzas corporativas y los valores intangibles de las empresas, recursos humanos, clientes, investigación y desarrollo, ciclo de vida del producto, etc. Con estas aplicaciones, las compañías pueden optimizar operaciones, transformar valores intangibles en valores financieros tangibles, analizar nuevas oportunidades para generar nuevo valor y conectar las administración de las operaciones con la estrategia.

Otros proveedores de estos servicios son también compañías como Oracle, Peoplesoft o Baan, todos ellos ofrecen sistemas de gestión que buscan mejorar el tratamiento e integración de la información, así como su posición competitiva y la creación de valor en la empresa.

También las consultorías están ofreciendo servicios de gestión y administración del conocimiento. Así por ejemplo, Ernst & Young ha comenzado a implementar un nuevo Centro de Conocimientos para AABS (*Assurance Advisory Business Services*) que se encargará de administrar los recursos de conocimiento, facilitando la cooperación y el uso fácil, la captura, la síntesis y la aplicación del mismo. El fin último es crear una plataforma donde las personas puedan reunir la información, el conocimiento y la experiencia que han acumulado en la práctica y a la cual todos los profesionales de la firma tengan acceso.

Dentro de las herramientas informáticas para administrar valores intangibles caben destacar:

El «datamining»: es un proceso de extracción de información significativa de grandes bases de datos, información que revela inteligencia del negocio, a través de factores ocultos, tendencias y correlaciones para permitir al usuario realizar predicciones que resuelven problemas del negocio proporcionando una ventaja competitiva.

El «fullfilment» consiste, básicamente, en estrategias de fidelización, mediante comunicación constante y retroalimentación buscando la mayor comodidad de comunicación al cliente.

³³ web de SAP www.mysap.com

También es conocido el «data warehouse», que es una colección de datos orientado a las materias (cliente, producto, ventas...), integrado, que varía con el tiempo y que proporciona una vista simple y concisa de las materias de negocio excluyendo aquellos datos que no se necesitan para el proceso de toma de decisiones.

En este apartado hemos comentado alguna de las muchas herramientas que están surgiendo hoy en día y que son consideradas por los expertos como grandes soluciones para la gestión del conocimiento.

Desde nuestro punto de vista, estas soluciones que se han ofrecido no son (en la mayoría de los casos) soluciones asequibles para la gran mayoría de empresas, sino más bien para una minoría de ellas (las de gran dimensión).

De esta manera, las Pymes y los trabajadores autónomos no pueden beneficiarse de los avances en la gestión del conocimiento, lo que les está llevando a perder sus ventajas competitivas relacionadas con clientes, proveedores y, en general, con la sociedad o comunidad en la que operan.

Es por ello, que en nuestra modesta opinión, creemos necesario ofrecer herramientas sencillas y menos costosas y que puedan utilizarse con mayor o menor amplitud y complejidad, pero que lleguen a constituir una herramienta de ayuda a empresarios y directivos. De manera que éstos encuentren más facilidades a la hora de determinar y medir sus objetivos, así como en el momento de transmitir sus objetivos a quienes trabajan con ellos y a los demás partícipes (*stakeholders*) de la empresa.

8. RESUMEN Y CONSIDERACIONES FINALES

Hoy en día se habla mucho de la nueva etapa de cambios acelerados que viene sufriendo la economía, la nueva economía, en la que se manejan términos como gestión del conocimiento, organizaciones que aprenden o capital intelectual. En este nuevo entorno empresarial de grandes cambios, el principal motor de competitividad para las empresas está en el conocimiento, conocimiento que radica en el talento de las personas que trabajan en ellas.

Siguiendo a MOYA-ANGELER ³⁴, en el mercado actual la capacidad de competir, crear valor y sobrevivir ya no está determinada por el tamaño o los activos físicos y financieros que se reflejan en el balance de situación de una compañía, sino por una serie de elementos relacionados con la habilidad de la organización para traducir la capacidad de sus individuos en ser mejor, más ágiles e innovadores que su competencia. De hecho, los mercados financieros están reflejando esta realidad todos

³⁴ MOYA-ANGELER (1998): «La integración de la gestión de personas y conocimiento como fuente de competitividad». *Dirección y Progreso*, n.º 160, págs. 24-28.

los días. Y es esta circunstancia (de que el mercado valore este tipo de elementos intangibles, que no están reflejados en los balances de situación), lo que hace que estos estados financieros estén perdiendo capacidad explicativa en el entorno actual.

Por todo ello, la Normativa Contable Internacional sobre Activos Intangibles en sus normas NIC 38 (2004) sobre activos inmateriales, NIC 36 (2004) sobre pérdidas de valor de dichos activos y NIFF 3 (2004) sobre el Fondo de Comercio, ofrece información mucho más detallada tanto en la definición y criterios generales de reconocimiento de los mismos, como en la valoración, revaloración, amortización y deterioro de su valor, así como de la información a revelar en la Memoria.

Con la aplicación de estas Normas Internacionales se van a dar algunos pasos importantes que beneficiarán el reconocimiento y valoración de los activos intangibles, ya que respecto a aplicación del Plan General Contable suponen, mayor importancia del valor razonable, nuevo tratamiento de los gastos de I+D, cálculo y tratamiento contable de las pérdidas de valor, revaloración de los activos intangibles, eliminación de la amortización del fondo de comercio y de los activos intangibles con una vida útil indefinida y un aumento de los requisitos de información a revelar en la memoria.

No obstante, a pesar de estos cambios, la nueva reforma contable, no se ha materializado todavía en obligación legal para una gran parte de las empresas. Por ello, se están buscando otras propuestas relativas a los intangibles que apunten hacia la consideración de los mismos en la Memoria o en el Informe de Gestión, así podemos ver como muchas empresas optan, cada vez más, por utilizar indicadores financieros y no financieros en la Memoria y en el Informe Anual, como los casos comentados de Indra y BSCH, expuestos en el punto 5 de este trabajo. También se vienen desarrollando distintos modelos de medición del capital intelectual que hemos expuesto a lo largo del presente trabajo (apartado 4.3) y que, como hemos visto, son ya muchas las empresas que los utilizan.

Desde nuestro punto de vista, estos modelos aunque bien pueden utilizarse en el ámbito interno para medir y gestionar el capital intelectual, consideramos que no está clara aún su utilidad en el ámbito externo, sobre todo, por ser una información no obligatoria. Al no estar normalizada, las empresas pueden utilizarla para hacerse publicidad, que pudiera ser engañosa, y, por otro lado, no podría garantizarse la comparabilidad de los datos de una empresa a otra, del mismo o distinto sector.

Todo esto explica por qué la temática del capital intelectual desborda el campo propio de la contabilidad financiera y encuentra mayor acogida en la contabilidad gerencial, en lo que técnicamente se conoce como medición del desempeño, o en lo que empieza a conocerse como contabilidad del conocimiento.

A pesar de los inconvenientes expresados, hoy por hoy, los mayores avances son los conseguidos por los modelos que ofrecen indicadores financieros y no financieros sobre los intangibles, ya que, a pesar de que las Normas Internacionales de Contabilidad han introducido importantes cambios en el tratamiento de los activos intangibles, existen, a nuestro juicio, múltiples factores que dificultan la consecución de una solución unánime y universal para el tratamiento de estos activos. Nosotros vamos a destacar los que a nuestro juicio son más relevantes:

- A nivel estatal:
 - En el ámbito institucional:
 - a) El carácter jurídico de la contabilidad en España y su condicionamiento a cumplir la normativa contable vigente sin poder atender a criterios normativos que emanan de asociaciones profesionales de reconocido prestigio, aun cuando son precisamente las empresas las que más han innovado y avanzado en este campo. A pesar de lo anterior, se están introduciendo cambios sustanciales en la normativa contable española ³⁵.
 - En el ámbito empresarial:
 - b) Algunos directivos no son conscientes del valor interno de esta información.
 - c) Existe miedo a que los indicadores revelen demasiada información que pueda utilizar la competencia.
 - d) Inexistencia de un modelo teórico riguroso.
 - e) La mayoría de los analistas no están preparados para interpretar esta información.
 - f) Los sistemas informáticos de contabilidad no están preparados para procesar la información.
 - g) La falta de experiencia práctica no permite contar con datos para comparar.
 - h) La ausencia de evidencia empírica no permite saber si hay correspondencia entre el modelo y los resultados.
- A nivel internacional, es un hecho el que la internacionalización de la economía está llevando a la internacionalización de la contabilidad, como se demuestra en la inminente armonización contable llevada a cabo a través de las Normas Internacionales de Contabilidad que comenzarán a ser aplicadas para la preparación de las Cuentas Consolidadas de las sociedades cotizadas en bolsa a partir del ejercicio 2005, y para el resto de empresas es más previsiblemente su aplicación a partir de 2007, fecha en la cual la regulación contable española, sea objeto de una profunda transformación para su armonización con los criterios internacionales indicados.

El objetivo del presente trabajo ha sido elaborar un estudio sobre la valoración contable y financiera que actualmente existe sobre el capital intelectual. También hemos analizado, la gestión del conocimiento y sus modelos de medición dada la eminente relación entre ambos conceptos, los cuales consideramos variables en constante interrelación.

Esperamos que en base a los modelos existentes y con las aportaciones que proporcionen nuevas investigaciones se desarrollen nuevos criterios que permitan identificar, medir, gestionar y proporcionar una mayor información sobre el capital intelectual existente en las empresas.

³⁵ Circular contable 4/2004 del Banco de España para la incorporación de las Normas Internacionales de Contabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

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

- BUENO CAMPOS, E. [2001]: «La Empresa ante el Reto de la Gestión del capital intelectual: conocimiento, talento e imaginación». *XI Congreso AECA, Empresa Euro y Nueva Economía*, Madrid.
- [1998]: «El Capital Intangible como clave estratégica en la competencia actual», *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. LIII.
- CANIBANO, L. y GIBERT A. [2004]: «Principales cambios en el tratamiento contable del inmovilizado inmaterial con motivo de la adopción de las Normas Internacionales de Contabilidad», *Boletín AECA*, n.º 66.
- Instituto Universitario Euroforum Escorial, KPMG Pat Marwick [1997]. Proyecto Intelect. Medición del capital intelectual.
- KAPLAN, R.S. y NORTON, D.P. [1992]: «Putting the balanced scorecard to work». *Harvard Business Review*.
- [1996]: *The Balanced Scorecard: Translating strategy into action*, Harvard Business School Press.
- Monografías sobre las Normas Internacionales de Información Financiera. Tomo III, AECA, [2004].
- Normas Internacionales de Información Financiera. www.iasb.org
- ORDÓÑEZ DE PABLOS, P. [1999]: «Gestión del conocimiento y medición del capital intelectual», IX Congreso Nacional de ACEDE: Empresa y Mercado: Nuevas tendencias.
- Revista Profesiones*, n.º 93, Enero-Febrero [2005].

