

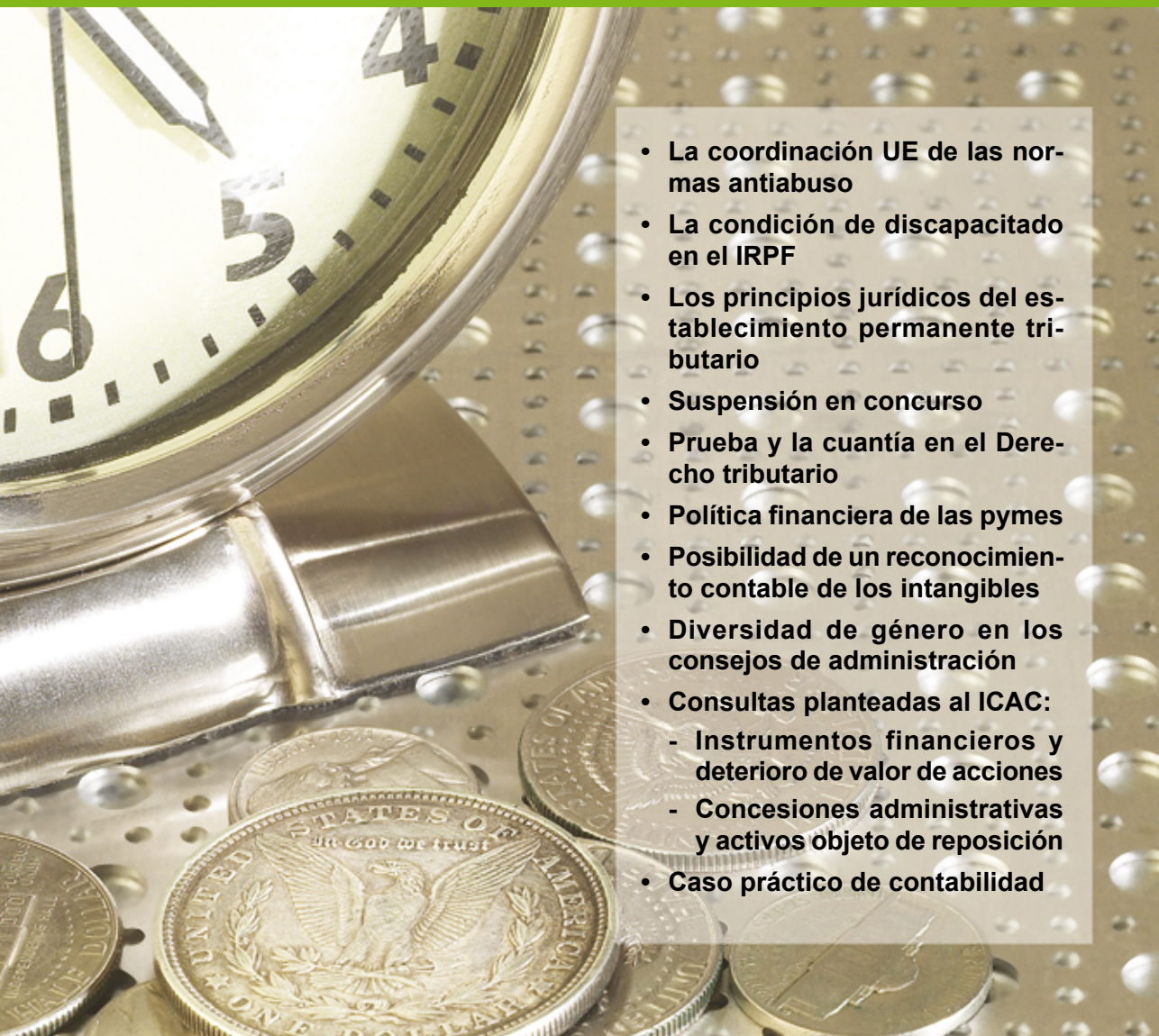
Contabilidad y Tributación

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9540

Revista mensual núm. 328

Julio 2010



- La coordinación UE de las normas antiabuso
- La condición de discapacitado en el IRPF
- Los principios jurídicos del establecimiento permanente tributario
- Suspensión en concurso
- Prueba y la cuantía en el Derecho tributario
- Política financiera de las pymes
- Posibilidad de un reconocimiento contable de los intangibles
- Diversidad de género en los consejos de administración
- Consultas planteadas al ICAC:
 - Instrumentos financieros y deterioro de valor de acciones
 - Concesiones administrativas y activos objeto de reposición
- Caso práctico de contabilidad

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

P.º Gral. Martínez Campos, 5
Gran de Gràcia, 171
Alboraya, 23
Ponzano, 15
www.cef.es

28010 MADRID
08012 BARCELONA
46010 VALENCIA
28010 MADRID
902 88 89 90

Tel. 914 444 920
Tel. 934 150 988
Tel. 963 614 199
Tel. 914 444 920
info@cef.es

JULIO 2010 – NÚMERO 328

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel

COORDINADORES

M.ª José Leza Angulo
Javier Romano Aparicio

CONSEJO ASESOR

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

Inocencio Carazo González
Socio Director de INESA & Abogados

José Luis Cea García
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. UAM

Lorenzo de las Heras Miguel
Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España

Maria Teresa del Val Núñez
Catedrática de Dirección de Empresas. Universidad de Alcalá

José Ramón González García
Ex Presidente del ICAC. Inspector de Hacienda del Estado (excedente)

José Antonio Gonzalo Angulo
Presidente del ICAC. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Herenia Gutiérrez Ponce
Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad. UAM

Lorenzo Lara Lara
Presidente del Colegio Central de Titulados Mercantiles y Empresariales

Alejandro Larriba Díaz Zorita
Vicerrector de la UDIMA. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Juan Carlos López-Hermoso Agius
Presidente de la Asociación Española de Asesores Fiscales

Luis Alberto Malvárez Pascual
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva

Ana Muñoz Merino
Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid. Catedrática de Derecho Tributario

Vicente Pérez Sánchez
Inspector de Hacienda del Estado y Profesor del CEF

J. Andrés Sánchez Pedroche
Rector de la UDIMA

Jesús Sanmartín Mariñas
Presidente del REAF

Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y Hacienda

Fernando Serrano Antón
Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de Madrid. Profesor Titular de Derecho Tributario

María Teresa Soler Roch
Presidenta del Consejo para la Defensa del Contribuyente. Catedrática de Derecho Tributario

Correo electrónico: revistacef@cef.es
Edición electrónica: www.ceflegal.com

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

- REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y SUSCRIPCIONES:

P.º Gral. Martínez Campos, 5 - 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Fax 915 938 861

Correo electrónico: info@cef.es

- EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

- IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.

C/ Destreza, 7

Polígono Industrial «Los Olivos»

28906 Getafe (Madrid)

- DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2010): 135,58 € (IVA no incluido)

Comprende dos volúmenes:

1.º Legislación, Consultas, Jurisprudencia (en papel).

2.º Comentarios y Casos prácticos (en papel e Internet).

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2010) 206,74 € (IVA no incluido)

(Comprende los dos volúmenes indicados anteriormente y la recopilación, al final de cada año, en Tomos independientes de los repertorios de Legislación y Jurisprudencia Tributaria).

- NÚMEROS SUELTOS (Completo):

– Suscriptores 15,39 € (IVA no incluido)

– No suscriptores 20,20 € (IVA no incluido)

En la página www.ceflegal.com encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Contabilidad y Tributación* desde el número 100. Aquellos artículos que se correspondan con su periodo de suscripción los podrá obtener de forma gratuita; los anteriores a su fecha de alta en el producto tendrán un descuento del 50%.

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

Derechos reservados, quedando prohibida la reproducción de los trabajos presentados por cualquier proceso mecánico, reprográfico o electrónico, sin la previa autorización escrita del editor.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

SUMARIO

Página

TRIBUTACIÓN

58/2010	La coordinación europea de las normas de transparencia fiscal internacional y de subcapitalización.	5
	<i>(José Manuel Calderón Carrero)</i>	
59/2010	La acreditación de la condición de discapacitado a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: cuestiones conflictivas.	17
	<i>(Juan Calvo Vérguez)</i>	
60/2010	Los principios jurídicos del establecimiento permanente tributario.	33
	<i>(Francisco Adolfo Gutiérrez de Gandarilla Grajales)</i>	
61/2010	Suspensión sin garantías en la vía judicial cuando el obligado tributario que recurre está en concurso.	55
	<i>(Nuria Puebla Agramunt)</i>	

CUESTIONES A DEBATE... (TRIBUTACIÓN)

62/2010	La prueba y la cuantía en el Derecho tributario.	75
	<i>(Gabinete Jurídico del CEF)</i>	

CONTABILIDAD

63/2010	La política financiera de las pymes. La influencia del incentivo fiscal de la reserva para inversiones.	91
	<i>(María Victoria Peres Monteverde)</i>	
64/2010	¿Es posible un reconocimiento contable de los intangibles?	125
	<i>(Yolanda Ramírez Córcoles)</i>	
65/2010	Evolución de la situación de las mujeres en los consejos de administración de las empresas cotizadas españolas.	147
	<i>(Joaquina Laffarga Briones, Pilar de Fuentes Ruiz y Nuria Reguera Alvarado)</i>	
66/2010	Consultas planteadas al ICAC.	173
	<i>(Ángel Montes Carrillo y Miguel Ángel Gálvez Linares)</i>	
67/2010	Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Intervención y Contabilidad de la Administración de la Seguridad Social (II).	187
	<i>(Javier González Sainza)</i>	

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	207
---	-----

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.

SUMARY

Página

TRIBUTACIÓN

58/2010	The european coordination of the controlled foreign companies and thin capitalization rules. (José Manuel Calderón Carrero)	5
59/2010	Accreditation of the status of disabled for purposes of the income tax of individuals: conflict issues. (Juan Calvo Vérguez)	17
60/2010	The legal principles of the permanent establishment. (Francisco Adolfo Gutiérrez de Gandarilla Grajales)	33
61/2010	Application for stay of execution without measures of guarantee when the tax applicant is in bankruptcy. (Nuria Puebla Agramunt)	55

CUESTIONES A DEBATE... (TRIBUTACIÓN)

62/2010	Evidence and amount in tax law. (Gabinete Jurídico del CEF)	75
----------------	---	----

CONTABILIDAD

63/2010	Financial policy of SMEs. The influence of the investment reserve tax incentive. (María Victoria Peres Monteverde)	91
64/2010	An accounting recognition of intangible assets, may it be possible? (Yolanda Ramírez Córcoles)	125
65/2010	Development of the situation of women in the board of directors of the spanish listed companies. (Joaquina Laffarga Briones, Pilar de Fuentes Ruiz y Nuria Reguera Alvarado)	147
66/2010	Questions formulated to ICAC. (Ángel Montes Carrillo y Miguel Ángel Gálvez Linares)	173
67/2010	Second exam of the selective examination for the admission to the Superior Body of Intervention and Accounting of the Social Security Administration (II). (Javier González Sainza)	187

BIBLIOGRAPHIC REVIEWS	207
------------------------------------	-----

LA COORDINACIÓN EUROPEA DE LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL Y DE SUBCAPITALIZACIÓN

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

Extracto:

A través de esta nota se da noticia de los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros de Finanzas de la Unión Europea, en su reunión de 8 de junio de 2010, sobre medidas que tratan de ordenar y coordinar a nivel europeo la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, así como frente a la competencia fiscal perniciosa. Tales acuerdos comprenden varias materias: medidas frente al fraude del IVA en operaciones transfronterizas, de impulso a los trabajos del Grupo del Código de Conducta frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea y respecto a Suiza y Liechtenstein, y de coordinación de principios en materia de cláusulas antiabuso de transparencia fiscal internacional y de subcapitalización.

Palabras clave: fraude fiscal, competencia fiscal perniciosa, cláusulas antiabuso, transparencia fiscal internacional y subcapitalización.

THE EUROPEAN COORDINATION OF THE CONTROLLED FOREIGN COMPANIES AND THIN CAPITALIZATION RULES

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

Abstract:

THROUGH this paper we try to expose the resolutions adopted by the Council of Finance Ministers from the EU, at its meeting of June 8, 2010, on measures that seek to combat fraud and tax evasion, as well as against harmful tax competition at European level. Such resolutions include measures against VAT fraud in cross-border transactions, the promotion of the work of the Group's code of conduct against harmful tax competition in the EU and with regard to third countries such as Switzerland and Liechtenstein, and the coordination of principles on anti-abuse clauses on controlled foreign companies and thin capitalization.

Keywords: tax fraud, harmful tax competition, antiabuse clauses, controlled foreign companies clause and thin capitalization rules.

Sumario

1. Introducción.
2. Acuerdos en materia de imposición indirecta: fraude en el IVA, cooperación transfronteriza, Red EuroFisc.
3. Acuerdos en materia de competencia fiscal perniciosa, Código de Conducta.
4. La resolución del ECOFIN sobre coordinación de cláusulas antiabuso de TFI y subcapitalización.
 - 4.1. Los principios sobre la aplicación de la cláusula de TFI.
 - 4.2. Los principios en materia de cláusulas de subcapitalización.
5. Una reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

A través de esta nota tratamos de dar noticia de los acuerdos alcanzados por el Consejo de Ministros de Finanzas de la Unión Europea (UE), en su reunión de 8 de junio de 2010, referidos a medidas que tratan de ordenar y coordinar a nivel europeo la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, así como frente a la competencia fiscal perniciosa ¹.

Básicamente, se trata de medidas frente al fraude del IVA en operaciones transfronterizas, de impulso a los trabajos del Grupo del Código de Conducta frente a la competencia fiscal perniciosa en la UE y respecto a Suiza y Liechtenstein, y de coordinación de principios en materia de cláusulas antiabuso de transparencia fiscal internacional (TFI) y de subcapitalización. Consideramos que lo más relevante sea esto último, donde el Consejo, a nuestro entender, ha adoptado una posición maximizadora de la aplicación de las referidas cláusulas, en línea con unos tiempos cuyo signo también trae consigo activismo administrativo y revigorización de la lucha contra el fraude fiscal internacional.

2. ACUERDOS EN MATERIA DE IMPOSICIÓN INDIRECTA: FRAUDE EN EL IVA, COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA, RED EUROFISC

El ECOFIN alcanzó un acuerdo político sobre la propuesta de reglamento IVA dirigido a permitir a los Estados miembros avanzar en su lucha contra el fraude fiscal en operaciones transfron-

¹ ECOFIN 10689/10, Presse 162.

terizas (fraude carrusel). La principal innovación consiste en la creación de EuroFisc, como red de autoridades fiscales nacionales establecida para detectar y combatir los casos de fraude transfronterizo de IVA, y un sistema de intercambio de información más adecuado (incluyendo el intercambio espontáneo).

3. ACUERDOS EN MATERIA DE COMPETENCIA FISCAL PERNICIOSA, CÓDIGO DE CONDUCTA

El ECOFIN llegó a las siguientes conclusiones:

- Se congratula de los esfuerzos obtenidos por el Grupo del Código de Conducta (imposición empresarial) durante la presidencia española.
- Solicita al grupo que continúe con su monitorización y control del desmantelamiento de las medidas consideradas perniciosas, así como proseguir con las tareas asignadas por el ECOFIN el 5 de diciembre de 2008 (*Work Package*).
- En aras de facilitar el trabajo del grupo sobre la promoción de la adopción de los principios del Código de Conducta en países terceros, se invita a la Comisión a iniciar un diálogo con Liechtenstein y Suiza sobre la aplicación de los principios y criterios del Código, e informar al Grupo del Código de Conducta antes de que termine el turno de presidencia belga.
- Se invita al Grupo del Código de Conducta a informar sobre sus trabajos al término del turno de presidencia belga.