WEBS UTILIZADAS

www.unirioja.es
www.5campus.com
www.indra.es
www.dow.com
www.skandia.com
www.celemi.es
www.socintec.com
www.profesiones.org
www.iasb.org
www.fasb.org
www.institutointangibles.com
www.unionprofesional.com

CONTABILIDAD	SUPUESTOS PROPUESTOS PARA EL INGRESO EN EL CUERPO TÉCNICO DE HACIENDA	Núm. 58/2005
--------------	---	-----------------



INMACULADA DE BENITO CÁMARA
JAVIER ROMANO APARICIO
JOSÉ TOVAR JIMÉNEZ

Profesores del CEF

Sumario:

- Caso 1.** Contabilidad de sociedades. Reducción de capital. Acciones propias. Adscripción de bienes de dominio público. Contabilidad del inversor.
- Caso 2.** Contabilidad de sociedades. Reparto del beneficio. Ampliación con cargo a reservas. Contabilidad del inversor.
- Caso 3.** *Leasing*. Provisión por actuaciones medioambientales.
- Caso 4.** Impuesto sobre Sociedades: liquidación, cálculo del gasto devengado, conciliación entre la base imponible y el resultado contable.
- Caso 5.** Operaciones financieras: diversos cálculos relativos a un préstamo.

[Pruebas selectivas para acceso al Cuerpo Técnico de Hacienda. Turno libre. 2004].

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

CONTABILIDAD DE SOCIEDADES. REDUCCIÓN DE CAPITAL. ACCIONES PROPIAS. ADSCRIPCIÓN
DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO. CONTABILIDAD DEL INVERSOR

ENUNCIADO

La sociedad anónima «PITA» presenta el 31-12-20X3 el siguiente balance de situación (expresado en euros):

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Gastos de establecimiento	20.000	Capital social	50.000.000
Inmovilizado inmaterial neto	3.200.000	Prima de emisión de acciones	2.000.000
Inmovilizado material neto	13.440.000	Reserva legal	400.000
Inmovilizado financiero	3.300.000	Reserva por ajuste de capital a euros ..	200.000
(Provisión depreciación de valores negociables)	– 400.000	Reservas voluntarias	4.000.000
Gastos de formalización de deudas .	40.000	Resultados negativos de ejercicios anteriores	– 30.000.000
Existencias	4.000.000	Pérdidas y ganancias	– 5.000.000
Deudores a corto plazo	3.400.000	Acreedores a largo plazo	2.000.000
Tesorería	600.000	Acreedores a corto plazo	4.000.000
Total	27.600.000	Total	27.600.000

Información complementaria referente al contenido del balance:

La sociedad tiene en circulación 50.000.000 de acciones ordinarias, del mismo valor nominal.

El 1-5-XI la sociedad negoció con un Banco un préstamo por importe de 6.000.000 de euros con una vida de 3 años, amortizable en la misma fecha, el primer año 1.000.000 de euros, el segundo año 2.000.000 de euros y el tercer año 3.000.000 de euros. El tipo de interés establecido es del 4 por 100 anual, a pagar por semestres vencidos. Los gastos de formalización de deudas que figuran en balance corresponden a la operación de préstamo.

Apartado 1

Operaciones efectuadas por la sociedad «PITA» en el ejercicio 20X4:

1. El 1-3-X4 se reúne la Junta General de Accionistas y toma los siguientes acuerdos, que serán ejecutados con posterioridad:

- Proceder a la reducción de capital para eliminar la totalidad de las pérdidas, utilizando la reserva legal en la cuantía mínima permitida por la Ley.
- Adquirir acciones propias en el mercado de valores, con el fin de mantenerlas en su poder por un período largo de tiempo.
- Reducir capital para dotar reservas.

2. El 20-3-X4 inscribe en el Registro Mercantil la reducción de capital acordada por la Junta General de Accionistas con la finalidad de eliminar pérdidas. Los gastos de la operación abonados por Bancos se elevaron a 20.000 euros.

3. El 1-4-X4 la sociedad adquiere en el mercado de valores 100.000 acciones propias, a la cotización del día que es del 110 por 100. Además abona por Bancos el importe de la compra que se elevó a 1.000 euros.

4. El 1-5-X4 la sociedad acuerda abonar la deuda con el Banco, por el préstamo negociado, mediante la entrega de la cartera de valores a largo plazo. Las acciones se valoran en 3.030.000 (las diferencias que puedan existir en las valoraciones se completarán en dinero. El propio Banco cobra 3.000 euros por gastos de la operación.

5. El 1-6-X4 inscribe en el Registro Mercantil la reducción de capital, que afectó por igual a todas las acciones en circulación. Esta reducción se llevó a efecto en la siguiente cuantía y modalidad: dotar una reserva voluntaria suficiente para compensar la cuantía de las acciones propias adquiridas y dotar la reserva legal hasta el límite máximo permitido por la Ley (se sabe que ninguna persona vinculada a la sociedad se opuso a esta reducción).

6. El 2-6-X4 dota la reserva para acciones propias, de acuerdo con la Ley.

7. El 1-7-X4, con el fin de ayudar a la sociedad a salir de la crisis en la que está inmersa, la Administración Pública le concede la explotación de un servicio público, poniendo a su disposición una nave, con un valor actual de 10.000.000 de euros y el solar que la sustenta, con un valor actual de 8.000.000 de euros. La sociedad únicamente tiene que trasladar parte de su maquinaria, adquirida el 1-7-X1 en 8.000.000 de euros y una vida útil de 8 años. La concesión es por 5 años, a contar desde la fecha, con reversión a la Administración Pública de las máquinas el 1-7-X9. Se calcula que en esta fecha los gastos de puesta a punto de las máquinas se elevarán a 2.000.000 de euros. Los gastos de la concesión abonados ascienden a 200.000 euros. La actividad se considera en funcionamiento a la fecha de concesión.

8. El 31-12-X4 la sociedad procede a regularizar las operaciones referidas a la concesión, teniendo en cuenta que la imputación a la cuenta de resultados sigue el procedimiento lineal.

Apartado 2

Operaciones realizadas por la sociedad «ANTON», relacionadas con la sociedad «PITA»:

1. El 1-1-X3 adquiere en el mercado de valores 100.000 acciones, de la sociedad «PITA». En el momento de la compra, el valor de cotización coincide con el valor teórico que refleja el balance de la sociedad «PITA». La operación se lleva a cabo a través de Bancos, abonando además 1.000 euros por los gastos de la compra.

2. El 31-12-X3 la sociedad mantiene la inversión en acciones de la sociedad «PITA», y conoce que cotizan al mismo valor que el que resulta del balance de esa sociedad.

3. El 20-3-X4 la sociedad tiene conocimiento de la reducción de capital que efectúa la sociedad «PITA», con el fin de eliminar pérdidas.

4. El 15-5-X4 la sociedad vende todas las acciones que posee, emitidas por la sociedad «PITA», al 110 por 100. La operación se hace por Bancos, soportando por gastos 400 euros.

SE PIDE:

Realice las anotaciones contables oportunas, en ambas sociedades, siguiendo el orden establecido en el enunciado.

(Se debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones)

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

Apartado 1

————— 01-03-X4 —————

En este punto no procede realizar ningún asiento contable, ya que se trata de acuerdos de la Junta General de Accionistas que se contabilizarán a medida que sean ejecutados.

_____ 20-03-X4 _____

Una vez efectuada la operación anterior, la situación patrimonial de la sociedad será la siguiente:

Capital social (50.000.000 de acciones de 0,424 euros de nominal cada una) ...	21.200.000
Reserva legal	400.000
	21.600.000

Si la compensación de la totalidad de las pérdidas se hubiera realizado sin utilizar la reserva por ajuste de capital a euros, el capital se habría reducido en 29.000.000, y la situación patrimonial tras la reducción sería la siguiente:

4.000.000	Reservas voluntarias (117)	
2.000.000	Prima de emisión de acciones (110)	
29.000.000	Capital social (100)	
	a Resultados negativos de ejercicios anteriores (121)	30.000.000
	a Pérdidas y ganancias (129)	5.000.000
	x	
Capital social (50.000.000 de acciones de 0,42 euros de nominal cada una) ..	21.000.000	
Reserva legal	400.000	
Reserva por ajuste de capital a euros	200.000	
	21.600.000	

Como se puede observar, la situación patrimonial es igual variando la composición de la misma.

Por los gastos de reducción de capital social:

20.000	Servicios exteriores (62)	
	a Tesorería (57)	20.000
	01-04-X4	

• Por la adquisición de 100.000 acciones propias:

47.640	Acciones propias en situaciones especiales (198)	
	[(100.000 × 0,424 × 110%) + 1.000]	
	a Tesorería (57)	47.640
	x	

Aunque el enunciado señala que se trata de una autocartera a largo plazo, no es posible de momento dotar la *Reserva para acciones propias (115)* ya que no existen reservas disponibles.

01-05-X4

Deudas a corto plazo con entidades de crédito	3.000.000
Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	60.000
($3.000.000 \times 4\% \times 6/12$)	
Total deuda	3.060.000
Valoración de la acciones	3.030.000
Diferencia a completar en efectivo	30.000
+ Gastos de la operación	3.000
Total a pagar	33.000
3.020.000 <i>Acreedores a corto plazo (52-)</i>	
[$3.000.000 + (0,04 \times 3.000.000 \times 2/12)$]	
40.000 <i>Intereses de deudas a corto plazo (663)</i>	
($3.000.000 \times 0,04 \times 4/12$)	
400.000 <i>Provisión por depreciación de</i>	
<i>valores negociables (297)</i>	
	<i>a Inmovilizado financiero (25-) 3.300.000</i>
	<i>a Tesorería (57) 33.000</i>
	($30.000 + 3.000$)
	<i>a Beneficios en valores nego-</i>
	<i>ciables (766) 127.000</i>
	x

Por el saneamiento de los gastos de formalización de deudas pendientes:

40.000 <i>Otros gastos financieros (669)</i>	
	<i>a Gastos de formalización de</i>
	<i>deudas (270) 40.000</i>
	01-06-X4

Las modalidades de reducción de capital están contempladas en el artículo 163 del TRLSA: «La reducción del capital puede tener por finalidad la devolución de aportaciones, la condonación de dividendos pasivos, la constitución o el incremento de la reserva legal o de reservas voluntarias o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas».

El asiento a realizar por la reducción de capital para incrementar las reservas voluntarias, con la finalidad de dotar la reserva indisponible por el mismo importe por el que figuran en el activo las acciones propias, no plantea ninguna dificultad desde el punto de vista contable; así el asiento a efectuar sería el siguiente:

<i>Capital social (100)</i>		<i>a Reservas voluntarias (117)</i>
_____	x	_____

Pero el artículo 75. 3.º del TRLSA establece: «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 y estatutariamente indisponibles».

En base a lo anteriormente expuesto, entendemos que no se puede realizar la operación anterior.

Por otra parte, la modalidad de reducción del capital social por constitución o incremento de la reserva legal está regulada en el artículo 168.1. del TRLSA: «No se podrá reducir el capital con alguna de las finalidades de los números 1.º (*Cuando la reducción del capital tenga por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas*) y 2.º (*Cuando la reducción tenga por finalidad la constitución o el incremento de la reserva legal*) del artículo anterior cuando la sociedad cuente con cualquier clase de reservas voluntarias o cuando la reserva legal, una vez efectuada la reducción, exceda del 10 por 100 del capital».

Si la empresa hubiera dotado la reserva voluntaria anteriormente mencionada, en este momento existiría una reserva voluntaria que habría de ser utilizada para incrementar la reserva legal con anterioridad a la reducción del capital social, cuando el enunciado nos está diciendo que no se utilice con esta finalidad, porque va a ser utilizada con posterioridad para dotar la reserva para acciones propias.

Por todo ello, entendemos que la reducción de capital no puede llevarse a cabo, puesto que en nuestra opinión se debería proceder a efectuar la reducción de capital (de no proceder a su enajenación) correspondiente a las acciones propias, para a continuación, si así se decide, volver a efectuar una reducción de capital que afectaría a todas las acciones representativas de la cifra de capital social y todas ellas en circulación, con la finalidad de incrementar la reserva legal por el máximo permitido por la Ley.

El asiento que reflejaría la operación de poderse llevar a cabo sería:

<i>Capital social (100)</i>		<i>a Reserva legal (112)</i>
_____	x	_____

02-06-X4

No se puede efectuar la dotación de la reserva, por no disponer de reservas voluntarias.

01-07-X4

Por la obtención de la concesión administrativa:

200.000	Concesiones administrativas (211)	
	a Tesorería (57)	200.000
	x	

La adscripción de bienes de dominio público a empresas sin contraprestación está tratada en la consulta 5 del BOICAC Número 9. Esta consulta señala que:

«En el caso de que a las empresas públicas con forma jurídica de sociedad mercantil les sean adscritos bienes de dominio público, confiriéndoles derecho de uso sobre tales bienes y sin que se exija contraprestación alguna, dichas sociedades deberán hacer lucir en el activo del balance, dentro de las inmovilizaciones inmateriales, el valor atribuible a tales derechos, creándose al efecto una partida precedida de número árabe con denominación adecuada. El importe a registrar como activo se determinará de acuerdo con el valor venal del derecho de uso.

El derecho de uso deberá amortizarse atendiendo a su depreciación durante el plazo de adscripción. Si dicho plazo de adscripción fuera superior a la vida útil del bien sobre el que se ostentan los derechos, éstos deberán amortizarse durante el plazo de vida útil.

En el pasivo del balance se incluirá dentro del epígrafe "Ingresos a distribuir en varios ejercicios" el ingreso derivado de la adscripción, que se imputará a Resultados, como ingreso extraordinario, en proporción a la amortización de los derechos de uso que figuran en el activo.»

En base a lo anterior por la adscripción de los bienes:

18.000.000	Derechos de uso de bienes de dominio público (218*)	
	a Ingresos a distribuir en varios ejercicios (13-)	18.000.000

(*) Cuenta no desarrollada en el PGC.

x

31-12-X4

Por la amortización de la concesión en función de su vida útil:

20.000	<i>Amortización del inmovilizado inmaterial (681)</i> $(200.000/5 \times 6/12)$		
		<i>a Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial (281)</i>	20.000
		x	

Por la amortización del derecho de uso:

1.000.000	<i>Amortización del inmovilizado inmaterial (681)</i> $(10.000.000/5) \times (6/12)$		
		<i>a Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial (281)</i>	1.000.000
		x	

Por el traspaso a resultados de la cuenta del subgrupo 13:

1.000.000	<i>Ingresos a distribuir en varios ejercicios (13-)</i>		
		<i>a Ingresos traspasados a resultados del ejercicio (77-)</i>	1.000.000
		x	

Por la dotación al fondo de reversión necesario para cubrir los gastos que se estima ocasionará la puesta a punto de las máquinas al final del período concesional, y teniendo en cuenta que los ingresos se van a producir de forma lineal:

200.000	<i>Dotación al fondo de reversión (690)</i> $(2.000.000/5 \times 6/12)$		
		<i>a Fondo de reversión (144)</i>	200.000
		x	

Por la amortización de la maquinaria correspondiente al ejercicio actual:

1.000.000	Amortización del inmovilizado material (682)		
	(8.000.000/8)		
		a Amortización acumulada del inmovilizado material (282)	1.000.000
_____	x	_____	

Apartado 2

_____ 01-01-X3 _____

Patrimonio de «PITA» a 01-01-X3:

Capital social	50.000.000
Prima de emisión de acciones	2.000.000
Reserva legal	400.000
Reserva por ajuste de capital a euros	200.000
Reservas voluntarias	4.000.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	– 30.000.000
Patrimonio neto	26.600.000
Acciones en circulación	50.000.000
Valor teórico: $26.600.000/50.000.000 = 0,532$	

% de participación de «ANTON» en la sociedad «PITA»: $100.000/50.000.000 \times 100 = 0,2\%$

Por la adquisición de 100.000 acciones de la sociedad «PITA»:

54.200	Inversión en «PITA» (540)		
	$[(100.000 \times 0,532) + 1.000] =$		
	$= 100.000 \times 0,542$		
		a Tesorería (57)	54.200
_____	x	_____	

31-12-X3

Patrimonio de «PITA» a 31-12-X3:

Capital social	50.000.000
Prima de emisión de acciones	2.000.000
Reserva legal	400.000
Reserva por ajuste de capital a euros	200.000
Reservas voluntarias	4.000.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	– 30.000.000
Pérdidas y ganancias	– 5.000.000
Patrimonio neto	21.600.000
Acciones en circulación	50.000.000
Valor teórico: $21.600.000/50.000.000 =$	0,432
Precio de adquisición	0,542
Depreciación	0,11

- Por la dotación de la provisión:

11.000	<i>Dotación provisión depreciación de valores negociables (698)</i> (100.000 × 0,11)	
	<i>a Provisión depreciación de valores negociables (597)</i>	11.000

20-03-X4

No procede efectuar asiento alguno porque la finalidad de la reducción de capital ha sido compensar pérdidas de ejercicios anteriores, por lo que no ha variado el valor patrimonial de la participación de la sociedad «ANTON» en la sociedad «PITA».

Ahora bien, lo que sí ha variado es el nominal de la acción, que tras la operación anterior ha pasado a ser de 0,424 ó 0,42, dependiendo de la opción elegida en la sociedad «PITA». A efectos de la solución, se va a considerar como nominal 0,424.

15-05-X4

Por la venta de las acciones de «PITA»:

46.240	Tesorería (57-)		
	[(100.000 × 0,424 × 110%) – 400]		
11.000	Provisión depreciación de valores negociables (597)		
		a Inversión en «PITA» (540)	54.200
		a Beneficio en valores negociables	3.040
		x	

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

CONTABILIDAD DE SOCIEDADES. REPARTO DEL BENEFICIO. AMPLIACIÓN CON
CARGO A RESERVAS. CONTABILIDAD DEL INVERSOR

ENUNCIADO

Apartado 1

La sociedad anónima «ORZA» presenta el 31-12-X3 el siguiente balance de situación (expresado en euros).

Información complementaria referida al contenido del balance:

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Gastos de primer establecimiento ...	1.000.000	Capital social	40.000.000
Inmovilizado inmaterial neto	6.000.000	Reserva legal	6.000.000
Inmovilizado material neto	38.000.000	Reservas voluntarias	3.000.000
Existencias	10.000.000	Pérdidas y ganancias	2.000.000
Deudores	5.000.000	Deudas	29.000.000
Tesorería	20.000.000		
Total	80.000.000	Total	80.000.000

Las acciones tienen un valor nominal de 10 euros y pertenecen todas a la misma serie.

Los gastos de establecimiento se activaron con motivo de la ampliación de la capacidad productiva de la sociedad, llevada a efecto el 1-7-X1.

Operaciones realizadas por la sociedad en el ejercicio 20X4:

1. El 1-2-X4 se reúne la Junta General de Accionistas y toma los siguientes acuerdos:

- Proceder al reparto del beneficio del ejercicio, con destino a dotar la reserva legal y la reserva voluntaria siguiendo la normativa legal.
- Aumentar capital con cargo a reservas, con emisión de acciones nuevas, en la proporción de 1 acción nueva por cada 10 acciones antiguas, del mismo nominal que éstas. Esta operación se ejecutará en fechas posteriores.

2. El 1-8-X4 la sociedad inscribe en el Registro Mercantil la ampliación de capital acordada por la Junta General de Accionistas, utilizando para ello la reserva legal en la cuantía máxima permitida por la norma contable. Los gastos incurridos en la ampliación se abonan a través de Bancos, en la cuantía de 6.000 euros; la sociedad procede a su activación.