A nuestro juicio, la mayor novedad en este punto reside en el enfoque «extra-comunitario» o «internacional» de la aplicación de los criterios del Código Conducta de Fiscalidad Empresarial, de forma que sean observados por países terceros como Liechtenstein y Suiza. Este enfoque coincide con la posición de la Comisión en su Comunicación sobre la *Promoción de la Buena Gobernanza en Materia Tributaria* [COM(2009)201 final ²], y es complementario a los intentos de la Comisión de extender la aplicación de la prohibición de ayudas de estado recogida en el Tratado de Lisboa más allá del ámbito de aplicación territorial del Derecho Comunitario. Así, en el caso de Suiza, la Comisión viene considerando que el Tratado de libre comercio de 1972 debe ser interpretado de forma simétrica a las disposiciones de ayudas de estado comunitarias a efectos de desmantelar determinados regímenes fiscales especiales como las *management, auxiliary y holding companies* ³. En el caso de Liechtenstein no puede perderse de vista que el Tratado que regula el Espacio Económico Europeo contiene disposiciones que prohíben las ayudas de estado.

² Sobre esta Comunicación, puede consultarse mi comentario en *Avance. Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Julio 2009, págs. 37-40.

³ Decisión de la Comisión de 13 de febrero de 2007. El Departamento Federal de Finanzas suizo ha hecho públicas varias notas contra-argumentando la posición de la Comisión (www.edf.admin.ch).

4. LA RESOLUCIÓN DEL ECOFIN SOBRE COORDINACIÓN DE CLÁUSULAS ANTIABUSO DE TFI Y SUBCAPITALIZACIÓN

El Consejo adoptó una resolución sobre la coordinación de las políticas fiscales de los Estados miembros sobre cláusulas antiabuso. Tal resolución del Consejo, de 8 de junio de 2010, sobre cláusulas antiabuso aparece adjunta al Acta del ECOFIN y ha sido publicada en el DOUE ⁴.

Su contenido se refiere únicamente a las cláusulas antiabuso especiales de TFI y subcapitalización. En concreto, el Consejo:

«Recomienda que los Estados miembros, cuando apliquen en la UE normas transfronterizas sobre transparencia fiscal internacional (SEC) o subcapitalización que no sean aplicables a situaciones nacionales similares, adopten los principios rectores siguientes: (...)»

Se trata de un acuerdo o compromiso de carácter político (con vocación de *soft-law*) por el que se recomienda a los Estados miembros que sigan los principios establecidos en la resolución cuando establezcan cláusulas de TFI y de subcapitalización que se apliquen en *situaciones* transfronterizas (no en las situaciones internas ⁵). Tal recomendación parece estar concebida fundamentalmente para operar en el ámbito normativo (guiar la articulación de normativas nacionales bajo principios uniformes), aunque no cabe descartar ciertos efectos en el terreno aplicativo-interpretativo (*read down approach*).

La resolución del ECOFIN sobre cláusulas antiabuso tiene como principal antecedente y punto de referencia la propia Comunicación de la Comisión sobre *Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa –dentro de la UE y en relación con terceros países–* ⁶, aunque a nuestro juicio el Consejo podría estar desviándose en ciertos aspectos del enfoque de la Comisión [más alineado con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)] adoptando una posición más estricta en aras de salvaguardar en mayor medida el «interés fiscal» de los Estados miembros. La otra gran referencia y fundamento de la resolución del Consejo es la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas anti-elusión fiscal, aunque a nuestro entender

⁴ DOUE C 156, 16.6.2010.

⁵ La referencia a la aplicación de los principios rectores recomendados a las cláusulas antiabuso de TFI y subcapitalización que no se proyecten sobre situaciones nacionales similares resulta muy llamativa. No está claro si lo que se pretende es que tales cláusulas no se proyecten frente a situaciones internas (posición de la Comisión –Comunicación (2008)785 final– y del A.G. Geelhoed en *Test Claimants in the Thin Cap*, respecto de subcapitalización, y que podría llevarse a precios de transferencia tras la STJUE *SGI*) o que se apliquen principios o criterios distintos cuando este tipo de cláusulas antiabuso (la de subcapitalización) u otras de corte similar se proyecten sobre operaciones nacionales (v. gr., operaciones que impliquen un endeudamiento excesivo). A mi juicio, posiblemente sea esta segunda finalidad la que podría perseguir el Consejo con esta indicación, lo cual plantea la cuestión de si resulta compatible con el Derecho Comunitario aplicar de forma distinta la normativa antiabuso dependiendo de si se está atacando una operación nacional o transfronteriza. Tal cuestión, posiblemente, no pueda responderse de la misma forma en todos los casos, en la medida en que el TJUE ha admitido la existencia de cláusulas antiabuso que sólo se proyecten sobre operaciones transfronterizas como las de precios de transferencia y TFI (SSTJUE *Cadbury Schweppes* y *SGI*). Ahora bien, allí donde una misma cláusula o principio antiabuso se proyectara sobre operaciones nacionales y transfronterizas, pero se aplicara de forma más amplia o gravosa sobre las transacciones comunitarias, se plantearían dudas sobre su compatibilidad comunitaria.

⁶ COM(2008)785 final.

la posición adoptada podría no coincidir plenamente con los principios resultantes de las sentencias del Tribunal de Justicia en esta materia.

La justificación de la resolución del ECOFIN parece residir en la conveniencia de que los Estados miembros regulen esta materia atendiendo a principios comunes que tengan en cuenta y logren un equilibrio entre el interés público en combatir el abuso y proteger las bases imponibles de los Estados miembros y la necesidad de evitar restricciones desproporcionadas sobre la actividad transfronteriza dentro de la UE. No obstante, se insiste en que la resolución no es más que un compromiso político, cuya ejecución depende de la voluntad de cada Estado miembro, y no afecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros ni a sus competencias, particularmente no requiriendo que los Estados que no hayan establecido este tipo de cláusulas antiabuso deban hacerlo.

4.1. Los principios sobre la aplicación de la cláusula de TFI

Para la aplicación de las disposiciones de TFI, el ECOFIN ha establecido una lista no exhaustiva de criterios indicativos de transferencia artificial de bases imponibles a la sociedad extranjera controlada (SEC). Es decir, el ECOFIN considera que la normativa de TFI puede aplicarse de forma compatible con el Derecho UE cuando se proyecte sobre montajes puramente abusivos o totalmente artificiales, de manera que puede presumirse la existencia de un montaje artificial cuando concurren determinadas «situaciones», siempre y cuando el contribuyente pueda probar en contrario, esto es, destruir la presunción de montaje artificial.

Así, el ECOFIN recomienda que

«A. Para la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional (SEC), se podrán utilizar indicadores que sugieran que los beneficios han podido desviarse artificialmente a una sociedad extranjera controlada, en particular los siguientes (lista no exhaustiva):

- a) Insuficiencia de razones económicas o comerciales válidas para la atribución de beneficios, lo que por tanto no refleja la realidad económica.
- b) La constitución no corresponde esencialmente a un establecimiento real que realice actividades económicas genuinas.
- c) No existe una correlación proporcionada entre las actividades aparentemente realizadas por la sociedad extranjera controlada y su existencia material, en términos de instalaciones, personal y equipos.
- d) La sociedad no residente está sobrecapitalizada, es decir, tiene mucho más capital que el necesario para llevar a cabo su actividad.
- e) El sujeto pasivo ha celebrado acuerdos que carecen de realidad económica, tienen una finalidad empresarial escasa o nula, o pueden ser contrarios a los intereses generales de la sociedad, o haberse celebrado incluso para eludir el pago de impuestos.»

La posición adoptada por el ECOFIN sobre los principios aplicables en materia de configuración de cláusulas de TFI suscita varias observaciones. Básicamente, el enfoque adoptado maximiza el interés fiscal de los Estados miembros dado que parece instrumentar una minimización de los principios establecidos por el TJUE en la materia (STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto *Cadbury Schweppes*, C-196/04, y Auto de 23 de abril de 2008, asunto *Test Claimants in the CFC*, C-201/05). En la misma línea consideramos que la posición del Consejo tampoco está plenamente alineada con la Comunicación de la Comisión de 2009 sobre cláusulas antiabuso a la que ya hicimos referencia. El TJUE considera que no existe montaje abusivo en casos de interposición o establecimiento de una entidad en un Estado miembro de baja tributación (o con régimen fiscal ventajoso) cuando la entidad posee un vínculo económico estable con el territorio de tal Estado (implantación real o efectiva *vs.* implantación formal: *letter-box/sham company*) y realiza actividades económicas genuinas contando con medios humanos y materiales adecuados. El hecho de que la principal motivación del establecimiento de la SEC sea un motivo fiscal, carece de relevancia en este contexto; dicho de otro modo, la presencia de un motivo fiscal no es suficiente para establecer la existencia de un abuso requiriéndose además que la SEC no realice una actividad económica en el territorio de tal Estado a través de medios humanos y materiales ⁷. Tampoco la localización de la SEC en un Estado miembro para disfrutar de un régimen privilegiado (menos tributación que en Estado origen) y la realización de operaciones vinculadas SEC-Matriz son criterios determinantes *per se* de abuso.

Sin embargo, el ECOFIN no parece asumir plenamente esta jurisprudencia cuando establece una serie de presunciones de abuso que, a nuestro juicio, no están claramente conectadas de los criterios establecidos por el Derecho Comunitario para la aplicación de la normativa de TFI, aunque ciertamente todo dependerá de cómo se interpreten. En este sentido, resulta dudoso que los criterios establecidos por el ECOFIN resulten compatibles con la jurisprudencia comunitaria, toda vez que algunos de ellos [*v. gr.*, a), ⁸ d), y e)] ⁹ poseen gran amplitud e indeterminación de manera que podrían ser aplicados al margen de los criterios elaborados por el TJUE: la prueba del establecimiento real y de la realización de una actividad económica por la SEC. Da la impresión de que el Consejo, en aras de recuperar terreno en la aplicación de la cláusula de TFI –posiblemente persiga «resucitar» la TFI en el contexto UE–, está integrando en la misma una norma antiabuso de máximos, incluyendo en sus presupuestos (criterios de abuso) situaciones que deben controlarse a través de otro tipo de dis-

⁷ Ni que decir tiene que la concurrencia de un motivo comercial o económico que fundamente la implantación de la SEC en otro Estado miembro excluye la existencia de abuso.

⁸ Este criterio es particularmente confuso. No parece que se refiera a casos de falta de sustancia económica, dado que tal criterio ya aparece en la letra c). Sin embargo, pensamos que la interpretación más correcta de este criterio, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, debería pasar por un examen de sustancia económica y de realización de actividades económicas que justifiquen la obtención de renta por parte de la SEC. La cuestión de la valoración de tal renta debe resolverse a partir de otras normas (*v. gr.* precios de transferencia), al igual que la cuestión de la atribución de la renta (*v. gr.* cláusulas de simulación, beneficiario efectivo, entre otras). El supuesto recogido en el apartado c) –falta de correlación entre las actividades aparentemente realizadas por la SEC y su existencia material–, es decir, los casos de falta de adecuación de los niveles de sustancia a la actividad económica pretendidamente realizada posiblemente sean los más complejos en la práctica, dado que no resulta claro cuál es el adecuado nivel de sustancia para realizar determinado tipo de actividades (siendo más evidente la falta de sustancia en determinados supuestos). Surgen dudas de si en casos donde hay un cierto nivel de sustancia económica pero puede no resultar «adecuada» a la actividad pretendidamente realizada, el enfoque correcto deriva de la aplicación de las cláusulas de TFI o de otro tipo de disposiciones (*v. gr.* precios de transferencia).

⁹ Este criterio también posee gran amplitud e indeterminación. Allí donde este criterio se emplee para determinar la realización de actividades económicas genuinas por parte de la SEC podrá resultar compatible con el Derecho Comunitario.

posiciones, muy en particular la normativa de precios de transferencia, las cláusulas generales antiabuso (fraude de ley/sustancia vs. forma/simulación) o normas sobre la correcta atribución de la renta (v. gr., beneficiario efectivo).

Una presunción de fraude en el contexto de TFI que emplee criterios que no revelan abuso en la concepción del TJUE e invierten la carga de la prueba sobre el contribuyente puede plantear dudas sobre su compatibilidad comunitaria ¹⁰, aunque todo dependerá de cómo se configure y aplique/interprete la cláusula ¹¹. Por el contrario, todo aquello referido con la prueba de la implantación real y la sustancia económica y su adecuación a las actividades, funciones y riesgos asumidos tiene todo el sentido y se ajusta plenamente a la jurisprudencia comunitaria, siempre que el contribuyente no soporte dificultades administrativas excesivas en materia probatoria y para rebatir la presunción ¹². Una normativa de TFI será compatible con el Derecho UE si permite una interpretación (*read down approach*) de sus «puertos seguros» (v. gr. test de los motivos o de sustancia económica) que limita su aplicación a montajes puramente artificiales: SEC que no poseen un vínculo económico estable con el territorio del Estado miembro de implantación ni realizan una actividad económica genuina en el mismo con adecuados niveles de sustancia.

4.2. Los principios en materia de cláusulas de subcapitalización

El ECOFIN establece en primer lugar que las cláusulas de subcapitalización deben respetar el principio de plena competencia, y la evaluación o análisis sobre su aplicación debe realizarse de forma casuística. La resolución indica igualmente que tales cláusulas sólo deben proyectarse sobre situaciones abusivas y no sobre toda forma de infracapitalización.

En concreto, el Consejo recomienda:

«B. Respecto de las normas sobre subcapitalización, que respetarán el principio de plena competencia, la evaluación se realizará caso por caso. Se podrán utilizar indicadores que sugieran una atribución artificial de beneficios, en particular los siguientes (lista no exhaustiva):

¹⁰ La mera inversión de la carga de la prueba en el contexto de TFI no plantea problemas al haber sido aceptada por el TJUE, siempre y cuando el contribuyente pueda rebatir la presunción sin soportar dificultades administrativas excesivas.

¹¹ En este sentido, se pronunció la *High Court* inglesa en el caso *Vodafone 2 vs. HMRC* (2008), EWHC 1569; (2008) STC 2391. Nótese que la *High Court* inglesa, en su Sentencia de 4 de julio de 2008, excluyó la aplicación de la normativa inglesa de CFC a la sociedad *holding* luxemburguesa del grupo Vodafone sobre la base de que el «test de los motivos», tal y como estaba configurado en la normativa británica, no podría construirse de forma compatible con el Derecho Comunitario y por tanto tal normativa debía quedar inaplicada. La *Court of Appeals* en su Sentencia de 22 de mayo de 2009, sin embargo, consideró que la normativa inglesa de CFC no era incompatible con el Derecho Comunitario en la medida en que podía ser interpretada de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y así salvar su compatibilidad comunitaria allí donde resultara de aplicación el Derecho Comunitario. En concreto, se declaró que cuando el contribuyente probara la implantación de la SEC en el Estado miembro de establecimiento y la realización de una actividad económica genuina en tal Estado, la cláusula de TFI debe quedar inaplicada.

¹² Nótese que en muchas ocasiones el TJUE ha establecido que la Directiva de asistencia mutua e intercambio de información tributaria opera como canon de proporcionalidad del deber de colaboración del contribuyente. *Vid.* CALDERÓN, «La Directiva 77/799/CEE de Asistencia mutua e Intercambio de información entre administraciones tributarias» en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, 2010.

- a) El coeficiente de endeudamiento es excesivo.
- b) El importe del interés neto pagado por la sociedad supera determinado umbral de beneficios antes de intereses e impuestos (EBIT), o bien del resultado bruto de explotación antes del pago de intereses, impuestos, depreciación y amortización (EBITDA).
- c) La comparación entre el porcentaje de patrimonio neto de la sociedad y la del grupo en todo el mundo parece demostrar que la deuda es excesiva.»

El ECOFIN, a través de esta lista de criterios indiciarios de endeudamiento excesivo, trata de confirmar la compatibilidad comunitaria de las principales cláusulas antisubcapitalización basadas ya en un test de endeudamiento a partir de coeficientes objetivos (modelo español), ya en un test de endeudamiento a partir de referencias a otros umbrales objetivos como el EBIT/EBITDA o el endeudamiento del grupo (modelo adoptado en los últimos años por Alemania y seguido, aunque con matices, por Italia y Dinamarca ¹³).

No obstante, no debe perderse de vista que para que una cláusula de subcapitalización sea acorde con el principio de plena competencia debe permitirse al contribuyente justificar su nivel de endeudamiento, probando que es de mercado en su sector o considerando sus circunstancias ¹⁴, lo cual plantea problemas evidentes en el caso de la normativa española como han confirmado nuestros tribunales.

A su vez, los principios recomendados por el ECOFIN (aunque reconoce el enfoque casuístico) no acaban de encajar plenamente con la propia jurisprudencia comunitaria en la materia (SSTJUE *Lankhorst, Test Claimants in the Thin Cap, Lammers & Van Cleeff*¹⁵), en la medida en

¹³ Alemania fue el primer Estado miembro UE que adoptó en el año 2007 este modelo objetivo estableciendo la denominada «barrera de deducibilidad de los intereses». Posteriormente, Italia (2008) y Dinamarca (2008) adoptaron medidas en el mismo sentido aunque con particularidades (SCHEUNEMAN, «New German tax rules for financing expenses», *Intertax*, vol. 35, 2007, págs. 518 y ss.; STRIEGEL en IFA, *New Tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*, Kluwer, 2008, págs. 313 y ss.; GALEANO/RHODE, «Italy sets the barrier to deduction of Financing costs at 30 per cent of EBITDA», *Intertax*, vol. 36, n.º 6/7, 2008, págs. 292 y ss.; WITTENDORF, «Denmark: Jensen presents Corporate Tax Proposals», *TNI*, October, 2008, pág. 196). Algunos autores también han interpretado esta tendencia a restringir la deducibilidad de los intereses como un mecanismo para contrarrestar el excesivo apalancamiento de las entidades financieras y las empresas por la vía de reducir o limitar el incentivo fiscal a la financiación ajena (WEINER, «Excessive Leverage in Europe», *TNI*, vol. 52, n.º 5, 2008, págs. 364-366). En todo caso, parece que la tendencia es a restringir sustantivamente la deducibilidad de los gastos generados por los pagos de intereses retornando hacia modelos impositivos más toscos –como el que articulaba nuestra Tarifa III de la Contribución de Utilidades de 1922 que excluía la deducibilidad de los intereses exigidos por las matrices extranjeras a filiales españolas– en relación con la aplicación del principio de capacidad económica (y una de sus derivaciones: el gravamen de la renta neta). Curiosamente, el tratamiento de los intereses, en último análisis, estaría evolucionando en el sentido de acercarse progresivamente al que resulta aplicable a los dividendos, cuando lo cierto es que tradicionalmente se ha considerado que la falta de neutralidad entre las formas de financiación de las sociedades resultaba contraproducente en particular debido a la doble imposición económica que soportaban los dividendos frente a los intereses (RUIZ GARCÍA, *La deducción por dividendos en el sistema tributario español*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 41 y ss.).

¹⁴ Vid. Informe OCDE, *Thin capitalization*, París, 1989, para. 79.

¹⁵ En torno a esta jurisprudencia y sus implicaciones vid. CALDERÓN/MARTÍN, «La regulación española de la subcapitalización» en *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (Dir. CARMONA FERNÁNDEZ), CISS, Valencia, 2009, y «La Jurisprudencia del TJUE en materia tributaria: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias

que el Tribunal de Justicia ha declarado que si bien el principio de plena competencia constituye un canon adecuado para establecer la presencia de una situación abusiva en esta materia, el contribuyente en todo caso debe tener la oportunidad de probar, sin soportar restricciones administrativas excesivas, no sólo que su endeudamiento es de mercado sino que concurren motivos comerciales válidos ¹⁶ que justifican su nivel de endeudamiento. Y de hecho así se han pronunciado tribunales ingleses en el caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation vs HMCR.*, aceptando los motivos comerciales subjetivos de los grupos empresariales que justificaban el nivel de endeudamiento de sus filiales ¹⁷. Por tanto, la cuestión de la compatibilidad comunitaria de este tipo de cláusulas que tratan de evitar el abuso a través de un endeudamiento excesivo dependerá de si están configuradas de manera que observen las condiciones de proporcionalidad que ha establecido el TJUE permitiendo que la cláusula quede inaplicada cuando el contribuyente pruebe (sin soportar dificultades administrativas excesivas) que su nivel de endeudamiento está justificado por un motivo comercial. De esta forma, los criterios elaborados por el Consejo pueden aplicarse presuntivamente, a expensas de lo que resulte de un test de motivos comerciales (y sin perjuicio de su compatibilidad con el *arm's length*).

Por último, el ECOFIN enfatiza el hecho de que la cooperación entre Administraciones tributarias posee una importancia clave para garantizar la efectividad de las medidas antiabuso, y por tanto, los Estados miembros deben cooperar entre sí a los efectos de detectar y combatir los montajes abusivos. En suma, una llamada a la aplicación efectiva de los mecanismos comunitarios de asistencia mutua entre Administraciones tributarias.

5. UNA REFLEXIÓN FINAL

Como ya indicamos al principio, los acuerdos adoptados por el ECOFIN en su reunión de 8 de junio de 2010 reflejan un contexto donde la lucha contra el fraude fiscal constituye un elemento relevante de las políticas fiscales de los Estados de cara a reducir los actuales niveles de déficit público y trascender hacia mayores niveles de justicia en la aplicación del sistema tributario. Posiblemente, uno de los aspectos más relevantes de esta reunión del ECOFIN, desde un prisma tributario, sea la resolución sobre principios en materia de cláusulas de TFI y subcapitalización. Ciertamente, esta resolución/recomendación del ECOFIN puede provocar que algunos Estados miembros pongan en

sobre la legislación nacional en materia de imposición directa» en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea* (Dir. CARMONA FERNÁNDEZ), CISS, Valencia, 2010.

¹⁶ Existe un cierto debate, no obstante, sobre si son admisibles tanto los motivos comerciales objetivos como los subjetivos. Vid. MARTÍN JIMÉNEZ 2010, «Operaciones vinculadas y Derecho Comunitario: ¿Es necesaria una reforma del artículo 16 TRLIS?», en *Fiscalidad de los Precios de Transferencia*, (Dir. T. CORDÓN), EF, Madrid, 2010; BOONE/CASLEY/VAN DE GUCHT/CHATAR, «SGI Case: The Impact of the Decision of the ECJ from a European Perspective», *International Transfer Pricing Journal*, May/June, 2010. Nótese que la apreciación de la presencia de tales motivos comerciales le corresponderá normalmente a los tribunales nacionales, tal y como ha indicado el TJUE. Ahora bien, cabe apuntar que en breve plazo el TJUE se pronunciará sobre el concepto de motivos comerciales a los efectos de la Directiva de Fusiones, al haber sido planteada una cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo de Portugal con tal objeto (Caso *Foggia*, presentado el 10 de marzo de 2010).

¹⁷ Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Case No: HC03C04130, 2009 EWHC 2908 (Ch).

marcha una reforma de tales cláusulas a efectos de alinearlas con estos principios, lo cual maximizaría su impacto y afectaría a determinados esquemas de planificación fiscal internacional. En el caso español, lógicamente no cabe descartar (es más parece lógico) un reestablecimiento de la normativa de subcapitalización para operaciones con entidades comunitarias, ni tampoco una reconfiguración de las condiciones de aplicación de la normativa de transparencia fiscal internacional (IRPF e IS) a las SEC comunitarias. Con todo, a nuestro juicio, el margen de maniobra del legislador español resulta claramente más amplio en el primer caso que en el segundo, considerando la jurisprudencia comunitaria en la materia.

LA COORDINACIÓN EUROPEA DE LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL Y DE SUBCAPITALIZACIÓN

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

Extracto:

A través de esta nota se da noticia de los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros de Finanzas de la Unión Europea, en su reunión de 8 de junio de 2010, sobre medidas que tratan de ordenar y coordinar a nivel europeo la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, así como frente a la competencia fiscal perniciosa. Tales acuerdos comprenden varias materias: medidas frente al fraude del IVA en operaciones transfronterizas, de impulso a los trabajos del Grupo del Código de Conducta frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea y respecto a Suiza y Liechtenstein, y de coordinación de principios en materia de cláusulas antiabuso de transparencia fiscal internacional y de subcapitalización.

Palabras clave: fraude fiscal, competencia fiscal perniciosa, cláusulas antiabuso, transparencia fiscal internacional y subcapitalización.

THE EUROPEAN COORDINATION OF THE CONTROLLED FOREIGN COMPANIES AND THIN CAPITALIZATION RULES

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

Abstract:

THROUGH this paper we try to expose the resolutions adopted by the Council of Finance Ministers from the EU, at its meeting of June 8, 2010, on measures that seek to combat fraud and tax evasion, as well as against harmful tax competition at European level. Such resolutions include measures against VAT fraud in cross-border transactions, the promotion of the work of the Group's code of conduct against harmful tax competition in the EU and with regard to third countries such as Switzerland and Liechtenstein, and the coordination of principles on anti-abuse clauses on controlled foreign companies and thin capitalization.

Keywords: tax fraud, harmful tax competition, antiabuse clauses, controlled foreign companies clause and thin capitalization rules.

Sumario

1. Introducción.
2. Acuerdos en materia de imposición indirecta: fraude en el IVA, cooperación transfronteriza, Red EuroFisc.
3. Acuerdos en materia de competencia fiscal perniciosa, Código de Conducta.
4. La resolución del ECOFIN sobre coordinación de cláusulas antiabuso de TFI y subcapitalización.
 - 4.1. Los principios sobre la aplicación de la cláusula de TFI.
 - 4.2. Los principios en materia de cláusulas de subcapitalización.
5. Una reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

A través de esta nota tratamos de dar noticia de los acuerdos alcanzados por el Consejo de Ministros de Finanzas de la Unión Europea (UE), en su reunión de 8 de junio de 2010, referidos a medidas que tratan de ordenar y coordinar a nivel europeo la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, así como frente a la competencia fiscal perniciosa ¹.

Básicamente, se trata de medidas frente al fraude del IVA en operaciones transfronterizas, de impulso a los trabajos del Grupo del Código de Conducta frente a la competencia fiscal perniciosa en la UE y respecto a Suiza y Liechtenstein, y de coordinación de principios en materia de cláusulas antiabuso de transparencia fiscal internacional (TFI) y de subcapitalización. Consideramos que lo más relevante sea esto último, donde el Consejo, a nuestro entender, ha adoptado una posición maximizadora de la aplicación de las referidas cláusulas, en línea con unos tiempos cuyo signo también trae consigo activismo administrativo y revigorización de la lucha contra el fraude fiscal internacional.

2. ACUERDOS EN MATERIA DE IMPOSICIÓN INDIRECTA: FRAUDE EN EL IVA, COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA, RED EUROFISC

El ECOFIN alcanzó un acuerdo político sobre la propuesta de reglamento IVA dirigido a permitir a los Estados miembros avanzar en su lucha contra el fraude fiscal en operaciones transfron-

¹ ECOFIN 10689/10, Presse 162.

terizas (fraude carrusel). La principal innovación consiste en la creación de EuroFisc, como red de autoridades fiscales nacionales establecida para detectar y combatir los casos de fraude transfronterizo de IVA, y un sistema de intercambio de información más adecuado (incluyendo el intercambio espontáneo).

3. ACUERDOS EN MATERIA DE COMPETENCIA FISCAL PERNICIOSA, CÓDIGO DE CONDUCTA

El ECOFIN llegó a las siguientes conclusiones:

- Se congratula de los esfuerzos obtenidos por el Grupo del Código de Conducta (imposición empresarial) durante la presidencia española.
- Solicita al grupo que continúe con su monitorización y control del desmantelamiento de las medidas consideradas perniciosas, así como proseguir con las tareas asignadas por el ECOFIN el 5 de diciembre de 2008 (*Work Package*).
- En aras de facilitar el trabajo del grupo sobre la promoción de la adopción de los principios del Código de Conducta en países terceros, se invita a la Comisión a iniciar un diálogo con Liechtenstein y Suiza sobre la aplicación de los principios y criterios del Código, e informar al Grupo del Código de Conducta antes de que termine el turno de presidencia belga.
- Se invita al Grupo del Código de Conducta a informar sobre sus trabajos al término del turno de presidencia belga.

A nuestro juicio, la mayor novedad en este punto reside en el enfoque «extra-comunitario» o «internacional» de la aplicación de los criterios del Código Conducta de Fiscalidad Empresarial, de forma que sean observados por países terceros como Liechtenstein y Suiza. Este enfoque coincide con la posición de la Comisión en su Comunicación sobre la *Promoción de la Buena Gobernanza en Materia Tributaria* [COM(2009)201 final ²], y es complementario a los intentos de la Comisión de extender la aplicación de la prohibición de ayudas de estado recogida en el Tratado de Lisboa más allá del ámbito de aplicación territorial del Derecho Comunitario. Así, en el caso de Suiza, la Comisión viene considerando que el Tratado de libre comercio de 1972 debe ser interpretado de forma simétrica a las disposiciones de ayudas de estado comunitarias a efectos de desmantelar determinados regímenes fiscales especiales como las *management, auxiliary y holding companies* ³. En el caso de Liechtenstein no puede perderse de vista que el Tratado que regula el Espacio Económico Europeo contiene disposiciones que prohíben las ayudas de estado.

² Sobre esta Comunicación, puede consultarse mi comentario en *Avance. Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Julio 2009, págs. 37-40.

³ Decisión de la Comisión de 13 de febrero de 2007. El Departamento Federal de Finanzas suizo ha hecho públicas varias notas contra-argumentando la posición de la Comisión (www.edf.admin.ch).

4. LA RESOLUCIÓN DEL ECOFIN SOBRE COORDINACIÓN DE CLÁUSULAS ANTIABUSO DE TFI Y SUBCAPITALIZACIÓN

El Consejo adoptó una resolución sobre la coordinación de las políticas fiscales de los Estados miembros sobre cláusulas antiabuso. Tal resolución del Consejo, de 8 de junio de 2010, sobre cláusulas antiabuso aparece adjunta al Acta del ECOFIN y ha sido publicada en el DOUE ⁴.

Su contenido se refiere únicamente a las cláusulas antiabuso especiales de TFI y subcapitalización. En concreto, el Consejo:

«Recomienda que los Estados miembros, cuando apliquen en la UE normas transfronterizas sobre transparencia fiscal internacional (SEC) o subcapitalización que no sean aplicables a situaciones nacionales similares, adopten los principios rectores siguientes: (...)»

Se trata de un acuerdo o compromiso de carácter político (con vocación de *soft-law*) por el que se recomienda a los Estados miembros que sigan los principios establecidos en la resolución cuando establezcan cláusulas de TFI y de subcapitalización que se apliquen en *situaciones* transfronterizas (no en las situaciones internas ⁵). Tal recomendación parece estar concebida fundamentalmente para operar en el ámbito normativo (guiar la articulación de normativas nacionales bajo principios uniformes), aunque no cabe descartar ciertos efectos en el terreno aplicativo-interpretativo (*read down approach*).