3. El 1-10-X4 vende a la sociedad «RÍA» una máquina usada, fijándose el precio de venta en 2.000.000 de euros. El coste histórico fue de 3.000.000 de euros y la amortización acumulada es a 31-12-X3 de 600.000 euros, resultado de una amortización anual del 10 por 100. La sociedad «RÍA» se compromete a abonar 2.060.000 euros el 31-12-X5.

4. El 10-10-X4 la sociedad anuncia que abonará un dividendo a cuenta del resultado del ejercicio de 0,20 euros por cada acción. Se procederá a su abono dentro de 15 días.

5. El 25-10-X4 la sociedad abona a través de Bancos el dividendo acordado.

6. El 31-12-X4 la sociedad amortiza los gastos de establecimiento, siguiendo el procedimiento lineal y en el mayor plazo de tiempo establecido por la normativa legal.

7. El 31-12-X4 la sociedad analiza el riesgo que pueda suponer la devolución en ejercicio siguiente, sin coste alguno para el comprador, de la máquina vendida el 1-10-X4 y consiguiente impago de la misma.

Apartado 2

Operaciones realizadas por la sociedad «RÍA», relacionadas con la sociedad «ORZA», en el ejercicio 20X4:

- La cartera de valores a corto plazo está formada por 200.000 acciones, adquiridas en el mercado de valores y emitidas por la sociedad «ORZA». El precio de adquisición fue de 2.800.000 euros y la sociedad tiene dotada una provisión por 100.000 euros.
1. El 1-8-X4 la sociedad recibe las acciones que le corresponden en la ampliación de capital que lleva a cabo la sociedad «ORZA».
 2. El 1-10-X4 la sociedad compra una máquina usada a la sociedad «ORZA», con un precio al contado de 2.000.000 de euros, comprometiéndose a pagar 2.060.000 euros el 31-12-X5.
 3. El 10-10-X4 la sociedad tiene conocimiento del dividendo a cuenta aprobado por la sociedad «ORZA».
 4. El 20-10-X4 vende 40.000 acciones, que posee como inversión temporal, emitidas por la sociedad «ORZA» al 130 por 100. Los gastos de la operación abonados a través de Bancos se elevaron a 2.000 euros.
 5. El 25-10-X4 cobra por Bancos el dividendo a cuenta anunciado por la sociedad «ORZA».
 6. El 1-12-X4 la sociedad abona por gastos de la compra y puesta en marcha de la máquina 8.000 euros, abonados por Bancos. La máquina es operativa el 1-12-X4.
 7. El 31-12-X4 la sociedad realiza las operaciones relacionadas con la compra efectuada de la máquina. La vida útil de la máquina se estima en 4 años y su amortización lineal.

SE PIDE:

Realice las operaciones contables oportunas, en ambas sociedades, siguiendo el orden establecido en el enunciado.

(Se debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones)

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

Apartado 1

En primer lugar señalar que el capital social de «ORZA» está compuesto por 4.000.000 de acciones de un valor nominal de 10 euros, siendo todas de la misma serie.

Anotaciones contables realizadas por la sociedad «ORZA» en el año 20X4

01-02-X4

De los acuerdos que ha tomado la Junta General procede realizar la contabilización del reparto del beneficio, ya que la ampliación de capital se contabilizará cuando se realice, concretamente en el momento en que se inscriba en el Registro:

2.000.000	<i>Pérdidas y ganancias (129)</i>	
	<i>a Reserva legal (112) ⁽¹⁾</i>	200.000
	<i>a Reservas voluntarias (117)</i>	1.800.000

(1) La dotación a la reserva legal está regulada en el artículo 214 del TRLSA: «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». Por tanto:

20% del capital social: $20\% \times 40.000.000 = 8.000.000$

Reserva legal según balance = 6.000.000

Dotación del ejercicio: $2.000.000 \times 10\% = 200.000$

01-08-X4

La ampliación de capital con cargo a reservas está regulada en el artículo 157 (Aumento con cargo a reservas) del TRLSA:

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 6 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».

Teniendo en cuenta que la relación de canje de la ampliación de capital es de 1 nueva por 4 antiguas, el número de acciones a emitir será de $4.000.000 \times 1/4 = 400.000$ acciones de un valor nominal de 10 euros. El importe de la reserva legal que se puede utilizar será de 1.800.000 según se justifica en los cálculos siguientes:

Capital social incrementado: $40.000.000 + 4.000.000 = 44.000.000$

Saldo de la reserva legal: $6.000.000 + 200.000 = 6.200.000$

10% del capital social aumentado = 10% 44.000.000 = 4.400.000

Se puede utilizar de reserva legal = 6.200.000 – 4.400.000 = 1.800.000

Ahora bien, como la empresa dispone de reservas disponibles por importe de 4.800.000 (reservas voluntarias), se han de utilizar en primer lugar éstas en su totalidad, por lo que no se puede utilizar reserva legal alguna, incluso no es necesario disponer de la totalidad de la reserva voluntaria:

4.000.000	Reserva voluntaria (117)	a	Capital social (100)	4.000.000
			(400.000 × 10)	
		x		

Por los gastos de ampliación de capital y la activación de los mismos:

6.000	Servicios exteriores (62-)	a	Tesorería (57)	6.000
		x		
6.000	Gastos de ampliación de capital (202)	a	Incorporación al activo de gastos de establecimiento (730)	6.000
			01-10-X4	

En este punto nos encontramos con la venta de un inmovilizado con pago aplazado e intereses. El tratamiento contable de este tipo de créditos está desarrollado en la Norma de Valoración 9.^a del PGC: «Los créditos por venta de inmovilizado se valorarán por el precio de venta, excluidos en todo caso los intereses incorporados al nominal del crédito, los cuales serán imputados y registrados como se indica en el párrafo anterior. Los intereses devengados, vencidos o no, figurarán en cuentas de crédito del grupo 2 ó 5, en función de su vencimiento.»

No obstante, antes de contabilizar la venta es necesario realizar la amortización de la maquinaria correspondiente a los 9 meses de este ejercicio en los que ha estado funcionando:

225.000	Amortización del inmovilizado material (682)	a	Amortización acumulada del inmovilizado material (282)	225.000
	(3.000.000 × 10% × 9/12)			
		x		

Por la venta:

2.000.000	Créditos a largo plazo por enajenación de inmovilizado (253)	
825.000	Amortización acumulada del inmovilizado material (282)	
	(600.000 + 225.000)	
175.000	Pérdidas procedentes del inmovilizado material (671)	
	a Maquinaria (223)	3.000.000
	10-10-X4	

En este punto se señala que la sociedad anuncia un dividendo de 0,2 euros por acción existiendo el problema de si este dividendo es para todas las acciones en circulación (las antiguas y las de la ampliación de capital), o bien, si es solamente para las acciones antiguas. Teniendo en cuenta que el enunciado no menciona nada al respecto y la contabilidad a realizar en el apartado n.º 2 de la sociedad «RÍA», a efectos de la solución, reconocemos el dividendo a todas las acciones en circulación.

880.000	Dividendo activo a cuenta (557)	
	(4.400.000 × 0,2)	
	a Dividendo activo a pagar (525)	880.000
	25-10-X4	

Por el pago del dividendo:

880.000	Dividendo activo a pagar (525)	
	a Tesorería (57)	880.000
	31-12-X4	

Por la amortización de los gastos de establecimiento:

400.500	Amortización de gastos de establecimiento (680)	
	a Gastos de primer establecimiento (201)	400.000
	(1.000.000/2,5)	
	a Gastos de ampliación de capital (202)	500
	(6.000/5 × 5/12)	
	X	

31-12-X4

Por la reclasificación del crédito:

2.000.000	Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado (543)	
	a Créditos a largo plazo por enajenación de inmovilizado (253)	2.000.000
	x	

Por los intereses devengados desde el 1 de octubre hasta el 31 de diciembre:

12.000	Intereses a corto plazo de créditos (547)	
	(60.000 × 3/18)	
	a Ingresos de créditos a largo plazo (762)	12.000
	x	

En este punto se dice que la sociedad analiza el riesgo del impago de la maquinaria aunque por otro lado no se menciona cuál ha sido el resultado del análisis. En caso de que hubiese dudas razonables del cobro del mismo, habría que provisionar el importe del crédito (2.000.000) más los intereses devengados hasta la fecha (12.000).

Apartado 2

Operaciones realizadas por la sociedad «RÍA»

Esta sociedad con respecto a la inversión en «ORZA» posee las siguientes cuentas:

Participación en empresas asociadas (200.000 × 14)	2.800.000
Provisión por depreciación participación empresas asociadas (200.000 × 0,5) ..	100.000

% de participación de la sociedad «RÍA» en la sociedad «ORZA»: $200.000/4.000.000 \times 100 = 5\%$, porcentaje mayor que el 3%, por lo que la relación entre ambas sociedades se califica como de empresas asociadas, ya que la sociedad «ORZA» cotiza en Bolsa, al haber comprado la sociedad «RÍA» las acciones en el mercado de valores.

01-08-X4

Por la ampliación de capital totalmente liberada realizada por la sociedad «ORZA» (1 nueva por 10 antiguas) recibe 20.000 acciones con un coste cero por lo que no procede asiento alguno. Esta operación modifica el coste unitario de las acciones así como la provisión unitaria:

Participación en empresas asociadas ($220.000 \times 12,7272$)	2.800.000
Provisión por depreciación participación empresas asociadas ($220.000 \times 0,4545$) .	100.000

01-10-X4

La adquisición de inmovilizado con pago aplazado está desarrollada en la Norma de Valoración 11.^a del PGC: «Las deudas por compra de inmovilizado se valorarán por su nominal. Los intereses incorporados al nominal, excluidos los que se hayan integrado en el valor del inmovilizado, figurarán separadamente en el activo del balance, imputándose anualmente a resultados en las cantidades que correspondan de acuerdo con un criterio financiero».