La resolución del ECOFIN sobre cláusulas antiabuso tiene como principal antecedente y punto de referencia la propia Comunicación de la Comisión sobre *Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa –dentro de la UE y en relación con terceros países–* ⁶, aunque a nuestro juicio el Consejo podría estar desviándose en ciertos aspectos del enfoque de la Comisión [más alineado con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)] adoptando una posición más estricta en aras de salvaguardar en mayor medida el «interés fiscal» de los Estados miembros. La otra gran referencia y fundamento de la resolución del Consejo es la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas anti-elusión fiscal, aunque a nuestro entender

⁴ DOUE C 156, 16.6.2010.

⁵ La referencia a la aplicación de los principios rectores recomendados a las cláusulas antiabuso de TFI y subcapitalización que no se proyecten sobre situaciones nacionales similares resulta muy llamativa. No está claro si lo que se pretende es que tales cláusulas no se proyecten frente a situaciones internas (posición de la Comisión –Comunicación (2008)785 final– y del A.G. Geelhoed en *Test Claimants in the Thin Cap*, respecto de subcapitalización, y que podría llevarse a precios de transferencia tras la STJUE *SGI*) o que se apliquen principios o criterios distintos cuando este tipo de cláusulas antiabuso (la de subcapitalización) u otras de corte similar se proyecten sobre operaciones nacionales (v. gr., operaciones que impliquen un endeudamiento excesivo). A mi juicio, posiblemente sea esta segunda finalidad la que podría perseguir el Consejo con esta indicación, lo cual plantea la cuestión de si resulta compatible con el Derecho Comunitario aplicar de forma distinta la normativa antiabuso dependiendo de si se está atacando una operación nacional o transfronteriza. Tal cuestión, posiblemente, no pueda responderse de la misma forma en todos los casos, en la medida en que el TJUE ha admitido la existencia de cláusulas antiabuso que sólo se proyecten sobre operaciones transfronterizas como las de precios de transferencia y TFI (SSTJUE *Cadbury Schweppes* y *SGI*). Ahora bien, allí donde una misma cláusula o principio antiabuso se proyectara sobre operaciones nacionales y transfronterizas, pero se aplicara de forma más amplia o gravosa sobre las transacciones comunitarias, se plantearían dudas sobre su compatibilidad comunitaria.

⁶ COM(2008)785 final.

la posición adoptada podría no coincidir plenamente con los principios resultantes de las sentencias del Tribunal de Justicia en esta materia.

La justificación de la resolución del ECOFIN parece residir en la conveniencia de que los Estados miembros regulen esta materia atendiendo a principios comunes que tengan en cuenta y logren un equilibrio entre el interés público en combatir el abuso y proteger las bases imponibles de los Estados miembros y la necesidad de evitar restricciones desproporcionadas sobre la actividad transfronteriza dentro de la UE. No obstante, se insiste en que la resolución no es más que un compromiso político, cuya ejecución depende de la voluntad de cada Estado miembro, y no afecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros ni a sus competencias, particularmente no requiriendo que los Estados que no hayan establecido este tipo de cláusulas antiabuso deban hacerlo.

4.1. Los principios sobre la aplicación de la cláusula de TFI

Para la aplicación de las disposiciones de TFI, el ECOFIN ha establecido una lista no exhaustiva de criterios indicativos de transferencia artificial de bases imponibles a la sociedad extranjera controlada (SEC). Es decir, el ECOFIN considera que la normativa de TFI puede aplicarse de forma compatible con el Derecho UE cuando se proyecte sobre montajes puramente abusivos o totalmente artificiales, de manera que puede presumirse la existencia de un montaje artificial cuando concurren determinadas «situaciones», siempre y cuando el contribuyente pueda probar en contrario, esto es, destruir la presunción de montaje artificial.

Así, el ECOFIN recomienda que

«A. Para la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional (SEC), se podrán utilizar indicadores que sugieran que los beneficios han podido desviarse artificialmente a una sociedad extranjera controlada, en particular los siguientes (lista no exhaustiva):

- a) Insuficiencia de razones económicas o comerciales válidas para la atribución de beneficios, lo que por tanto no refleja la realidad económica.
- b) La constitución no corresponde esencialmente a un establecimiento real que realice actividades económicas genuinas.
- c) No existe una correlación proporcionada entre las actividades aparentemente realizadas por la sociedad extranjera controlada y su existencia material, en términos de instalaciones, personal y equipos.
- d) La sociedad no residente está sobrecapitalizada, es decir, tiene mucho más capital que el necesario para llevar a cabo su actividad.
- e) El sujeto pasivo ha celebrado acuerdos que carecen de realidad económica, tienen una finalidad empresarial escasa o nula, o pueden ser contrarios a los intereses generales de la sociedad, o haberse celebrado incluso para eludir el pago de impuestos.»

La posición adoptada por el ECOFIN sobre los principios aplicables en materia de configuración de cláusulas de TFI suscita varias observaciones. Básicamente, el enfoque adoptado maximiza el interés fiscal de los Estados miembros dado que parece instrumentar una minimización de los principios establecidos por el TJUE en la materia (STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto *Cadbury Schweppes*, C-196/04, y Auto de 23 de abril de 2008, asunto *Test Claimants in the CFC*, C-201/05). En la misma línea consideramos que la posición del Consejo tampoco está plenamente alineada con la Comunicación de la Comisión de 2009 sobre cláusulas antiabuso a la que ya hicimos referencia. El TJUE considera que no existe montaje abusivo en casos de interposición o establecimiento de una entidad en un Estado miembro de baja tributación (o con régimen fiscal ventajoso) cuando la entidad posee un vínculo económico estable con el territorio de tal Estado (implantación real o efectiva vs. implantación formal: *letter-box/sham company*) y realiza actividades económicas genuinas contando con medios humanos y materiales adecuados. El hecho de que la principal motivación del establecimiento de la SEC sea un motivo fiscal, carece de relevancia en este contexto; dicho de otro modo, la presencia de un motivo fiscal no es suficiente para establecer la existencia de un abuso requiriéndose además que la SEC no realice una actividad económica en el territorio de tal Estado a través de medios humanos y materiales ⁷. Tampoco la localización de la SEC en un Estado miembro para disfrutar de un régimen privilegiado (menos tributación que en Estado origen) y la realización de operaciones vinculadas SEC-Matriz son criterios determinantes per se de abuso.

Sin embargo, el ECOFIN no parece asumir plenamente esta jurisprudencia cuando establece una serie de presunciones de abuso que, a nuestro juicio, no están claramente conectadas de los criterios establecidos por el Derecho Comunitario para la aplicación de la normativa de TFI, aunque ciertamente todo dependerá de cómo se interpreten. En este sentido, resulta dudoso que los criterios establecidos por el ECOFIN resulten compatibles con la jurisprudencia comunitaria, toda vez que algunos de ellos [v. gr., a), ⁸ d), y e)] ⁹ poseen gran amplitud e indeterminación de manera que podrían ser aplicados al margen de los criterios elaborados por el TJUE: la prueba del establecimiento real y de la realización de una actividad económica por la SEC. Da la impresión de que el Consejo, en aras de recuperar terreno en la aplicación de la cláusula de TFI –posiblemente persiga «resucitar» la TFI en el contexto UE–, está integrando en la misma una norma antiabuso de máximos, incluyendo en sus presupuestos (criterios de abuso) situaciones que deben controlarse a través de otro tipo de dis-

⁷ Ni que decir tiene que la concurrencia de un motivo comercial o económico que fundamente la implantación de la SEC en otro Estado miembro excluye la existencia de abuso.

⁸ Este criterio es particularmente confuso. No parece que se refiera a casos de falta de sustancia económica, dado que tal criterio ya aparece en la letra c). Sin embargo, pensamos que la interpretación más correcta de este criterio, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, debería pasar por un examen de sustancia económica y de realización de actividades económicas que justifiquen la obtención de renta por parte de la SEC. La cuestión de la valoración de tal renta debe resolverse a partir de otras normas (v. gr. precios de transferencia), al igual que la cuestión de la atribución de la renta (v. gr. cláusulas de simulación, beneficiario efectivo, entre otras). El supuesto recogido en el apartado c) –falta de correlación entre las actividades aparentemente realizadas por la SEC y su existencia material–, es decir, los casos de falta de adecuación de los niveles de sustancia a la actividad económica pretendidamente realizada posiblemente sean los más complejos en la práctica, dado que no resulta claro cuál es el adecuado nivel de sustancia para realizar determinado tipo de actividades (siendo más evidente la falta de sustancia en determinados supuestos). Surgen dudas de si en casos donde hay un cierto nivel de sustancia económica pero puede no resultar «adecuada» a la actividad pretendidamente realizada, el enfoque correcto deriva de la aplicación de las cláusulas de TFI o de otro tipo de disposiciones (v. gr. precios de transferencia).

⁹ Este criterio también posee gran amplitud e indeterminación. Allí donde este criterio se emplee para determinar la realización de actividades económicas genuinas por parte de la SEC podrá resultar compatible con el Derecho Comunitario.

posiciones, muy en particular la normativa de precios de transferencia, las cláusulas generales antiabuso (fraude de ley/sustancia vs. forma/simulación) o normas sobre la correcta atribución de la renta (v. gr., beneficiario efectivo).

Una presunción de fraude en el contexto de TFI que emplee criterios que no revelan abuso en la concepción del TJUE e invierten la carga de la prueba sobre el contribuyente puede plantear dudas sobre su compatibilidad comunitaria ¹⁰, aunque todo dependerá de cómo se configure y aplique/interprete la cláusula ¹¹. Por el contrario, todo aquello referido con la prueba de la implantación real y la sustancia económica y su adecuación a las actividades, funciones y riesgos asumidos tiene todo el sentido y se ajusta plenamente a la jurisprudencia comunitaria, siempre que el contribuyente no soporte dificultades administrativas excesivas en materia probatoria y para rebatir la presunción ¹². Una normativa de TFI será compatible con el Derecho UE si permite una interpretación (*read down approach*) de sus «puertos seguros» (v. gr. test de los motivos o de sustancia económica) que limita su aplicación a montajes puramente artificiales: SEC que no poseen un vínculo económico estable con el territorio del Estado miembro de implantación ni realizan una actividad económica genuina en el mismo con adecuados niveles de sustancia.

4.2. Los principios en materia de cláusulas de subcapitalización

El ECOFIN establece en primer lugar que las cláusulas de subcapitalización deben respetar el principio de plena competencia, y la evaluación o análisis sobre su aplicación debe realizarse de forma casuística. La resolución indica igualmente que tales cláusulas sólo deben proyectarse sobre situaciones abusivas y no sobre toda forma de infracapitalización.

En concreto, el Consejo recomienda:

«B. Respecto de las normas sobre subcapitalización, que respetarán el principio de plena competencia, la evaluación se realizará caso por caso. Se podrán utilizar indicadores que sugieran una atribución artificial de beneficios, en particular los siguientes (lista no exhaustiva):

¹⁰ La mera inversión de la carga de la prueba en el contexto de TFI no plantea problemas al haber sido aceptada por el TJUE, siempre y cuando el contribuyente pueda rebatir la presunción sin soportar dificultades administrativas excesivas.

¹¹ En este sentido, se pronunció la *High Court* inglesa en el caso *Vodafone 2 vs. HMRC* (2008), EWHC 1569; (2008) STC 2391. Nótese que la *High Court* inglesa, en su Sentencia de 4 de julio de 2008, excluyó la aplicación de la normativa inglesa de CFC a la sociedad *holding* luxemburguesa del grupo Vodafone sobre la base de que el «test de los motivos», tal y como estaba configurado en la normativa británica, no podría construirse de forma compatible con el Derecho Comunitario y por tanto tal normativa debía quedar inaplicada. La *Court of Appeals* en su Sentencia de 22 de mayo de 2009, sin embargo, consideró que la normativa inglesa de CFC no era incompatible con el Derecho Comunitario en la medida en que podía ser interpretada de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y así salvar su compatibilidad comunitaria allí donde resultara de aplicación el Derecho Comunitario. En concreto, se declaró que cuando el contribuyente probara la implantación de la SEC en el Estado miembro de establecimiento y la realización de una actividad económica genuina en tal Estado, la cláusula de TFI debe quedar inaplicada.

¹² Nótese que en muchas ocasiones el TJUE ha establecido que la Directiva de asistencia mutua e intercambio de información tributaria opera como canon de proporcionalidad del deber de colaboración del contribuyente. *Vid.* CALDERÓN, «La Directiva 77/799/CEE de Asistencia mutua e Intercambio de información entre administraciones tributarias» en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, 2010.

- a) El coeficiente de endeudamiento es excesivo.
- b) El importe del interés neto pagado por la sociedad supera determinado umbral de beneficios antes de intereses e impuestos (EBIT), o bien del resultado bruto de explotación antes del pago de intereses, impuestos, depreciación y amortización (EBITDA).
- c) La comparación entre el porcentaje de patrimonio neto de la sociedad y la del grupo en todo el mundo parece demostrar que la deuda es excesiva.»

El ECOFIN, a través de esta lista de criterios indiciarios de endeudamiento excesivo, trata de confirmar la compatibilidad comunitaria de las principales cláusulas antisubcapitalización basadas ya en un test de endeudamiento a partir de coeficientes objetivos (modelo español), ya en un test de endeudamiento a partir de referencias a otros umbrales objetivos como el EBIT/EBITDA o el endeudamiento del grupo (modelo adoptado en los últimos años por Alemania y seguido, aunque con matices, por Italia y Dinamarca ¹³).

No obstante, no debe perderse de vista que para que una cláusula de subcapitalización sea acorde con el principio de plena competencia debe permitirse al contribuyente justificar su nivel de endeudamiento, probando que es de mercado en su sector o considerando sus circunstancias ¹⁴, lo cual plantea problemas evidentes en el caso de la normativa española como han confirmado nuestros tribunales.

A su vez, los principios recomendados por el ECOFIN (aunque reconoce el enfoque casuístico) no acaban de encajar plenamente con la propia jurisprudencia comunitaria en la materia (SSTJUE *Lankhorst, Test Claimants in the Thin Cap, Lammers & Van Cleeff*¹⁵), en la medida en

¹³ Alemania fue el primer Estado miembro UE que adoptó en el año 2007 este modelo objetivo estableciendo la denominada «barrera de deducibilidad de los intereses». Posteriormente, Italia (2008) y Dinamarca (2008) adoptaron medidas en el mismo sentido aunque con particularidades (SCHEUNEMAN, «New German tax rules for financing expenses», *Intertax*, vol. 35, 2007, págs. 518 y ss.; STRIEGEL en IFA, *New Tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*, Kluwer, 2008, págs. 313 y ss.; GALEANO/RHODE, «Italy sets the barrier to deduction of Financing costs at 30 per cent of EBITDA», *Intertax*, vol. 36, n.º 6/7, 2008, págs. 292 y ss.; WITTENDORF, «Denmark: Jensen presents Corporate Tax Proposals», *TNI*, October, 2008, pág. 196). Algunos autores también han interpretado esta tendencia a restringir la deducibilidad de los intereses como un mecanismo para contrarrestar el excesivo apalancamiento de las entidades financieras y las empresas por la vía de reducir o limitar el incentivo fiscal a la financiación ajena (WEINER, «Excessive Leverage in Europe», *TNI*, vol. 52, n.º 5, 2008, págs. 364-366). En todo caso, parece que la tendencia es a restringir sustantivamente la deducibilidad de los gastos generados por los pagos de intereses retornando hacia modelos impositivos más toscos –como el que articulaba nuestra Tarifa III de la Contribución de Utilidades de 1922 que excluía la deducibilidad de los intereses exigidos por las matrices extranjeras a filiales españolas– en relación con la aplicación del principio de capacidad económica (y una de sus derivaciones: el gravamen de la renta neta). Curiosamente, el tratamiento de los intereses, en último análisis, estaría evolucionando en el sentido de acercarse progresivamente al que resulta aplicable a los dividendos, cuando lo cierto es que tradicionalmente se ha considerado que la falta de neutralidad entre las formas de financiación de las sociedades resultaba contraproducente en particular debido a la doble imposición económica que soportaban los dividendos frente a los intereses (RUIZ GARCÍA, *La deducción por dividendos en el sistema tributario español*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 41 y ss.).