2.000.000	Maquinaria en montaje (233)	
60.000	Gastos por intereses diferidos (272)	
	a Proveedores de inmovilizado	
	a largo plazo (173)	2.060.000

10-10-X4

Por el reconocimiento del dividendo devengado por las acciones de «ORZA»:

44.000	Dividendo a cobrar (545)	
	($220.000 \times 0,2$)	
	a Ingresos de participaciones en	
	capital (760)	44.000

20-10-X4

Por la venta de 40.000 acciones de «ORZA», teniendo en cuenta que están provisionadas y que tienen un dividendo reconocido:

518.000,00	Tesorería (57-)
	$[(40.000 \times 10 \times 130\%) - 2.000]$
18.181,82	Provisión por depreciación de
	valores negociables en empresas
	asociadas (294)
	$(40.000 \times 0,4545)$

<i>a Participación en empresas asociadas (532)</i>	509.090,91
$(40.000 \times 12,7272)$	
<i>a Dividendo a cobrar (545)</i>	8.000,00
$(40.000 \times 0,2)$	
<i>a Beneficios en valores negociables (766)</i>	19.090,91

 25-10-X4

Por el cobro del dividendo correspondiente a las 180.000 acciones que tiene en la actualidad:

36.000	<i>Tesorería (57)</i>	<i>a Dividendo a cobrar (545)</i>	36.000
		$(180.000 \times 0,20)$	

 01-12-X4

Los gastos de la compra y puesta en marcha de la máquina constituyen mayor valor de la misma (principio del precio de adquisición):

8.000	<i>Maquinaria en montaje (233)</i>	<i>a Tesorería (57)</i>	8.000
		x	

La máquina está financiada por una deuda específica, por lo que los gastos financieros deven-gados por esta deuda, antes de la puesta en funcionamiento de la máquina se pueden capitalizar como mayor, cuestión esta que es optativa, aunque se va a considerar a efectos de solución. La cuantía a capitalizar es la siguiente: $60.000 \times 2/15 = 8.000$.

8.000	<i>Intereses de deudas a largo plazo (662)</i>	<i>a Gastos por intereses diferidos (272)</i>	8.000
	$(60.000 \times 2/15)$		
		x	
8.000	<i>Maquinaria en montaje (233)</i>	<i>a Incorporación al activo de gastos financieros (736)</i>	8.000
		x	

Por la redenominación de la maquinaria puesto que ya está en condiciones de funcionamiento:

2.016.000	Maquinaria (223)		
		a Maquinaria en montaje (233)	2.016.000

	31-12-X4	_____	

Por los intereses devengados por la financiación del proveedor desde el 1 de diciembre hasta el 31 de diciembre:

4.000	Intereses de deudas a largo plazo (662) (60.000 × 1/15)		
		a Gastos por intereses diferidos (272)	4.000

	x	_____	

Por la reclasificación de la deuda que ya está a corto plazo:

2.060.000	Proveedores de inmovilizado a largo plazo (173)		
		a Proveedores a corto plazo de inmovilizado (523)	2.060.000

	x	_____	

Por la amortización de la maquinaria que entró en funcionamiento el 1 de diciembre:

42.000	Amortización del inmovilizado material (682) (2.016.000/4 × 1/12)		
		a Amortización acumulada del inmovilizado material (282)	42.000

	x	_____	

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

LEASING. PROVISIÓN POR ACTUACIONES MEDIOAMBIENTALES

ENUNCIADO

La sociedad anónima «JOSÉ», empresa transformadora de productos, realiza las siguientes operaciones:

Apartado 1

El 1-12-X2 la sociedad «JOSÉ» negoció con una entidad de crédito la compra de un elemento de transporte, mediante una operación de arrendamiento financiero, por un importe de 12.600 euros, a un tipo de interés anual del 6 por 100. Al final de cada mes la sociedad abona al Banco una cuota de 200 euros; el importe total a pagar será de 14.400 euros por la totalidad de las cuotas mensuales más 200 euros por la opción de compra, a pagar junto con la última mensualidad. Los gastos de formalización del contrato se elevan a 480 euros y se abonan al contado; la sociedad procede a su activación. La vida útil de la furgoneta se estima en 10 años.

Apartado 2

1. El 1-10-X2 la sociedad «JOSÉ» recibe notificación del departamento de medio ambiente de la Unión Europea de que en breve se aprobará una normativa que obligue a las empresas a la retirada y destrucción de ciertas máquinas altamente contaminantes, entre las que se incluyen varias que posee la empresa. No obstante, se concederá una moratoria para su retirada de 4 años. La sociedad no había contemplado inicialmente esta incidencia medioambiental. Las máquinas tienen en este momento una antigüedad de tres años, habiéndosele asignado en la fecha de la compra una vida útil de ocho años; el precio de coste abonado fue de 600.000 euros, no considerándose valor residual alguno ni tampoco coste de destrucción; la amortización aplicada sigue el procedimiento lineal.

2. El 1-11-X2 recibe el estudio definitivo de la empresa de ingeniería contratada para analizar la incidencia anterior. El resultado es el siguiente:

- 1) El coste previsto de desmontaje de las máquinas, traslado a puerto, transporte hasta su lugar de destrucción y destrucción de las mismas es de 180.000 euros.
- 2) El seguro del proceso anterior se estima en 12.000 euros. En caso de que no se efectúe este seguro, la sociedad haría frente a una multa que se estima en 10.000 euros, para el caso de que existiese alguna incidencia en la manipulación de las máquinas.

3. El 1-12-X2 se publica la normativa europea sobre medio ambiente, en los términos descritos en el punto 1, sin embargo la moratoria establecida en cuatro años surtirá efecto a partir del 1-1-X3.

SE PIDE:

Apartado 1

Contabilice las operaciones correspondientes al último mes del contrato de arrendamiento, que es el momento en el que se ejerce la opción de compra, y las demás operaciones necesarias para que el elemento pase a ser definitivamente propiedad de la sociedad «JOSÉ».

Apartado 2

Contabilice las operaciones que tendrá que efectuar la sociedad «JOSÉ» en el ejercicio 20X2, de acuerdo con la información referida en el enunciado del apartado 2. Además, deberá tener en cuenta que la sociedad «JOSÉ» abona por Bancos la factura de la empresa encargada del estudio, que asciende a 6.000 euros.

(Se debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones)

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

Apartado 1

A partir de la información que proporciona en el enunciado podemos obtener los siguientes datos:

Valor al contado del bien	12.600
Total a pagar: 14.400 (arrendamiento) + 200 (opción)	14.600
Duración del contrato: $14.400/200 = 72$ cuotas = 6 años	

Los asientos a realizar el 1 de diciembre de 20X8, fecha en la que se paga la última cuota de contrato de arrendamiento financiero y se ejerce la opción de compra, son los siguientes:

Por el pago de la última cuota:

200	<i>Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo (528)</i>		
	a	Tesorería (57)	200
_____	x	_____	

Por los intereses devengados durante el año 20X8 (11 meses), que se realiza linealmente ya que el enunciado del ejercicio no proporciona ningún otro criterio:

305,55	<i>Intereses de deudas a corto plazo (663)</i> (2.000/6 × 11/12)		
	a	Gastos por intereses diferidos (272)	305,55
_____	x	_____	

Por la amortización de la cuenta *Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero (217)* correspondiente a 11 meses del ejercicio 20X8:

1.155	<i>Amortización del inmovilizado inmaterial (681)</i> (12.600/10 × 11/12)		
	a	Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial (281)	1.155
_____	x	_____	

Por el saneamiento de los gastos de formalización pendientes:

73,33	<i>Otros gastos financieros (669)</i> (480/6 × 11/12)		
	a	Gastos de formalización de deudas (270)	73,33
_____	x	_____	

Por el pago de la opción de compra:

200	<i>Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo (528)</i>		
	a	Tesorería (57)	200
_____	x	_____	

Por la reclasificación de la cuenta *Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero (217)* a la cuenta *Elementos de transporte (228)*:

12.600	<i>Elementos de transporte (228)</i>		
		a <i>Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero (217)</i>	12.600
		_____ x _____	

Por la reclasificación de la cuenta *Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial (281)* a la cuenta *Amortización acumulada del inmovilizado material (282)*:

7.560	<i>Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial (281)</i> (12.600/10 × 6)		
		a <i>Amortización acumulada del inmovilizado material (282)</i>	7.560
		_____ x _____	

Por último, con fecha 31 de diciembre de 20X8, por la amortización de los elementos de transporte correspondiente al mes de diciembre:

105	<i>Amortización del inmovilizado material (682)</i> (12.600/10 × 1/12)		
		a <i>Amortización acumulada del inmovilizado material (282)</i>	105
		_____ x _____	

Apartado 2

_____ 01-10-X2 _____

La recepción de la notificación del departamento de medio ambiente, de que en breve se aprobará una nueva legislación, no produce sientos contables en ningún elemento, ya que será a partir de la entrada en vigor y con los datos definitivos cuando se realicen los cálculos oportunos.

01-11-X2

Por el pago del estudio:

6.000	Otros servicios (629)	a Tesorería (57)	6.000
		x	

La cuestión que se plantea en este apartado está contemplada en Resolución de 25 de marzo de 2002, del Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas, por la que se aprueban normas para el reconocimiento, valoración e información de los aspectos medioambientales en las cuentas anuales, la cual en su apartado sexto –Provisiones y contingencias de naturaleza medioambiental– señala:

«1. Motivarán el registro de una provisión de naturaleza medioambiental los gastos originados en el mismo ejercicio o en otro anterior, claramente especificados en cuanto a su naturaleza medioambiental, pero que, en la fecha de cierre de ejercicio, sean probables o ciertos pero indeterminados en cuanto a su importe exacto o a la fecha en que se producirán.

2. En función de la información disponible, el importe de dicha provisión será la mejor estimación posible del gasto necesario para hacer frente a la obligación en la fecha de cierre del balance.»

Del estudio se deduce que los costes que la retirada de la maquinaria producirá son los siguientes:

Coste de desmontaje, traslado a puerto y transporte	180.000 euros
Mejor estimación (seguro o multa)	10.000 euros
Total	190.000 euros

El importe de la provisión se realizará a partir de que se haya publicado la normativa y hasta que finalice el plazo de retirada de la maquinaria.