¹⁴ Vid. Informe OCDE, *Thin capitalization*, París, 1989, para. 79.

¹⁵ En torno a esta jurisprudencia y sus implicaciones vid. CALDERÓN/MARTÍN, «La regulación española de la subcapitalización» en *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (Dir. CARMONA FERNÁNDEZ), CISS, Valencia, 2009, y «La Jurisprudencia del TJUE en materia tributaria: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias

que el Tribunal de Justicia ha declarado que si bien el principio de plena competencia constituye un canon adecuado para establecer la presencia de una situación abusiva en esta materia, el contribuyente en todo caso debe tener la oportunidad de probar, sin soportar restricciones administrativas excesivas, no sólo que su endeudamiento es de mercado sino que concurren motivos comerciales válidos ¹⁶ que justifican su nivel de endeudamiento. Y de hecho así se han pronunciado tribunales ingleses en el caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation vs HMCR.*, aceptando los motivos comerciales subjetivos de los grupos empresariales que justificaban el nivel de endeudamiento de sus filiales ¹⁷. Por tanto, la cuestión de la compatibilidad comunitaria de este tipo de cláusulas que tratan de evitar el abuso a través de un endeudamiento excesivo dependerá de si están configuradas de manera que observen las condiciones de proporcionalidad que ha establecido el TJUE permitiendo que la cláusula quede inaplicada cuando el contribuyente pruebe (sin soportar dificultades administrativas excesivas) que su nivel de endeudamiento está justificado por un motivo comercial. De esta forma, los criterios elaborados por el Consejo pueden aplicarse presuntivamente, a expensas de lo que resulte de un test de motivos comerciales (y sin perjuicio de su compatibilidad con el *arm's length*).

Por último, el ECOFIN enfatiza el hecho de que la cooperación entre Administraciones tributarias posee una importancia clave para garantizar la efectividad de las medidas antiabuso, y por tanto, los Estados miembros deben cooperar entre sí a los efectos de detectar y combatir los montajes abusivos. En suma, una llamada a la aplicación efectiva de los mecanismos comunitarios de asistencia mutua entre Administraciones tributarias.

5. UNA REFLEXIÓN FINAL

Como ya indicamos al principio, los acuerdos adoptados por el ECOFIN en su reunión de 8 de junio de 2010 reflejan un contexto donde la lucha contra el fraude fiscal constituye un elemento relevante de las políticas fiscales de los Estados de cara a reducir los actuales niveles de déficit público y trascender hacia mayores niveles de justicia en la aplicación del sistema tributario. Posiblemente, uno de los aspectos más relevantes de esta reunión del ECOFIN, desde un prisma tributario, sea la resolución sobre principios en materia de cláusulas de TFI y subcapitalización. Ciertamente, esta resolución/recomendación del ECOFIN puede provocar que algunos Estados miembros pongan en

sobre la legislación nacional en materia de imposición directa» en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea* (Dir. CARMONA FERNÁNDEZ), CISS, Valencia, 2010.

¹⁶ Existe un cierto debate, no obstante, sobre si son admisibles tanto los motivos comerciales objetivos como los subjetivos. Vid. MARTÍN JIMÉNEZ 2010, «Operaciones vinculadas y Derecho Comunitario: ¿Es necesaria una reforma del artículo 16 TRLIS?», en *Fiscalidad de los Precios de Transferencia*, (Dir. T. CORDÓN), EF, Madrid, 2010; BOONE/CASLEY/VAN DE GUCHT/CHATAR, «SGI Case: The Impact of the Decision of the ECJ from a European Perspective», *International Transfer Pricing Journal*, May/June, 2010. Nótese que la apreciación de la presencia de tales motivos comerciales le corresponderá normalmente a los tribunales nacionales, tal y como ha indicado el TJUE. Ahora bien, cabe apuntar que en breve plazo el TJUE se pronunciará sobre el concepto de motivos comerciales a los efectos de la Directiva de Fusiones, al haber sido planteada una cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo de Portugal con tal objeto (Caso *Foggia*, presentado el 10 de marzo de 2010).

¹⁷ Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Case No: HC03C04130, 2009 EWHC 2908 (Ch).

marcha una reforma de tales cláusulas a efectos de alinearlas con estos principios, lo cual maximizaría su impacto y afectaría a determinados esquemas de planificación fiscal internacional. En el caso español, lógicamente no cabe descartar (es más parece lógico) un reestablecimiento de la normativa de subcapitalización para operaciones con entidades comunitarias, ni tampoco una reconfiguración de las condiciones de aplicación de la normativa de transparencia fiscal internacional (IRPF e IS) a las SEC comunitarias. Con todo, a nuestro juicio, el margen de maniobra del legislador español resulta claramente más amplio en el primer caso que en el segundo, considerando la jurisprudencia comunitaria en la materia.

LA ACREDITACIÓN DE LA CONDICIÓN DE DISCAPACITADO A EFECTOS DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS: CUESTIONES CONFLICTIVAS

JUAN CALVO VÉRGEZ

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

Extracto:

EL presente comentario tiene por objeto analizar, a la luz del actual marco normativo existente, así como de la doctrina administrativa y jurisprudencial elaborada al efecto, las principales cuestiones que plantea la acreditación de la condición de discapacitado, de cara a poder disfrutar de los distintos beneficios fiscales previstos para estos sujetos en la normativa reguladora del IRPF. Se analizan aspectos relativos, entre otras cuestiones, a la valoración y prueba de dicha condición, eficacia retroactiva de la declaración, etc.

Palabras clave: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, discapacitado, grado de discapacidad, beneficio fiscal, prueba, valoración y efectos retroactivos.

ACCREDITATION OF THE STATUS OF DISABLED FOR PURPOSES OF THE INCOME TAX OF INDIVIDUALS: CONFLICT ISSUES

JUAN CALVO VÉRGEZ

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

Abstract:

THIS review aims to examine, in light of the current existing regulatory framework as well as administrative and jurisprudential doctrine developed for this purpose, the main issues raised by the accreditation of disability status, in order to be able to enjoy the various tax benefits provided for these subjects in the rules governing the income tax. It discusses issues relating, inter alia, to the valuation and proof of that status retroactive effect of the declaration, and so on.

Keywords: Income Tax of Individuals, disabled, disability, tax benefit, test, evaluation and retroactive effects.

Como es sobradamente conocido, las normas tributarias han de responder siempre a las necesidades de las personas discapacitadas o de su entorno cercano, esto es, de los familiares de los cuales dependan. Deben establecerse normas que incentiven la realización de actividades o actitudes que mejoren la situación de los discapacitados en nuestra sociedad. Sucede, sin embargo, que, con carácter general, nuestra legislación tributaria no se limita a utilizar un único término a la hora de referirse a las personas con discapacidad. Es más, en ocasiones, dentro de una misma norma el legislador emplea distintas expresiones a través de las cuales alude a una misma realidad.

Así, por ejemplo, mientras la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) alude en su artículo 151.1 a la «persona con discapacidad o con movilidad reducida», la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, Reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) se refiere, entre otros, en sus artículos 53 y 60 a las «personas con discapacidad». Por su parte, la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, Reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA) utiliza el término «minusválidos» en su artículo 91.dos.4, si bien previamente, en su artículo 45, emplea la expresión «personas física o mentalmente disminuidas». El Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) alude, en su artículo 41, a los «trabajadores minusválidos». Y especialmente significativa resulta la variada terminología empleada por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL); mientras su artículo 82.1 f) se refiere a los «disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales», en su artículo 93.1 e) se menciona a los «vehículos para personas de movilidad reducida», «vehículos matriculados a nombre de minusválidos» y «vehículos conducidos por personas con discapacidad»; asimismo, su artículo 103.2 e) se refiere, en términos más genéricos, a los «discapacitados».

No cabe duda de que, de *lege ferenda*, resultaría más conveniente proceder a unificar esta variada terminología empleada por el legislador fiscal teniendo en cuenta que, desde un punto de vista estrictamente tributario, la expresión más correcta sería la de «persona con discapacidad». Ahora bien, con independencia de reconocer la existencia de una falta de concreción terminológica, estimamos que, a través del empleo de estas distintas expresiones, el legislador se está refiriendo siempre a un mismo supuesto de hecho.

A mayor abundamiento, dentro de los dos principales impuestos de nuestro sistema tributario (IRPF e IVA), se contiene una definición de «discapacidad» a la que resulta posible recurrir con la finalidad de poder interpretar adecuadamente los términos utilizados en los restantes textos legales.

Tal y como señaló CARBAJO VASCO ¹, «las clasificaciones de discapacidad, conceptos, sistemas de acreditación, etc., contenidos en el IRPF se trasladan *pari passu* a otros gravámenes».

En este sentido, mediante Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, se procedió a adaptar el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, al mandato contenido en la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, sustituyéndose las referencias a los términos «grado de minusvalía», «discapacidad» y «grado de discapacidad» que, hasta la fecha, se contenían en el mismo, acomodándolas a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. Téngase presente que, hasta fechas recientes, el Real Decreto 1971/1999 venía utilizando el término «discapacidad» para referirse, únicamente, a la restricción o ausencia de capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, sin incluir los factores sociales complementarios que dificulten la integración social. El término genérico utilizado para describir la situación global de la persona era el de «minusvalía». Pues bien, a través de la presente adecuación terminológica y conceptual, el término «minusvalía» viene a ser sustituido por el de «discapacidad» y las referencias que en el Real Decreto 1971/1999 se realizaban hasta ahora a la «discapacidad», se sustituyen por «limitaciones en la actividad».

Asimismo, hasta ahora, y de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del artículo 5 del citado Real Decreto 1971/1999, la determinación del «grado de minusvalía» resultaba de adicionar al porcentaje del «grado de discapacidad», obtenido según lo previsto en el apartado 1 del mismo artículo [es decir, mediante la aplicación de los baremos del anexo I, apartado A) de dicho real decreto], la puntuación obtenida según lo establecido en el apartado 2 del citado artículo 5, esto es, mediante la aplicación del baremo de los «factores sociales complementarios» del anexo I, apartado B) del mismo real decreto. Y, a través de la presente modificación introducida, el término «grado de minusvalía» es sustituido por el de «grado de discapacidad». Por tanto, a su vez, todas las referencias que hasta el momento se venían realizando en el citado real decreto en que modifica al «grado de discapacidad», quedan sustituidas por «grado de las limitaciones en la actividad». De este modo, como consecuencia de la presente adecuación terminológica y conceptual, y en aplicación de lo establecido en el artículo 5.3 del Real Decreto 1971/1999, el «grado de discapacidad» es el resultado de adicionar al porcentaje del «grado de las limitaciones en la actividad», obtenido según lo previsto en el apartado 1 del mismo artículo [es decir, a través de la aplicación de los baremos del anexo I, apartado A) de dicho real decreto], la puntuación obtenida según lo establecido en el apartado 2 del citado artículo 5, esto es, a través de la aplicación del baremo de los «factores sociales complementarios» del anexo I, apartado B) de dicho real decreto. Y, como consecuencia de lo anterior, se hacía necesario operar un cambio de los términos utilizados en el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad que establece el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Al amparo de lo dispuesto por el artículo 60.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, cuando el legislador alude a «personas con discapacidad» se está refiriendo, de acuerdo con lo previsto en el citado precepto, a aquellos contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100; circunstancia que se considera probada respecto de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de inca-

¹ CARBAJO VASCO, D., «La familia y la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en *Tribuna Fiscal*, núm. 12, 2003, pág. 21.

pacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad ². En cambio, se estima acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 tratándose de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcancen dicho grado ³.

Así las cosas, a efectos de este impuesto habremos de diferenciar entre dos tipos de discapacitados: aquellos que cuenten con un porcentaje de discapacidad igual o superior al 33 por 100 y los que presenten un porcentaje igual o superior al 65 por 100.

En cambio, dentro del ámbito de la imposición indirecta, el artículo 91.dos.1.4.º de la LIVA señala que «A efectos de esta ley, se considerarán personas con minusvalía a quienes tengan esta condición legal en grado igual o superior al 33 por 100, de acuerdo con el baremo a que se refiere la disposición adicional segunda de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre». Esta redacción fue introducida en su día por la Ley 41/1994, de 30 de diciembre. Téngase presente, además, que la citada Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecían en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, resultó derogada por la vigente Ley General de la Seguridad Social. Por tanto, en la actualidad, el baremo al que alude el referido artículo 91.dos.1.4.º de la LIVA se halla regulado en el ya citado Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad ⁴.

Adviértase que el legislador tributario ha optado por calificar al discapacitado en función del grado de discapacidad existente y no de otros criterios, tales como el empleado en numerosas ocasio-

² Con anterioridad, señalaba el artículo 58.6 del antiguo Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley reguladora del IRPF (TRLIRPF) que las reducciones por discapacidad del contribuyente y de los ascendientes o descendientes incrementarían su cuantía legal en aquellos supuestos en los que el grado de minusvalía resultase igual o superior al 65 por 100; y su artículo 61 contemplaba la aplicación de una reducción específica para las aportaciones a planes de pensiones realizadas a favor de personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100. En idénticos términos se pronunciaba el artículo 47 *quinques* de la antigua Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del impuesto. No obstante, la primera vez que se hizo uso de esta definición en el IRPF fue en el artículo 5 bis de la antigua Ley 18/1991, de 6 de junio, reguladora del impuesto. Dicho precepto venía a especificar el grado de minusvalía recogido en el artículo 28.2 de la ley, el cual se refería, dentro del concepto «otros gastos deducibles», al «15 por 100 sobre el importe de los ingresos íntegros, excluidas las contribuciones que los promotores de planes de pensiones imputen a los partícipes, con un máximo de 600.000 pesetas, para los sujetos pasivos que sean invidentes, mutilados o inválidos, físicos o psíquicos, congénitos o sobrevenidos, en el grado reglamentariamente establecido».

³ Señala, concretamente, el citado precepto de la LIRPF que «A los efectos de este impuesto, tendrán la consideración de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado».

⁴ La calificación del grado de discapacidad responde, además, a diversos criterios técnicos unificados fijados mediante los baremos descritos en el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de dicho grado. Señala la citada norma que serán objeto de valoración, tanto aquellas discapacidades que presente la persona como, en su caso, los factores sociales complementarios que puedan incidir al respecto relativos, entre otros, a su entorno familiar y a su situación laboral, educativa y cultural que dificulten su integración social.

nes en el ámbito del Derecho del Trabajo relativo a la incapacidad temporal o permanente existente de cara a desarrollar un empleo. Desde nuestro punto de vista, se trata de una opción que resulta lógica, ya que la discapacidad, a efectos tributarios, no sólo ha de venir determinada por la existencia de limitación en el ámbito laboral, sino que puede abarcar además otros aspectos de la vida social ⁵.