01-12-X2

En esta fecha se publica la normativa, por lo que a partir de esta fecha procederá dotar la provisión para riesgos medioambientales calculada en el apartado anterior. También a partir de la información que proporciona el enunciado se obtienen los siguientes datos:

Vida pendiente del activo el 01-10-X2: 5 años o 60 meses

Vida pendiente del activo el 01-12-X2: 58 meses

Fecha final de la moratoria (límite para la retirada del activo): 31-12-X6

Vida pendiente real desde el 01-12-X2: 49 meses

Con los datos anteriores, la amortización hasta el 1 de diciembre, fecha en la que entra la nueva normativa, será:

68.750	<i>Amortización del inmovilizado material (682)</i> (600.000/8 × 11/12)		
		a	<i>Amortización acumulada del inmovilizado material (282)</i>
			68.750
	_____	x	_____

El valor neto contable del activo en el momento en que entra en vigor la nueva normativa es:

$$600.000 - [600.000/8 \times (3 + 2/12)] = 362.500$$

Por la amortización del mes de diciembre:

7.397,95	<i>Amortización del inmovilizado material (682)</i> (362.500 × 1/49)		
		a	<i>Amortización acumulada del inmovilizado material (282)</i>
			7.397,95
	_____	x	_____

A 3 de diciembre por la dotación a la provisión para riesgos medioambientales:

3.877,55	<i>Reparaciones y conservación (622)</i> (190.000 × 1/49)		
		a	<i>Provisión para riesgos medio-ambientales (145)</i>
			3.877,55
	_____	x	_____

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: LIQUIDACIÓN, CÁLCULO DEL GASTO DEVENGADO,
CONCILIACIÓN ENTRE LA BASE IMPONIBLE Y EL RESULTADO CONTABLE

ENUNCIADO

La sociedad «IGNARA» tiene su domicilio fiscal en España y se encuentra sometida al régimen general del impuesto sobre beneficios con las consideraciones que se expresan a continuación:

1. A 31 de diciembre de 20X0 presenta, en su balance de situación, los siguientes saldos:

Créditos por bases imponibles negativos: 8.190 u.m.

Impuesto anticipado: 49.000 u.m.

Hacienda Pública, acreedor por impuesto sobre sociedades: 36.200 u.m.

Durante el ejercicio se han realizado las siguientes operaciones con incidencia fiscal:

- El tipo impositivo ha sufrido una variación del ejercicio anterior al actual pasando del 35 al 30 por 100.
- La sociedad se ha acogido a un plan especial de reindustrialización del que se destaca lo siguiente: ha percibido una subvención de capital por valor de 150.000 u.m. que le ha permitido la adquisición de una maquinaria cuyo coste total ha sido de 180.000 u.m. La sociedad puede deducir fiscalmente en este ejercicio un 50 por 100 de la amortización total del elemento (cuya vida útil se estima en 10 años), mientras que la subvención tiene el carácter de ingreso no computable fiscalmente.
- El impuesto anticipado hace referencia a una diferencia entre provisiones por insolvencias contabilizadas en el ejercicio anterior y no deducibles fiscalmente. En este ejercicio, clientes que adeudaban a la entidad 80.000 u.m. se han declarado insolventes, por lo que la sociedad ha procedido a la consideración de pérdidas por dicho concepto con una deducibilidad del 100 por 100. La provisión no deducible dotada cubría un 70 por 100 de estos derechos, sin que existiera otro tipo de cobertura para estos clientes.
- Como consecuencia de las inversiones realizadas en el ejercicio, la sociedad ha generado derechos a deducciones fiscales en cuota por valor de 23.000 u.m. que, caso de no poder ser deducidas en su totalidad en este ejercicio, se pueden diferir en los próximos 3 años.
- El crédito por bases imponibles negativas caduca en este ejercicio y por lo tanto, en caso de no ser aplicado, debe darse por perdido.

- La sociedad ha realizado compras a otra entidad del grupo contable (no existe grupo fiscal) por valor de 240.000 u.m. que se estima que pueden ser objeto de una revisión del precio por operaciones vinculadas por cuanto su valor de mercado es de 300.000 u.m. La sociedad decide realizar los ajustes fiscales necesarios para reconocer ese mayor valor de la compra.
- Las retenciones y pagos a cuenta efectuados a la sociedad durante el ejercicio ascienden a 25.000 u.m.

SE PIDE:

Sabiendo que el importe definitivo a adeudar a la Hacienda Pública en concepto de impuesto sobre beneficios al finalizar el ejercicio 20X1 es de 12.480 u.m. y que la sociedad ha podido deducirse la totalidad de los conceptos mencionados en los puntos anteriores, se pide:

1. Contabilización de las operaciones significadas en los puntos anteriores.
2. Relación de operaciones que dan lugar a impuesto anticipado y diferido con detalle de principal e impacto en el cálculo de estos conceptos.
3. Determinación de las operaciones que dan lugar a diferencias permanentes.
4. Conciliación del resultado con la base imponible del ejercicio.
5. Determinación del resultado contable, sabiendo que la sociedad ha podido aplicarse la totalidad de las deducciones y compensaciones posibles.
6. Asiento de contabilización del impuesto.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

1. Contabilización de las operaciones significativas en los puntos anteriores.

MAQUINARIA Y SUBVENCIÓN

Por la adquisición de la maquinaria y la obtención de la correspondiente subvención, que suponemos que se realizan al inicio del año 20X1:

180.000	Maquinaria (223)	a	Tesorería (57)	180.000
		x		
150.000	Tesorería (57)	a	Subvenciones oficiales de capital (130)	150.000
		x		

A 31 de diciembre del año 20X1 se realizará la amortización de la maquinaria y el traspaso a resultados de la subvención, según se establece en la Norma de Valoración 20.^a del PGC:

18.000	Amortización del inmovilizado material (682) (180.000/10)	a	Amortización acumulada del inmovilizado material (282)	18.000
		x		
15.000	Subvenciones oficiales de capital (130) (150.000/10)	a	Subvenciones de capital traspasadas a resultados del ejercicio (775)	15.000
		x		

CLIENTES

Por la baja de los clientes que se han considerado incobrables:

80.000	Pérdidas de créditos comerciales incobrables (650)	a	Clientes de dudoso cobro (435)	80.000
		x		

Por la aplicación de la provisión que cubría solamente el 70 por 100 de los derechos de cobro:

56.000	Provisión para insolvencias de tráfico (490)	a	Provisión para insolvencias de tráfico aplicada (794)	56.000
		x		

COMPRAS INTERGRUPO

Las compras intergrupo se han contabilizado al precio real al que se ha realizado la transacción y no al precio al que se valorará a efectos de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades:

$$\begin{array}{rcl}
 240.000 & \text{Compras de mercaderías (600)} & \\
 & \text{a Proveedores, empresas del} & \\
 & \text{grupo (402)} & 240.000 \\
 \hline & \text{x} & \hline
 \end{array}$$

2. Relaciones de operaciones que dan lugar a impuestos anticipados y diferidos con detalle de principal en el cálculo de estos conceptos.

MAQUINARIA

Según el enunciado, la maquinaria se podrá amortizar desde un punto de vista fiscal íntegramente en el ejercicio 20X1, en tanto que desde el punto de vista contable se hará en función de su vida útil. La tabla de diferencias y ajustes a realizar es la siguiente, suponiendo que la amortización deducible es un 50 por 100 en cada ejercicio:

Años	Amortización contable	Amortización deducible	Ajustes en la base del Impuesto sobre Sociedades
20X1	18.000	90.000	– 72.000
20X2	18.000	90.000	– 72.000
20X3	18.000	0	18.000
20X4	18.000	0	18.000
20X5	18.000	0	18.000
20X6	18.000	0	18.000
20X7	18.000	0	18.000
20X8	18.000	0	18.000
20X9	18.000	0	18.000
20X10	18.000	0	18.000
	180.000	180.000	

Como se puede observar, estamos ante unos ajustes del Impuesto sobre Sociedades, que para el cálculo de la base imponible, han de ser considerados como diferencias temporales. Los dos primeros años darán lugar a la aparición de impuestos diferidos.

PROVISIÓN PARA INSOLVENCIAS

El impuesto anticipado que figura en balance (49.000) hace referencia a provisiones dotadas en el ejercicio anterior y que no fueron deducibles fiscalmente, por lo que a nivel de la liquidación del impuesto se hizo:

Gasto contable (49.000/35%)	140.000
Gasto deducible	0
Ajuste en la base	140.000

En el ejercicio actual, la provisión es deducible por haber transcurrido 6 meses desde el vencimiento de los créditos frente a clientes, produciéndose en consecuencia la reversión, por lo que procederá efectuar una diferencia temporal negativa.

3. Determinación de las operaciones que dan lugar a diferencias permanentes.

SUBVENCIONES DE CAPITAL

Aunque en nuestra normativa la imputación a resultados de las subvenciones no produce ajustes en el Impuesto sobre Sociedades, el enunciado señala que el ingreso derivado del traspaso a resultados de la subvención no es computable fiscalmente por lo que se producen diferencias permanentes negativas, durante todos los años en los que se efectúe el traspaso a resultados de la mencionada subvención.

OPERACIONES VINCULADAS

En principio, las operaciones vinculadas no producen ningún ajuste y será la Administración tributaria quien podrá valorar, dentro del período de prescripción, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación.