Con carácter general, a la hora de proceder a valorar la existencia de un determinado grado de discapacidad no sólo han de tenerse en cuenta las deficiencias físicas o psíquicas que pueda padecer el sujeto en cuestión, sino también diversos factores sociales complementarios relativos a su entorno familiar o a su situación laboral, educativa o cultural que puedan llegar a dificultar la integración social del discapacitado.

En suma, siempre que una determinada norma tributaria se refiera, de un modo u otro, a las personas con discapacidad, habremos de recurrir a la definición expuesta. Y es que sólo tendrán la condición legal de discapacitados, a efectos tributarios, aquellas personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100. Ahora bien, ello no impide en ningún caso que, en determinadas circunstancias, la propia norma establezca un grado diferente al indicado, y de cualquier manera, si no lo hace deberá estimarse que el grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100 es el que determina la asunción de la citada condición.

Por otra parte, y tal y como ha venido precisando la normativa tributaria, el grado de discapacidad ha de ser acreditado mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMRSO) o, en su caso, por el órgano competente de las Comunidades Autónomas. En la práctica, el correspondiente certificado o resolución es expedido por estos últimos ya que, salvo en las Ciudades de Ceuta y Melilla, esta competencia se encuentra transferida a las distintas Comunidades ⁶.

En todo caso, debe quedar claro que la citada transferencia no obsta para que la valoración y calificación del grado de discapacidad que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado. Ha de garantizarse, en este punto, la existencia de una igualdad de condiciones para el acceso de todo ciudadano a los beneficios, derechos económicos y servicios que los diferentes organismos públicos otorgan.

Precisamente con la finalidad de alcanzar la consecución de dicha igualdad, se procedió en su día a la aprobación, mediante Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, regulador del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, de unos baremos susceptibles de ser utilizados para determinar los grados de discapacidad, cuya aplicación ha de efectuarse en el conjunto de las Comunidades Autónomas.

⁵ Piénsese, por ejemplo, en las obras de adecuación que sea necesario realizar para la adaptación de la vivienda habitual, en la adquisición de un vehículo adaptado asimismo a la condición de discapacitado, etc.

⁶ Véase a este respecto lo establecido en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 2 de noviembre de 2000, por la que se dictan las normas de aplicación y desarrollo que determinan el procedimiento a seguir para el reconocimiento del grado de minusvalía así como la composición, organización y funciones de los correspondientes Equipos de Valoración y Orientación.

Al amparo de lo establecido en el citado Real Decreto 1971/1999, la acreditación ha de efectuarse presentando la resolución de los Directores Provinciales del IMSERSO en Ceuta y Melilla o la del Director General de Servicios Sociales de la Consejería autonómica correspondiente ⁷.

Cabe señalar además que, con independencia de esta exigencia de la acreditación a través del IMSERSO o del respectivo órgano competente de las Comunidades Autónomas, el legislador tributario prevé la posibilidad de que, en determinados supuestos, la condición de discapacitado no tenga que acreditarse a través de dicho sistema, al estimarse que la misma se halla reconocida por otros medios. Nos referimos a aquellos supuestos caracterizados por la existencia de razones de economía procesal que favorecen al discapacitado al mismo tiempo que simplifican el desarrollo de las labores de gestión, posibilitando una rápida aplicación de los efectos que le son propios en el ámbito tributario.

Esta situación se plantea, por ejemplo, en relación con aquellos pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. Como es sabido, la «incapacidad permanente total» es aquella que inhabilita al trabajador para la realización de todas o, al menos, de las tareas fundamentales de su profesión habitual, siempre que le permita dedicarse a otra distinta. Por su parte, la «incapacidad permanente absoluta» inhabilita por completo al trabajador para la realización de toda profesión u oficio, no ya sólo de la suya propia. Y la «gran invalidez» afecta a quien, además de sufrir incapacidad permanente, necesita de la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales ⁸.

El único grado de incapacidad permanente en el que se requiere la acreditación del IMSERSO (o, como será más habitual, del órgano competente de la Comunidad Autónoma) es el de la incapacidad permanente parcial. Incluso puede llegar a suceder que, teniendo reconocida alguna de estas pensiones de la Seguridad Social por incapacidad permanente, el pensionista opte, al cumplir los 65 años, por la pensión de jubilación, al resultar más beneficiosa e incompatible con aquéllas ⁹. Pues bien, en relación con estos supuestos, la Dirección General de Tributos (DGT) declaró mediante contestación a Consulta 282/2003, de 26 de febrero de 2003 (NFC025763), que la manera de acreditar el grado de

⁷ En la práctica cabe, no obstante, la posibilidad de que dicha acreditación pueda realizarse también a través de la llamada «tarjeta acreditativa del grado de minusvalía», creada al efecto por determinadas Comunidades Autónomas. Y, asimismo, también se podrá acreditar mediante la resolución de la reclamación previa interpuesta ante los Directores Provinciales u organismos autónomos o, en su caso, presentando la correspondiente sentencia del orden social que declare el grado de minusvalía requerido.

⁸ En relación con estos grados de incapacidad, cabe la posibilidad de que los mismos resulten declarados por una normativa distinta a la española. Véase a este respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía (Granada) de 5 de septiembre de 2000 (rec. n.º 1134/1996, NFJ023871), que aceptó esta equiparación de grados al señalar que «(...) Teniendo en cuenta la homogeneización en materia de Seguridad Social entre los diversos países de la Comunidad Europea (Reglamento 1408/1971) y los efectos del Convenio Hispano Alemán de Seguridad Social, hemos de concluir que la definición de incapacidad de ganancia del Derecho alemán..., está basada en la práctica incapacidad para todo trabajo, a diferencia de la incapacidad profesional (referida a la incapacidad para igual o similar profesión a la que se desempeñaba); y, en segundo lugar, se trata de una incapacidad que inhabilita al trabajador hasta el punto de impedirle obtener ingresos por cualquier trabajo, o que los mismos sean insignificantes, lo cual coincide sustancialmente con los requisitos de la invalidez permanente absoluta del Derecho español».

⁹ Téngase presente que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 122 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, las referidas pensiones son incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, debiendo optar el sujeto por una de ellas.

invalidez es a través del certificado del IMSERSO o del órgano competente de las Comunidades Autónomas. *No basta* —precisa el citado Centro Directivo— *el haber tenido reconocida previamente la citada pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez*. Ciertamente, nos hallamos ante una interpretación excesivamente rígida, máxime si tenemos en cuenta que ya con anterioridad ha sido considerado como discapacitado, al ser pensionista por incapacidad permanente total.

En parecidas condiciones se encuentran los pensionistas de clases pasivas que tienen reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad si bien, con anterioridad a la aprobación del Real Decreto 27/2003, de 10 de enero, por el que se modificaba el antiguo Reglamento del IRPF aprobado mediante Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, estos funcionarios se veían obligados necesariamente a acudir a la acreditación del IMSERSO, dado que en el régimen de clases pasivas no existe graduación de la minusvalía para reconocer la concesión de estas pensiones. En este sentido, coincidimos con ALONSO-OLEA GARCÍA, LUCAS DURÁN y MARTÍN DÉGANO ¹⁰ cuando señalan que «el juicio que merece dicha disposición tiene un carácter de justicia innegable, puesto que pretende tratar de forma similar a personas reguladas por distintos regímenes jurídicos (Seguridad Social y clases pasivas) cuando se presenta una identidad de hecho».

En aquellos supuestos de incapacidad declarada judicialmente, se considera acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, con independencia de que no llegue a alcanzarse dicho grado. Esta equiparación, introducida en su día por la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, ha adquirido una notable importancia, al permitir extender el régimen fiscal más favorable de las personas con un grado de discapacidad más alto a todos los incapacitados judiciales ya que, en ocasiones, estos últimos no alcanzan (pese a que no pueden regirse por sí mismos) el grado del 65% ¹¹.

Tal y como declaró la DGT, entre otras, en su contestación a Consulta de 12 de julio de 2001 (rec. n.º 1459/2001, NFC012914), *La «incapacidad declarada judicialmente» corresponde únicamente a la regulada por el artículo 199 del Código Civil, que establece que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en el artículo 200 del mismo texto legal (las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma) y bajo el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues sólo en dichas normativas puede hablarse propiamente de «declaraciones judiciales de incapacitación de las personas»* ¹². Nótese, por tanto, cómo al amparo de esta línea de interpretación, quedarían excluidas de este ámbito las resoluciones de los tribunales del orden social o de cualquier otro orden jurisdiccional que conozcan de los recursos en materia de incapacidades para el trabajo, así como aquellas situaciones de incapacidad que no impiden el gobierno por sí mismo ¹³.

¹⁰ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 56.

¹¹ Véase en este sentido MORIÉS JIMÉNEZ, M.ª T., «Beneficios fiscales de las personas con discapacidad», *Revista de Información Fiscal*, núm. 57, 2003, pág. 16.

¹² Con posterioridad, este mismo criterio fue adoptado en contestación a Consulta 1629/2004, de 9 de agosto de 2004 (NFC019857).

¹³ Éste sería el caso, por ejemplo, de la curatela, regulada en un Título distinto al de la incapacitación, concretamente en el Título X del Libro Primero, mientras que la incapacitación queda regulada en el Título IX del mismo Libro.

De cualquier manera, en torno a la regulación de todos estos medios de prueba destinados a acreditar la condición de discapacitado, han de efectuarse diversas consideraciones. En primer lugar, nos hallamos ante unos medios de prueba a través de los cuales únicamente resulta posible constatar que el sujeto pasivo puede acceder a los beneficios fiscales en los que no se requiera un grado de discapacidad distinto del 33 por 100 que, como sabemos, es el que determina la condición de discapacitado. Y ello con independencia de que determinadas normas del IRPF exijan la acreditación de un grado de discapacidad del 65 por 100 para poder disfrutar del respectivo beneficio fiscal, en cuyo caso deberá acudir necesariamente a los certificados del IMSERSO o del órgano competente de la Comunidad Autónoma ¹⁴.

Queda claro, por tanto, que toda persona que no se halle incapacitada judicialmente debe recurrir al reconocimiento del IMSERSO o del correspondiente órgano autonómico si quiere disfrutar de los beneficios fiscales que exigen un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100.

¿Qué consideraciones nos sugiere la limitación de los medios de prueba contenida en la Ley 35/2006? A nuestro juicio se trata de una limitación, cuanto menos, discutible y que, en ningún caso, debe operarse desde la vía reglamentaria, como sucedió con anterioridad a la introducción del artículo 47 *quinquies* de la antigua Ley 40/1998 (actual art. 60 de la Ley 35/2006) por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre ¹⁵. Y es que el único órgano competente para determinar el grado de discapacidad de un contribuyente a los efectos contemplados en el IRPF es el IMSERSO o, en su caso, el correspondiente órgano de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma competente ¹⁶. Sólo así se

¹⁴ Cabe, no obstante, precisar que, en aquellos supuestos en los que el legislador homologa automáticamente situaciones de incapacidad para el trabajo a un determinado grado de discapacidad sin aplicar baremo alguno, pueden llegar a originarse situaciones conflictivas. Como es sabido, la disposición adicional tercera del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, presume la existencia de una discapacidad igual al 65 por 100 en aquellos sujetos a quienes les haya sido reconocida, en la modalidad contributiva, una invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Y si la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido de gran invalidez, la citada presunción alcanza un grado de discapacidad igual o superior al 75 por 100. En estos casos, es el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) el encargado de remitir de oficio el expediente al IMSERSO (o, en su caso, al organismo autonómico correspondiente) para que éste se pronuncie sobre el resto de los requisitos. No parece, en consecuencia, que aquellos trabajadores que hubiesen obtenido del INSS el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta o una gran invalidez tengan que acudir al IMSERSO o, en su caso, al órgano competente de las Comunidades con la finalidad de lograr que se les acredite un grado de discapacidad superior al 65 por 100. Y ello debido a que la citada disposición adicional tercera del Real Decreto 357/1991 ya concede esa atribución a los solos efectos de conseguir la pensión no contributiva y a que, en caso contrario, terminaría por generarse una desigualdad carente de toda justificación, ya que las personas que cuentan con una pensión contributiva por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez tendrían que acudir al IMSERSO o al respectivo órgano autonómico para conseguir el grado del 65 por 100, mientras que aquellas otras personas con esa misma incapacidad pero recibiendo una pensión no contributiva, ya tendrían reconocido legalmente un grado de discapacidad del 65 por 100. Una situación distinta se plantea, en cambio, en relación con los funcionarios del régimen de clases pasivas, respecto de los cuales no resulta posible la aplicación del mismo criterio, puesto que los Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS sólo se pronuncian sobre si existe incapacidad permanente para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera a efectos de la pensión de jubilación. En este caso, sí se debería acudir al dictamen del IMSERSO o del órgano competente de la Comunidad Autónoma para lograr acreditar un grado de discapacidad del 65 por 100.

¹⁵ De esta opinión se muestra RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, D.: «La discapacidad en el nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», RCyT. CEF, núm. 212, 2000, pág. 25; para quien «debe declararse la nulidad de esta limitación reglamentaria de los medios de prueba, al carecer de cobertura legal suficiente».

¹⁶ En efecto, tal y como se encargó de precisar la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), de 17 de febrero de 2005 (R.G. 953/2003, NFJ019446), dictada como consecuencia de la interposición de un recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio, «A partir de la entrada en vigor de la Ley 40/1998, de 9 de diciem-

logra homogeneizar el reconocimiento y la determinación de DICH0 grado. Estimamos, además, más acertada, desde la perspectiva del necesario respeto al principio de capacidad económica, la adopción de un criterio de libertad de prueba que contribuya a evitar situaciones en las que el citado principio pueda verse vulnerado ¹⁷.

Lo cierto es que el artículo 60.3 de la Ley 35/2006 recoge un tenor muy similar al efectuar una remisión reglamentaria de cara a fijar los medios de prueba admitidos que, como ya sabemos, se reducen al certificado o resolución expedida por el IMSERSO u órgano autonómico competente. Precisa, no obstante, el citado precepto que, *en particular, podrá probarse la discapacidad por medios distintos* (se refiere el legislador a los ya citados anteriormente en materia de incapacidad laboral) *en el ámbito de la Seguridad Social o de las clases pasivas, así como la declaración judicial de incapacitación*.

Sugieren ALONSO-OLEA GARCÍA, LUCAS DURÁN y MARTÍN DÉGANO ¹⁸ que, probablemente, nos estemos enfrentando a un falso problema, ya que la Administración tributaria no acepta otros medios de prueba (además de los ya indicados) de cara a reconocer los beneficios fiscales contemplados en el ordenamiento. Estamos de acuerdo con esta apreciación. Ahora bien, en todo caso, los citados medios de prueba podrán ser alegados ante los órganos que han de acreditar el grado de discapacidad (IMSERSO y órganos autonómicos competentes ¹⁹). Cuestión distinta es la relativa a la determinación del momento a partir del cual han de desprender efectos tributarios los certificados emitidos por los mencionados organismos de acreditación.

De cualquier manera, la condición de discapacitado habrá de ser debidamente acreditada, especialmente en relación con el IRPF. Es más, consideramos que cualquiera de estos medios de prueba asimilados al dictamen del IMSERSO u órgano autonómico (supuestos de pensión de incapacidad permanente, absoluta, gran invalidez, etc.) deberían estimarse como válidos también en otros impuestos, sin limitar su eficacia al IRPF ²⁰, porque si admitimos que el concepto de discapacidad ha de ser el mismo en todo el sistema tributario, lo mismo debe suceder con la acreditación de dicha condición.

bre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y a los efectos de este impuesto, con la salvedad de las excepciones contempladas en el artículo 67 del Reglamento del Impuesto, y de lo dispuesto en la disposición adicional 12.ª de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el ejercicio 2000 (en relación con la minusvalía declarada judicialmente), el grado de minusvalía únicamente puede acreditarse mediante certificado o resolución expedida por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas. Dichos certificados han de ser expedidos, desde el 27 de enero de 2000, fecha de su entrada en vigor, conforme a lo establecido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía sin que, a efectos de este impuesto, puedan reputarse válidos reconocimientos de minusvalía efectuados por otros facultativos u organismos realizados, incluso, en el ejercicio de competencias públicas».

¹⁷ Dicha vulneración tuvo lugar, por ejemplo, al hilo de la contestación a Consulta 626/2001 de la DGT, de 26 de marzo de 2001 (NFC037800), en la que se denegó la validez de un certificado clínico expedido por la Fundación del Instituto Valenciano de Oncología, centro en el que se trató la grave enfermedad que padecía la mujer del consultante, y que le impidió acudir a pasar la oportuna revisión en el órgano competente de la Comunidad Autónoma antes de fallecer.

¹⁸ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, ob. cit., pág. 59

¹⁹ De hecho, en la práctica, los Servicios de Valoración y Orientación se pronuncian partiendo de los informes médicos y/o psicológicos presentados por los interesados y que avalan las deficiencias alegadas.

²⁰ De esta opinión se muestra, entre otros autores, CARBAJO VASCO, D., «La familia y la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», ob. cit., pág. 21.

Lo contrario nos conduciría a situaciones contradictorias en las que resultaría aceptado el modo de acreditar la discapacidad en un determinado impuesto y no en otros, vulnerándose en consecuencia el principio de unidad de criterio que debe presidir toda actuación administrativa.

A pesar de ello, la DGT en su Consulta 508/2004, de 4 de marzo de 2004 (NFC019965), consideró que la acreditación regulada en el artículo 67 del antiguo Reglamento del IRPF, aprobado mediante Real Decreto 214/1999, lo era únicamente a los efectos del citado impuesto, descartando así la posibilidad de que la referida autorización pudiera extraerse (en el supuesto específico planteado) de la antigua Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales.

Téngase presente, además, que el grado de discapacidad determinante será el que se detente a la fecha del devengo del impuesto, lo que podría llegar a provocar que la situación de discapacidad no coincidiese con su reconocimiento administrativo, al resultar éste posterior en el tiempo. ¿Cómo debe ser tratado este «desfase temporal» existente entre el periodo impositivo en el que ya se padece la discapacidad y aquel otro en el que ésta es reconocida por uno de los medios exigidos por el IRPF? En nuestra opinión, si se lograra la acreditación en un momento posterior al devengo, sus efectos habrían de retrotraerse a ejercicios pasados no prescritos. De hecho, son múltiples los pronunciamientos jurisprudenciales que, en los últimos tiempos, vienen admitiendo estos efectos retroactivos cuando del informe oficial se deduzca que, en fechas anteriores al mismo, ya se daban las circunstancias que determinaron una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100 ²¹.

¿A partir de qué momento ha de estimarse que la condición de discapacitado desprende los efectos tributarios atribuidos por el ordenamiento jurídico? Sin lugar a dudas, es ésta una cuestión de indudable trascendencia ya que, en función del criterio que se adopte al respecto, podrán ser o no aplicables los beneficios fiscales previstos en los distintos impuestos.

A priori parece claro que la fecha que determina esta condición es la del devengo, es decir, la del nacimiento de la obligación tributaria. Sucede, sin embargo, que el devengo no coincide en todos y cada uno de los tributos que reconocen beneficios fiscales relacionados con la discapacidad, lo que obliga a estar a la normativa específica de cada uno de ellos.

Con independencia de lo anterior, resulta posible aludir a la existencia de una situación que suele plantearse en los distintos impuestos que conforman el sistema tributario y que, en nuestra opinión, requiere de la adopción de un tratamiento unitario. Dicha situación no es otra que aquella que afecta a las personas que, teniendo el grado de discapacidad que exige la norma para ser discapacitado, no pueden acreditarlo a la fecha de devengo del impuesto de que se trate.

No se trata de un «supuesto de laboratorio», ni mucho menos. Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en los que la situación de discapacidad ya consolidada (con un grado mínimo del 33%) no coincide con su reconocimiento administrativo al ser éste posterior, produciéndose así un desfase entre el periodo impositivo en el que ya se padece la discapacidad y el periodo en que ésta se reconoce por

²¹ Véanse a este respecto, entre otras, las Sentencias del TSJ de Baleares de 22 de noviembre de 2002 (rec. n.º 685/1999, NFJ014083) y del TSJ de Asturias de 23 de mayo de 2000 (rec. n.º 1315/1997, NFJ038555) y de 9 de julio de 1999 (rec. n.º 337/19969, NFJ008238).

uno de los medios que exige la norma tributaria (ya sea el dictamen del IMSERSO o el emitido por el órgano autonómico equivalente ²²).

¿Determina en estos casos la no acreditación en tiempo de la condición de discapacitado la pérdida del oportuno beneficio fiscal? ¿Surte efectos el reconocimiento administrativo respecto de aquellos periodos en los que ya se padecía la discapacidad a pesar de que no estuviera aún reconocida? En determinados supuestos, la Administración tributaria ha venido exigiendo la acreditación de la condición de discapacitado en el momento del devengo, con lo que la no presentación de la misma impediría disfrutar del correspondiente beneficio fiscal. Estima así la Hacienda Pública que el disfrute de la exención se halla condicionado al cumplimiento de este requisito formal.

Por su parte, la posición de los tribunales de justicia no resulta uniforme. En su Sentencia de 11 de septiembre de 2000 (rec. n.º 1042/1996, NFJ037662), el TSJ de Aragón vino a considerar que «de los preceptos reguladores de la pensión consecuyente con la declaración de retiro por inutilidad física (arts. 47 y 48 del Texto Refundido de la Ley de Clases pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto 670/1987, de 30 de abril), no se infiere el efecto retroactivo que se pretende, porque la incapacidad o inutilidad (...) no es la que se produce automáticamente por efecto de la lesión sufrida, sino a la formalmente declarada mediante la oportuna resolución en que se reconozca la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 28.2 c) de la misma Ley». De este modo, consideraba el tribunal que la declaración de retiro por incapacidad permanente presenta un efecto constitutivo de la nueva situación y del nacimiento del derecho a la pensión, produciéndose la eficacia de los efectos derivados de la exención tributaria desde dicho instante, esto es, *ex nunc*, y no retrotrayéndose al instante en que se produce el accidente habilitante. Un criterio distinto puede encontrarse, sin embargo, entre otras, en las Sentencias de los TSJ de Cataluña y de Baleares de 3 de enero de 2000 (rec. n.º 1557/1995, NFJ037659) y de 22 de noviembre de 2002 (rec. n.º 685/1999, NFJ014083), respectivamente, y en las Sentencias del TSJ de Asturias de 9 de julio de 1999 (rec. n.º 337/1996, NFJ008238) y de 23 de mayo de 2000 (rec. n.º 1315/1997, NFJ038555).

No creemos que pueda defenderse, en el presente caso, la aplicación de la teoría de los efectos constitutivos y no meramente declarativos del acto administrativo que reconoce la discapacidad. Téngase presente que el conjunto de los beneficios fiscales relacionados con la discapacidad tiene su fundamento en los propios principios constitucionales de capacidad económica (art. 31 CE) y de integración de los discapacitados (art. 49 CE). Ambos principios han de ser empleados a la hora de interpretar la norma fiscal.

Por otra parte, si, como defendemos, la finalidad última de estos beneficios fiscales es la de atender a la discapacidad del sujeto pasivo (ya sea por tener éste una menor capacidad económica o al objeto de favorecer su integración social o laboral), parece lógico pensar que habrá que estar en el momento en que se padezca la misma, con independencia de cuándo se reconozca administrativa o judicialmente dicha situación. Tal y como tuvo oportunidad de precisar el TSJ de Cataluña en la citada Sentencia de 3 de enero de 2000 (rec. n.º 1557/1995, NFJ037659), una cosa son los requisitos que han de concurrir para la existencia de la exención y otra bien distinta las condiciones que demanda su aplicabilidad. Y es dentro de estas últimas donde debe encuadrarse el reconocimiento previo por la Administración.

²² Los motivos que podrían dar lugar a esta situación son diversos, resultando en ocasiones de responsabilidad del discapacitado y, en otras, de la propia Administración, a la luz del correspondiente proceso administrativo o judicial.

En consecuencia, la acreditación administrativa no puede tener efectos constitutivos en esta clase de beneficios fiscales sino, a lo sumo, meramente declarativos²³. Ciertamente, no podrá disfrutarse de la exención hasta que no se reconozca administrativamente el grado de minusvalía exigido. Ahora bien, cuestión distinta es que sólo a partir del periodo impositivo en que se obtiene dicho reconocimiento pueda disfrutarse de aquélla.

La propia DGT así parece reconocerlo en contestación a Consulta V0248/2005, de 18 de febrero de 2005 (NFC020681), al afirmar, sobre la base de lo establecido en el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) que «La concesión de la exención prevista en la letra e) del apartado 1 del artículo 93 del texto refundido podrá tener efectos sobre los periodos impositivos no prescritos en los que la exención fuera aplicable, siempre y cuando en el acto administrativo de concesión resulte probada la concurrencia de los requisitos para su aplicación a la fecha de devengo correspondiente a esos periodos (...). Efectivamente, el acto administrativo de concesión de exención podrá otorgarse con eficacia retroactiva cuando produzca efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya a la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto, y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas (...). En el supuesto de beneficios fiscales de carácter rogado en el ámbito de los tributos locales, dichos beneficios se disfrutaban, siempre que concurren los requisitos legalmente fijados para su aplicación, durante el periodo que la propia ley tributaria señale, aun cuando se solicitase su reconocimiento en un momento posterior al tiempo en que pudo comenzar su disfrute, todo ello sin perjuicio de los efectos de la prescripción».

El criterio defendido por la DGT parece, en consecuencia, claro: el derecho a la aplicación de los beneficios fiscales se genera desde el instante en que se dan las condiciones necesarias para su disfrute y no desde que los mismos se solicitan. Así las cosas, si la solicitud en cuestión hubiese sido realizada con posterioridad a la fecha en que se produzcan dichas condiciones, el reconocimiento del beneficio fiscal tendría eficacia retroactiva a dicho momento, sin perjuicio de los efectos de la prescripción²⁴.

²³ En este sentido y refiriéndose a la declaración de retiro por incapacidad permanente, afirma SIMÓN ACOSTA, E., «Sobre los efectos constitutivos de la declaración de retiro por incapacidad permanente para la exención de cantidades percibidas con anterioridad», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 4, 2001, pág. 56, que «La declaración de retiro por incapacidad permanente tiene efectos exclusivamente declarativos y, por tanto, las cantidades percibidas por el contribuyente desde el momento del hecho causante, en nuestro caso un accidente, deben considerarse exentas, siempre que se trate, como parece desprenderse del tenor de la sentencia comentada, de las lesiones permanentes e irreversibles desde el momento de producirse el accidente. Entendemos que debe ser así porque la condición de incapacitado permanente, de facto, se produce desde el momento del accidente, y no se puede hacer depender el disfrute de una exención tributaria inherente a esa situación del momento formal de su reconocimiento, que conlleva un procedimiento administrativo que puede demorarse en el tiempo». En términos similares se manifiesta LOZANO SERRANO, C., «La exención del Impuesto especial sobre determinados medios de transporte para vehículos de minusválidos», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 17, 2001, pág. 178, cuando, al estudiar la exigencia legal del reconocimiento previo de la Administración de la exención de los vehículos a nombre de los discapacitados en el citado impuesto especial, estima que «Siempre que al producirse el hecho imponible concurren los requisitos que lo configuran en su modalidad externa, su efecto no puede ser otro –de acuerdo con la previsión legal– que generar la exención. Aunque si en ese momento no se alegan o aún no se han reconocido, se tenga por realizado el hecho imponible en su modalidad gravada, devengándose la obligación tributaria. Ello no impide que el reconocimiento posterior de las circunstancias de hecho en que se produjo el hecho imponible conlleven, asimismo, el reconocimiento de sus efectos legales, declarando procedente la exención generada en ese mismo momento con la consiguiente devolución de lo ingresado».

²⁴ La aplicación del criterio consistente en retrotraer los efectos de la declaración de discapacidad al momento de la solicitud, pudiendo procederse en consecuencia a la aplicación del procedimiento de devolución de ingresos indebidos, es defendida igualmente en la STSJ de Valencia de 5 de diciembre de 2003.

La falta de justificante que supone la acreditación no debe determinar, en nuestra opinión, la pérdida definitiva del derecho de exención. Piénsese que si no fuera así, el disfrute de la misma quedaría condicionado, en determinados casos, de la mayor o menor eficacia administrativa existente en la tramitación del expediente, lo que estimamos inadmisibles. Tal y como ha precisado LOZANO SERRANO²⁵, refiriéndose a la exigencia legal del reconocimiento previo por parte de la Administración de la exención de los vehículos a nombre de los discapacitados en el Impuesto especial sobre determinados medios de transporte, «siempre que, al producirse el hecho imponible, concurren los requisitos que lo configuran en su modalidad exenta, su efecto no puede ser otro —de acuerdo con la previsión legal— que generar la exención. Y ello aunque si, en ese momento, no se alegan o aún no se han reconocido, se tenga por realizado el hecho imponible en la modalidad gravada, devengándose la obligación tributaria». Coincidimos con el citado autor en que ello no impediría que el reconocimiento posterior de las circunstancias de hecho en que se produjo el hecho imponible pueda conllevar asimismo el reconocimiento de sus efectos legales, declarándose, en consecuencia, procedente la aplicación de la exención generada en ese momento con la pertinente devolución de lo ingresado.

En suma, una cosa es que el disfrute de la exención no pueda iniciarse hasta que se produzca la correspondiente declaración administrativa y otra bien distinta que ésta surta efectos sólo respecto de aquellas operaciones cuyo devengo se produzca a partir de la fecha del correspondiente acuerdo tomado por el órgano administrativo competente. Y, por otra parte, una vez que se ha producido el reconocimiento de la exención, sus efectos han de retrotraerse al instante en que el sujeto pasivo formalizó su solicitud²⁶.

¿Y cuál debe ser la fecha concreta a partir de la cual una persona pueda ser considerada discapacitada a efectos tributarios? A priori cabría la posibilidad de considerar que la obtención de dicha condición se producirá a partir de la fecha de la resolución dictada por el Director Provincial del IMSERSO u órgano autonómico competente. Lo cierto es, sin embargo, que el artículo 10 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, establece que, con carácter general, el reconocimiento del grado de minusvalía se entenderá producido desde la fecha de la solicitud.

De este modo, una vez obtenida la correspondiente acreditación administrativa a través de la cual se confiera la condición de discapacitado, sus efectos habrán de retrotraerse al momento en que se hubiese solicitado la obtención de dicha acreditación²⁷.

Ahora bien, con independencia de lo anterior, existen determinados supuestos en los que la retroacción de la condición de discapacitado únicamente al momento de la solicitud del oportuno

²⁵ LOZANO SERRANO, C., «La exención del Impuesto especial sobre determinados medios de transporte para vehículos de minusválidos», ob. cit., pág. 180.

²⁶ Véase en este sentido HERRERA MOLINA, P. M., *La exención tributaria*, Colex, Madrid, 1990, pág. 315, para quien «Si interpretamos de otra forma la exigencia del reconocimiento previo exigida por la ley, el instante en que despliega su eficacia el efecto desgravatorio dependería de la mayor o menor diligencia con que la Administración tramitase el expediente, lo que vulneraría el principio de legalidad».