El enunciado del ejercicio señala que la sociedad *decide* realizar los ajustes fiscales necesarios para reconocer ese mayor valor de compra, por lo que se efectuará una diferencia permanente negativa:

Gasto contable	240.000
Gasto deducible	300.000
Ajuste en la base	60.000

4. Conciliación del resultado con la base imponible del ejercicio.

En primer lugar, se realiza la *liquidación del Impuesto sobre Sociedades*, teniendo en cuenta que el enunciado no facilita el beneficio antes de impuestos del año 20X1, pero sí el dato de la cuota diferencial que asciende a 12.480, sabiendo que la sociedad ha podido aplicarse la totalidad de las deducciones y compensaciones posibles:

BENEFICIO ANTES DE IMPUESTOS	BAI
+/- Ajustes	
Amortización de la maquinaria	– 72.000
Subvenciones de capital	– 15.000
Provisión para insolvencias	– 140.000
Operaciones vinculadas	– 60.000
BASE IMPONIBLE PREVIA	BIP
Base imponible negativa ejercicios anteriores	– 23.400
BASE IMPONIBLE	BI
Tipo de gravamen	35%
CUOTA ÍNTEGRA	0,30 BI
Deducciones y bonificaciones	– 23.000
CUOTA LÍQUIDA	CL
Retenciones y pagos a cuenta	– 25.000
CUOTA DIFERENCIAL	12.480

Realizando los cálculos oportunos en la tabla anterior, se obtiene que:

Cuota líquida (CL) = 37.480

Cuota íntegra ($0,30 \times BI$) = 60.480

Base imponible (BI) = 201.600

Base imponible previa (BIP) = 225.000

Beneficio antes de impuestos (BAI) = 512.000

BENEFICIO ANTES DE IMPUESTOS	512.000
+/- Ajustes	
Amortización de la maquinaria	- 72.000
Subvenciones de capital	- 15.000
Provisión para insolvencias	- 140.000
Operaciones vinculadas	- 60.000
BASE IMPONIBLE PREVIA	225.000
Base imponible negativa anterior	- 23.400
BASE IMPONIBLE	201.600
Tipo de gravamen	30%
CUOTA ÍNTEGRA	60.480
Deducciones y bonificaciones	- 23.000
CUOTA LÍQUIDA	37.480
Retenciones y pagos a cuenta	- 25.000
CUOTA DIFERENCIAL	12.480

El cálculo del gasto del Impuesto sobre Sociedades es el siguiente:

BENEFICIO ANTES DE IMPUESTOS	512.000
± DIFERENCIAS PERMANENTES	
Subvenciones de capital	- 15.000
Operaciones vinculadas	- 60.000
RESULTADO CONTABLE AJUSTADO	437.000
Tipo de gravamen	30%
IMPUESTO BRUTO	131.100
Deducciones y bonificaciones	- 23.000
IMPUESTO DEVENGADO	108.100

5. El resultado contable del ejercicio (resultado después de impuestos) será:

$$512.000 - 108.100 - [(8.190 + 49.000) / 0,35 \times 0,05] =$$

$$= 512.000 - 108.100 - 8.170 = 512.000 - 116.270 = 395.730$$

Conciliación del resultado contable con la base imponible

Conceptos	Aumentos	Disminuciones	Total
Resultado del ejercicio			395.730
Impuesto sobre beneficios	116.270		116.270
Diferencias permanentes			
Subvenciones de capital		15.000	- 15.000
Operaciones vinculadas		60.000	- 60.000
Diferencias temporales con origen en el ejercicio			
Amortización de la maquinaria		72.000	- 72.000
Diferencias temporales con origen en ejercicios anteriores			
Provisión para insolvencias		140.000	- 140.000
Compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores		23.400	- 23.400
Base imponible del ejercicio			512.000

6. Asientos contables.

Por el ajuste de los créditos fiscales del 35 por 100 al 30 por 100:

8.170	Ajustes negativos en la imposición sobre beneficios (633)	
	a Créditos por pérdidas a compensar de ejercicios anteriores (4745)	1.170
	[23.400 × (35% - 30%)]	
	a Impuesto sobre beneficios anticipado (474)	7.000
	[140.000 × (35% - 30%)]	
	_____ X _____	

Por el gasto devengado en el ejercicio:

108.100	<i>Impuesto sobre beneficios (630)</i>	
	<i>a Créditos por pérdidas a compensar de ejercicios anteriores (4745)</i>	7.020
	(23.400 × 30%)	
	<i>a Impuesto sobre beneficios anticipado (474)</i>	42.000
	(140.000 × 30%)	
	<i>a Impuesto sobre beneficios diferido (479)</i>	21.600
	(72.000 × 30%)	
	<i>a Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (473)</i>	25.000
	<i>a Hacienda Pública, acreedor por impuesto sobre sociedades (4752)</i>	12.480
	_____ x _____	
116.270	<i>Pérdidas y ganancias</i>	
	<i>a Ajustes negativos en la imposición sobre beneficios (633)</i>	8.170
	<i>a Impuesto sobre beneficios (630)</i>	108.100
	_____ x _____	

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

OPERACIONES FINANCIERAS: DIVERSOS CÁLCULOS RELATIVOS A UN PRÉSTAMO

ENUNCIADO

Un empréstito consta de 100.000 títulos de 1.000 euros cada uno y se ha de amortizar por sorteos anuales, en 6 años, mediante anualidades constantes abonándose cupones anuales de 50 euros durante los tres primeros años y 60 euros.

SE PIDE:

- a) Anualidad que amortiza el préstamo.
- b) Número de títulos que se amortizan en los sorteos 2.º y 5.º.
- c) Títulos vivos después de efectuados 5 sorteos.
- d) Cuadro de amortización.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 5

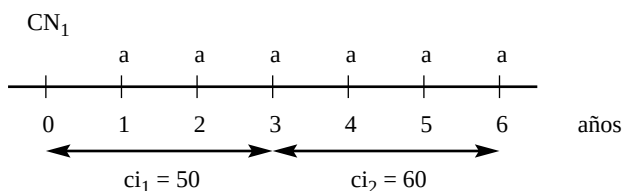
a) Anualidad que amortiza el préstamo.

Se trata de un empréstito de cupón periódico que no presenta ninguna característica comercial. No obstante, al haber dos cupones distintos, la anualidad constante tomará dos expresiones diferentes (aunque con la misma estructura):

$$\begin{array}{ll} \text{Año } k & a = ci_1 N_k + cM_k \\ 0 < k \leq 3 & \end{array}$$

$$\begin{array}{ll} \text{Año } k & a = ci_2 N_k + cM_k \\ 3 < k \leq 6 & \end{array}$$

Resultando el siguiente esquema para la operación:



A través de la equivalencia financiera en el origen y sustituyendo los valores conocidos obtenemos el valor de la anualidad.

$$CN_1 = a \times a_3|_{i1} + \frac{a \times a_3|_{i2}}{(1 + i_1)^3}$$

$$1.000 \times 100.000 = a \times a_3|_{0,05} + \frac{a \times a_3|_{0,06}}{(1 + 0,05)^3}$$

$$a = 19.871.644,07$$

b) Número de títulos que se amortizan en los sorteos 2.º y 5.º.

Para el cálculo de los títulos amortizados en el segundo año (M_2), lo más sencillo es calcular los títulos amortizados en el año 1 y, a partir de M_1 , mediante la ley de recurrencia existente entre ambos años, obtener M_2 .

$$\begin{aligned}\text{Año 1} \quad a &= ci_1N_1 + cM_1 = 50 \times 100.000 + 1.000 \times M_1 \\ 19.871.644,07 &= 5.000.000 + 1.000 \times M_1 \\ M_1 &= 14.871,64\end{aligned}$$

A continuación se calcula M_2 :

$$\begin{aligned}M_2 &= M_1 \times (1 + i_1) = 14.871,64 \times 1,05 = 15.615,23 \\ M_2 &= \mathbf{15.615,23 \cong 15.615}\end{aligned}$$

Para el cálculo de los títulos amortizados en el quinto año (M_5) resulta más práctico empezar calculando los títulos amortizados en el último año (porque coinciden los títulos vivos y los amortizados) y, a continuación, mediante la ley de recurrencia existente entre ambos años obtener M_5 .

$$\begin{aligned}\text{Año 6} \quad a &= ci_2N_6 + cM_6 = ci_2M_6 + cM_6 = (ci_2 + c) \times M_6 \\ 19.871.644,07 &= (60 + 1.000) \times M_6 \\ M_6 &= \mathbf{18.746,83}\end{aligned}$$

A continuación se calcula M_5 :

$$\begin{aligned}M_5 &= \frac{M_6}{1 + i_2} = \frac{18.746,83}{1,06} = 17.685,69 \\ M_5 &= \mathbf{17.685,69 \cong 17.686}\end{aligned}$$

c) Títulos vivos después de efectuados 5 sorteos.

El número de títulos vivos al comienzo del sexto año se obtiene a partir de la anualidad del último año, dado que en ese período los títulos vivos (N_6) y los títulos amortizados (M_6) coinciden. Por tanto:

$$\begin{aligned}\text{Año 6} \quad a &= ci_2N_6 + cM_6 = ci_2N_6 + cN_6 = (ci_2 + c) \times N_6 \\ 19.871.644,07 &= (60 + 1.000) \times N_6 \\ N_6 &= \mathbf{18.746,83 \cong 18.747}\end{aligned}$$

d) Cuadro de amortización.

Para construir el cuadro de amortización, deberemos conocer previamente los títulos amortizados en cada año. Conocido M_1 , se pueden obtener M_2 y M_3 , porque entre ellos existe una ley de recurrencia por mantenerse el cupón constante (5%). De la misma manera, existe ley de recurrencia entre M_4 , M_5 y M_6 , esta vez con el cupón del 6 por 100, resultando más rápido empezar por M_6 , que resulta más fácil de calcular.

$$\begin{aligned} M_1 &= 14.871,64 \\ M_2 &= 14.871,64 \times 1,05 = 15.615,23 \\ M_3 &= 15.615,23 \times 1,05 = 16.395,98 \\ \\ M_6 &= 18.746,83 \\ M_5 &= 18.746,83 \times 1,06^{-1} = 17.685,69 \\ M_4 &= 17.685,69 \times 1,06^{-1} = 16.684,61 \end{aligned}$$

Una vez obtenidos los valores teóricos de M_k , se procede a su redondeo, siendo por exceso M_1 , M_3 , M_5 , M_6 , y por defecto M_2 y M_4 .

Los valores redondeados serán:

$$\begin{aligned} M_1 &= 14.872 \\ M_2 &= 15.615 \\ M_3 &= 16.396 \\ M_4 &= 16.684 \\ M_5 &= 17.686 \\ M_6 &= 18.747 \end{aligned}$$

El cuadro de amortización que resulta es el siguiente:

Años	(1)	(2)	(3)	(4) = $c_i \times (1)$	(5) = $c \times (2)$	(6) = (4) + (5)
	Títulos vivos	Títulos amortizados	Total títulos amortizados	Intereses	Amortización	Anualidad
1	100.000	14.872	14.872	5.000.000	14.872.000	19.872.000
2	85.128	15.615	30.487	4.256.400	15.615.000	19.871.400
3	69.513	16.396	46.883	3.475.650	16.396.000	19.871.650
4	53.117	16.684	63.567	3.187.020	16.684.000	19.871.020
5	36.433	17.686	81.253	2.185.980	17.686.000	19.871.980
6	18.747	18.747	100.000	1.124.820	18.747.000	19.871.820

- (4) Año k $0 < k \leq 3$ $50 \times (1)$
 Año k $3 < k \leq 6$ $60 \times (1)$

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)

Coordinadores: José Ramón RUIZ GARCÍA/José Manuel CALDERÓN CARRERO

Autores: José Manuel CALDERÓN CARRERO/Francisco Alfredo GARCÍA PRATS/Adolfo MARTÍN JIMÉNEZ/José Ramón RUIZ GARCÍA/Félix Alberto VEGA BORREGO

Fundación Pedro Barrié de la Maza, La Coruña, 2004.

Como se indica en la nota introductoria, «para facilitar e impulsar la internacionalización de la economía, es preciso que exista un régimen fiscal adecuado que confiera seguridad y estabilidad a las operaciones y, en la medida de lo posible, elimine las restricciones existentes. Dentro de este régimen fiscal ocupan un lugar destacado los convenios para evitar la doble imposición; por su carácter de acuerdos bilaterales, los convenios son el medio más adecuado para obtener el régimen más favorable posible en el Estado con el que se firman». Como consecuencia de ello, claramente se deduce, como ha señalado el profesor RAMALLO, que el número de «convenios y los países con los que se establecen dependen de las relaciones económicas existentes o que se quieran favorecer entre los países firmantes»¹.

España, especialmente en los últimos años, ha impulsado de modo sobresaliente la celebración de nuevos convenios para evitar la doble imposición. Sin minusvalorar este esfuerzo, sí convendría poner de relieve que estas actuaciones deberían estar dirigidas no sólo a la celebración de nuevos convenios, sino también a renegociar aquellos más antiguos, especialmente porque desde la firma de algunos de ellos ha variado sensiblemente la normativa española que incide sobre la tributación internacional –en este sentido, nos referimos no sólo a la legislación sobre la imposición de la renta de los no residentes, sino también a las normas previstas en la regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de las sociedades que tienen en cuenta aspectos internacionales– además de haberse modificado de modo significativo tanto el Modelo de Convenio de la OCDE, como los Comentarios al mismo.

¹ En el prólogo al libro VEGA BORREGO 2003, Las medidas contra el treaty shopping, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pág. 13.

Esta última referencia tiene especial importancia pues, como es sabido, los convenios para evitar la doble imposición suelen negociarse a partir del Modelo de Convenio de la OCDE y de las consideraciones que se realizan en sus Comentarios.

La obra que se reseña tiene el mérito, en mi opinión, de analizar los convenios celebrados por España partiendo del estudio previo del Modelo de la OCDE. En este sentido, hay que resaltar que no sólo se analiza la última versión de este Modelo y de sus Comentarios (2003), sino que también se realiza una comparación con las versiones anteriores, fundamentalmente las de 1963, 1977, 1992 y 2000. El trabajo se ve enriquecido, también, como consecuencia de que se compara el Modelo OCDE con otros modelos de indudable importancia como son el de la Organización para las Naciones Unidas y el de Estados Unidos. Con todos estos elementos, se facilita sensiblemente el conocimiento y estudio de cada uno de los convenios celebrados por España, sin perjuicio de que los autores pongan de relieve en cada caso qué singularidades relevantes se aprecian en cada uno esos convenios conforme al régimen establecido en el Modelo de la OCDE.

El estudio de los convenios para evitar la doble imposición no sería completo si el mismo no se pusiera en relación con la legislación española que afecta a la imposición de los no residentes y a las operaciones internacionales de los sujetos que, bien siendo personas físicas o jurídicas, residen en España. En el trabajo se da buena cuenta de esto último, complementando la explicación y relación entre la legislación interna y los convenios con las consultas y resoluciones judiciales que se han dictado en esta materia.

Como se puede comprobar de la lectura de la obra, la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición no está exenta de problemas. En este sentido, cabe destacar los problemas que plantea la aplicación del artículo 3.2 del Modelo de la OCDE («para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término no definido en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio [...]»). Entre los problemas que plantea la aplicación de este precepto destaca el hecho de si esta remisión debe entenderse realizada a la legislación vigente en el momento de la firma del convenio (interpretación estática) o a la que está vigente en el momento de su aplicación (interpretación dinámica). Sin lugar a dudas, este problema de interpretación se plantea respecto a todos los preceptos de un convenio para evitar la doble imposición.

En principio, especialmente tras la modificación producida en 1995, el Modelo de la OCDE se decanta por la interpretación dinámica. Sin embargo, el Modelo supedita lo anterior a que del contexto del convenio no se derive una interpretación diferente. Lo anterior tendrá lugar, como se explica con detalle en la obra, cuando la legislación en vigor en el momento de la celebración del convenio pueda ser considerada como «contexto relevante» (pág. 196).

El problema al que nos acabamos de referir pone claramente de relieve la importancia de analizar los convenios para evitar la doble imposición teniendo muy en cuenta la legislación interna que deba ser objeto también de aplicación. Pues de lo contrario, pueden producirse

situaciones, como de hecho ha sucedido en la jurisprudencia española (y se destaca convenientemente en la obra), en las que el «contexto» del convenio hubiera exigido una interpretación estática. Buen ejemplo de ello es la doctrina de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, relativa a la legislación en vigor con anterioridad a 1 de enero de 2003, en el sentido de que los pagos por la cesión de programas de ordenador deben ser calificados como «obras literarias» en el artículo 12.2 a) del convenio España-Estados Unidos, que, en parte, se basa en una Ley de 1993 (esto es, posterior a la firma del convenio, que es de 1990) cuando el recurso a una interpretación contextual, teniendo en cuenta la legislación española en vigor en el momento de la firma de este convenio, hubiera conducido a la exclusión de la calificación de los programas de ordenador como «obras literarias». No obstante, como se destaca en la obra, a partir del 1 de enero de 2003 una interpretación dinámica llevaría a resultados distintos. Este caso no es más que un ejemplo de los problemas que plantea la aplicación de los convenios, problemas que se analizan con todo rigor en la obra que presentamos.

Este trabajo ha sido elaborado por un grupo de profesores de la Universidad española que ha dirigido sus tareas investigadoras, principalmente, hacia el estudio de los problemas que plantea la fiscalidad internacional. En cierto modo, esta obra condensa los trabajos anteriores de estos profesores aunque, como se ha dicho, siguiendo la estructura del Modelo de Convenio de la OCDE. La calidad de aquellos estudios se ve ahora enriquecida por el trabajo conjunto y coordinado realizado en la presente obra, resultando de este modo un estudio completo, riguroso y sobresaliente.

Sin lugar a dudas, esta obra está llamada a ser el libro de referencia para todo aquel que, bien desarrolla su tarea profesional en el ámbito de la fiscalidad internacional, bien pretende introducirse en ella, todo ello sin perjuicio de que existan en España ya otras obras de indudable calidad, cuya referencia también es obligada en este ámbito.

Juan Arrieta Martínez de Pisón
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario



Manual de fiscalidad española. Teoría y práctica

María José PORTILLO NAVARRO

McGraw-Hill, Madrid, 2005, 290 págs.

La autora presenta esta obra a estudiantes de licenciatura y diplomatura universitarias, así como a profesionales interesados en el estudio de la fiscalidad española, con supuestos prácticos resueltos además de ejercicios propuestos y preguntas de autoevaluación cuyas contestaciones figuran al final de la obra (págs. 289-290).

En efecto, cada uno de los dieciséis temas que componen el Manual terminan con preguntas de evaluación formuladas con todo acierto en cuanto se refieren a lo más importante o representativo de la materia desarrollada con anterioridad. Y lo es no tanto por asegurar el conocimiento adquirido, como por guiar al estudiante en el propio estudio o análisis de la correspondiente materia. Es sabido que nada sustituye con ventaja las explicaciones del docente, pero también es cierto que en la soledad del estudio las preguntas de evaluación, que figuran al final de cada tema, servirán para orientar al estudioso con seguridad en la adquisición de los respectivos conocimientos.

Otra de las singularidades de la obra son los casos prácticos resueltos y los propuestos que se incluyen después de la exposición de cada tributo, pues es sabido que la tributación, como disciplina aplicada que es, logra la mejor o más útil transmisión de su contenido mediante la praxis que se contrapone a la teoría sin oponerse a ella, ni menos contradecirla. Es decir, tales supuestos –resueltos y propuestos– de algún modo enseñan el modo de aplicar cada tributo según lo ya aprendido y, también, a comprender mejor su alcance. Bien puede afirmarse que el Derecho empieza cuando se aplica. Es más, tales tareas por las que se aplica el saber que llamaremos intelectual, van a engendrar el saber práctico, cerrando así el silogismo que sirve de estructura a la aplicación de los impuestos.

En lo que queda expuesto encuentro lo que distingue la obra de la profesora PORTILLO de otras que se ocupan de la exposición de las normas reguladoras del sistema tributario español. Esta última tarea también queda desarrollada con criterios unitarios y sistemáticos por la autora, ya que después de exponer los elementos esenciales y la evolución histórica del sistema tributario español, desarrolla lo que seguidamente se enuncia.

Los sistemas tributarios de las Haciendas autonómicas y locales, que tradicionalmente son situados después del estatal, con exposición de la regulación de los correspondientes tributos. Y a continuación los impuestos del Estado, estén o no cedidos a las Comunidades Autónomas, con impecable especificación interna y dando a cada capítulo o apartado (en total: 13) la extensión propia de una unidad didáctica. Esta parte del Manual se caracteriza por haber sabido resumir el régimen de cada uno de los impuestos sin prescindir de aspecto o norma que sean relevantes para su aplicación. Todo ello acompañado de esquemas o cuadros que ordenan y facilitan su estudio.

La Dra. María José PORTILLO con esta obra corona otras publicaciones y actividades docentes en la Universidad de Murcia (Departamento de Hacienda y Economía del Sector Público), y a la que emplazamos a continuar las tareas que con tanto acierto viene realizando.

César Albiñana García-Quintana

Catedrático emérito de la Universidad San Pablo-CEU