²⁷ Como ya se ha precisado, la forma de hacer valer el efecto retroactivo de la acreditación será a través del procedimiento para la obtención de devoluciones de ingresos indebidos debiendo acompañarse, junto a la oportuna solicitud de devolución, la acreditación administrativa o judicial de la condición de discapacitado.

dictamen puede no resultar acorde con el respeto al conjunto de los principios constitucionales. Pensemos, por ejemplo, en aquellas enfermedades o accidentes que generan una discapacidad evidente antes de que se produzca la solicitud. En todos estos casos, se trata de deficiencias objetivas, irreversibles y de carácter permanente respecto de las cuales no resulta complicado determinar y probar cuándo acontecen. Así las cosas, y al amparo de una interpretación finalista que resulte conforme con los distintos principios constitucionales que inspiran las disposiciones tributarias, parece más coherente atender a la fecha en la que se produjo el hecho indubitado que hubiese originado la discapacidad, estableciendo, a partir de ella, los efectos derivados de la declaración de persona con discapacidad. La razón es bien sencilla: es a partir de ese momento cuando la menor capacidad económica o la necesidad de integración quedan puestas de manifiesto, justificándose por tanto la aplicación del beneficio fiscal que establece la norma ²⁸.

La fijación de esta fecha constituiría únicamente un problema de prueba, siendo necesario, además, que el dictamen de la entidad de valoración se pronuncie expresamente sobre aquélla, a lo que, sin embargo, no queda obligado en la actualidad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Orden Ministerial de 2 de noviembre de 2000. Y es que el citado precepto únicamente obliga a la entidad de valoración a especificar las eventuales deficiencias del estado físico y/o psicológico del interesado, las causas determinantes de las mismas, el grado de discapacidad derivado de las deficiencias recogidas, la valoración de su situación personal y de su entorno socio-familiar y la calificación del grado de discapacidad ²⁹.

Mediante contestación a Consulta V0896/2009, de 28 de abril de 2009 (NFC032672), analizó la DGT el supuesto de un jubilado por incapacidad permanente del régimen de clases pasivas del Estado que desempeñaba en la actualidad otro trabajo en su condición de trabajador activo discapacitado, planteándose la cuestión relativa a cómo se ha de efectuar la acreditación del grado de discapacidad y, en concreto, la existencia de dificultades de movilidad para poder aplicar la reducción de los rendimientos netos del trabajo por discapacidad de trabajadores activos en el IRPF.

Pues bien, a efectos de la aplicación de aquellas reducciones por discapacidad que pudieran corresponder, estima la DGT que, en relación con el IRPF, tendrá la consideración de persona con discapacidad aquel contribuyente con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, debiendo acreditarse dicho grado de discapacidad mediante certificado o resolución expedido por el IMSERSO o, en su caso, por el órgano competente de las Comunidades Autónomas. Y, en particular, se considera acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100 tratándose de los pensionistas de

²⁸ Ciertamente, en numerosas ocasiones, lo que sucede es que la solicitud no es presentada por puro desconocimiento de los beneficios que puede aparejar. Pues bien, si se llegase a acreditar la condición de discapacitado con una fecha anterior a la de la solicitud, estimamos que el disfrute de los oportunos beneficios fiscales quedará limitado, como no puede ser de otra manera, por el instituto de la prescripción del derecho a la devolución de ingresos indebidos. En esta línea se manifiesta la DGT en contestación a Consulta de 18 de febrero de 2005, así como la Sentencia del TSJ de Asturias de 27 de octubre de 2003, que precisa además la forma de hacer efectivo el reconocimiento de los beneficios fiscales, señalando que la misma «dependerá de si ha transcurrido el periodo voluntario de pago o no a la fecha de la resolución en la que se reconozca la discapacidad. En el primer caso, se deberá acudir al procedimiento de devolución de ingresos indebidos; en el segundo, bastará con que el discapacitado presente la declaración del periodo impositivo correspondiente».

²⁹ Precisamente, debido a esta falta de previsión que, a nuestro juicio, habría de motivar la oportuna modificación legislativa, se opta por acudir a los tribunales de justicia quienes, a la vista del expediente, terminan por pronunciarse al respecto.

la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, así como en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Asimismo, se considera acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 tratándose de personas cuya incapacidad resulte declarada judicialmente, a pesar de que no se alcance dicho grado.

Por otra parte, de cara a la aplicación de la reducción por rendimientos del trabajo obtenidos por personas con discapacidad, señaló la DGT en la citada resolución que los contribuyentes discapacitados han de acreditar la necesidad de ayuda de terceras personas para desplazarse a su lugar de trabajo o para desempeñar el mismo, o bien la movilidad reducida para utilizar medios de transporte colectivos, mediante certificado o resolución del IMSERSO o, en su caso, del órgano competente de las Comunidades Autónomas en materia de valoración de las discapacidades, fundamentándose a tal efecto en el dictamen emitido por los Equipos de Valoración y Orientación de las mismas.

Concretamente, en el supuesto planteado a la DGT, al objeto de poder acreditar la dificultad de movilidad, se aportó un dictamen evaluador del INSS del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales donde se reconocía al sujeto la situación de incapacidad permanente total para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera, lo que, sin embargo, no supone en principio que se dé la situación de existencia de dificultades de movilidad. Y es que el grado de discapacidad y, en su caso, la existencia de dificultades de movilidad, han de acreditarse mediante certificado o resolución expedido por el IMSERSO o, en su caso, por el órgano competente de las Comunidades Autónomas en materia de valoración de incapacidades, circunstancia esta última que, sin embargo, no concurría dictamen evaluador antes referenciado, cuyo ámbito competencial se correspondía únicamente a efectos laborales.

De este modo concluyó la DGT que el dictamen evaluador del INSS del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales donde se reconoce la situación de incapacidad permanente total para el desempeño de las funciones propias de un cuerpo, escala, plaza o carrera y cuyo ámbito competencial se corresponde únicamente a efectos laborales no supone que se dé la situación de existencia de dificultades de movilidad que haya de acreditarse a efectos tributarios.

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE TRIBUTARIO

FRANCISCO ADOLFO GUTIÉRREZ DE GANDARILLA GRAJALES

Socio de KPMG Abogados

Doctor en Derecho

Extracto:

EL concepto de establecimiento permanente es un concepto fundamental del Derecho tributario internacional. De tal manera que la pretensión de este artículo es la de delimitar el mismo a través de una serie de principios y criterios jurídicos generales derivados de la práctica española e internacional, con la exclusiva finalidad de poder llegar a definir el establecimiento permanente de una manera inductiva partiendo de sus características intrínsecas. Tal finalidad permitirá reducir a una discusión sobre principios jurídicos los muchos casos que en la práctica se suceden y así permitir la resolución de cuestiones jurídicas complejas mediante la aplicación de dichos principios jurídicos como fuentes del Derecho que son y no mediante la mera apelación a la casuística, ya sea doctrinal, administrativa o jurisdiccional. Asimismo, el presente trabajo ha intentado realizar una labor de interacción entre los distintos principios o criterios que han sido identificados en el instituto jurídico del establecimiento permanente con la finalidad de llegar a acotar conceptualmente al mismo.

Palabras clave: establecimiento permanente, principios generales y agente autorizado.

THE LEGAL PRINCIPLES OF THE PERMANENT ESTABLISHMENT

FRANCISCO ADOLFO GUTIÉRREZ DE GANDARILLA GRAJALES

Socio de KPMG Abogados

Doctor en Derecho

Abstract:

THE concept of permanent establishment is a main pillar of International Tax Law. Therefore, this article is aimed at defining such concept through a number of legal and general principles and criteria derived from Spanish and International tax practice with the sole purpose of delimiting it through an inductive method based on its intrinsic characteristics. In this way, the solution of many tax cases would in practice be reduced to a simpler and more conceptual discussion of the legal principles that will help to solve more complex legal and tax questions by applying those principles as legal sources and not through the mere direct application of administrative or judicial precedents. Likewise, this article analyses the relationship between those different legal principles and criteria identified as the main characteristics of the concept permanent establishment, and the definition of the concept itself.

Keywords: permanent establishment, legal principles and authorised agent.

Sumario

1. Introducción.
2. El germen del establecimiento permanente como punto de conexión y como sujeto pasivo de la soberanía fiscal; el principio de pertenencia económica.
3. Una primera evolución del principio de pertenencia económica: el relajamiento del elemento personal en la definición general del establecimiento permanente.
4. Una segunda expresión de la pertenencia económica: la mayor preponderancia del elemento de permanencia temporal sobre el de fijeza geográfica pero la todavía necesaria presencia física; las particularidades de vinculación física del agente autorizado.
5. La unidad de obra como manifestación del criterio de coherencia comercial y geográfica.
6. La eficacia retroactiva del establecimiento permanente.
7. La no confusión entre el lugar fijo de negocios que constituye establecimiento permanente y los elementos afectos a la actividad económica; las excepciones a dicha regla.
8. El principio de no discriminación aplicado al concepto de establecimiento permanente.
9. Principales reglas rectoras de la interacción entre las principales modalidades de establecimiento permanente y la cláusula general del mismo.
10. El principio de dependencia en la interpretación del agente autorizado.
11. Algunos potenciales principios definitorios del establecimiento permanente que han sido descartados como tales.
12. Algunas breves menciones a los principios que informan al establecimiento permanente a efectos del IVA.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien el título propuesto puede parecer pretencioso, el verdadero objetivo del trabajo es científicamente adecuado. La aportación que el presente trabajo intenta realizar no es otra que la de condensar o reducir el instituto del establecimiento permanente en cuanto a su concepto, a un conjunto ordenado de principios generales, cláusulas convencionales, criterios y axiomas jurídicos, con la intención de poder llegar a la esencia del mismo, de manera tal que, a través de su reducción a un armazón jurídico-fiscal de principios básicos, puedan analizarse mejor las situaciones en las que pudiera surgir, o no, un establecimiento permanente, resultando justificada su existencia.

También intentaremos, con la misma finalidad, interrelacionar entre sí todos los principios generales que informan al concepto de establecimiento permanente para que dicho ejercicio teórico nos permita alcanzar conclusiones globales en su estudio. Para todo lo cual, creemos que lo más adecuado es seguir un método puramente discursivo que enlace unas ideas con las otras y permita ir incrementando paulatinamente la riqueza de las conclusiones.

Finalmente, indicar que la pretensión de este trabajo ha sido hallar los elementos que permiten al jurista definir si la situación de hecho que jurídicamente se ve obligado a calificar obedece o no a la existencia de un establecimiento permanente, labor que, sin duda, será más fácil si, como se pretenderá demostrar en el discurso jurídico que sigue, es posible llegar a una correcta interrelación entre los distintos principios generales que informan el concepto de establecimiento permanente en sus distintas modalidades.

El presente trabajo tiene su base fundamental en la ponencia de lectura de mi tesis doctoral en Derecho financiero y tributario realizada en la Facultad de Derecho de Sevilla que fue dirigida por el profesor doctor Antonio CUBERO TRUYO, estando conformado el tribunal que juzgó la misma por los profesores doctores: Fernando PÉREZ ROYO, Clemente CHECA, Rafael NAVAS VÁZQUEZ, Salvador RAMÍREZ y Juan CALERO. A todos los cuales, reitero mi agradecimiento.

2. EL GERMEN DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE COMO PUNTO DE CONEXIÓN Y COMO SUJETO PASIVO DE LA SOBERANÍA FISCAL; EL PRINCIPIO DE PERTENENCIA ECONÓMICA

El germen teórico del establecimiento permanente es, en nuestra opinión, **el principio de pertenencia cuasipersonal o económica**, que permite a un Estado gravar las rentas vinculadas a una sede de negocios fija en su territorio –el establecimiento permanente–. Dicho principio da fuerza legítima al gravamen del establecimiento permanente por parte del Estado donde se sitúa, puesto que una sede fija de negocios participa de las infraestructuras materiales, del mercado y de los servicios que aquel país pone a disposición de sus residentes (y no residentes establecidos) a través de la recaudación de impuestos directos y personales que tienen en cuenta la capacidad económica de aquéllos, así como sus circunstancias personales. En definitiva, el Estado de la situación grava a los establecimientos permanentes en su territorio porque dichos establecimientos se benefician en alguna medida de sus recursos, que son sufragados por todos los contribuyentes. Es un principio de justicia material. Así pues, podemos encontrarnos con supuestos de hecho en los que la pertenencia económica del sujeto no residente al país de la fuente, por ser excesivamente nimia, no justifique gravamen alguno por parte de aquél. Deberemos estar, por tanto, atentos a que el potencial establecimiento permanente alcance un determinado grado de fijeza, un cierto grado de permanencia en el otro Estado del que no es residente para poder justificar la imposición tributaria correspondiente. La referencia conjunta a la fijeza y a la permanencia es deliberada, como más adelante se apreciará, y no puramente aleatoria por cuanto afectan, ambas notas definitorias, al concepto de establecimiento permanente.

Por tanto, el Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante el MCDI OCDE), en lo atinente a la distribución de potestades impositivas, gravita sobre la **teoría de la pertenencia económica** y, por ende, rechaza la llamada **teoría de la realización** que exige únicamente para gravar al sujeto pasivo, en este caso, a través del establecimiento permanente, que éste obtenga ingresos en el país de su situación; mientras que para la **teoría de la pertenencia económica** bastará la integración en la estructura productiva del país, lo que permitirá gravar establecimientos permanentes que no cierran ciclo mercantil, siempre que no realicen actividades meramente auxiliares o preparatorias, aun cuando no sea un establecimiento directamente productivo sino un mero centro de costes, si es de aplicación el MCDI OCDE. Por cuanto que, si resulta de aplicación la norma nacional o interna, en tal caso también los establecimientos permanentes que no cierran ciclo mercantil pueden ser objeto de gravamen español.

Huyendo en nuestra exposición de una excesiva casuística, puesto que son muchas otras las diferencias entre norma convencional e interna, debemos señalar que un primer elemento de discordancia o diferenciación entre el MCDI OCDE y la norma interna española del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) es la adscripción en un mayor grado de la norma interna a la antes denominada **teoría de la pertenencia económica**, puesto que la norma española permite que los lugares que realicen meras actividades auxiliares o preparatorias podrán constituir establecimiento permanente en sede de nuestro IRNR (por ejemplo, almacenes).

Ahora bien, el Estado de situación del establecimiento permanente no logra, a través del llamado **principio de pertenencia cuasipersonal o económica**, suficiente fuerza impositiva como para atraer a

la potencial base imponible del establecimiento las rentas mundiales del sujeto no residente titular, esto es, de su casa central. De ello se induce otro principio importante en la delimitación del establecimiento permanente como concepto jurídico-fiscal, cual es el llamado **principio de fuerza atractiva limitada o analítica**, por el que solamente se atribuirán al establecimiento permanente las rentas obtenidas por el no residente a través del mismo (eso sí, renta mundial, obtenida dentro o fuera del país de situación, lo que es un significativo fenómeno de extraterritorialidad), mas no las rentas obtenidas por el titular no residente sin la intermediación del establecimiento permanente, ni las obtenidas por éste (*i.e.* la casa central) fuera del Estado de situación del establecimiento, ni tampoco las rentas obtenidas por esa casa central no residente dentro del Estado de situación del establecimiento permanente, pero sin vinculación efectiva con el mismo. La posibilidad de existencia de una pluralidad de establecimientos permanentes, ubicados dentro de una misma jurisdicción y dependientes de la misma casa central, ratifica la **prohibición de la vis atractiva incondicional (*force-of-attraction rule*)** y, por consiguiente, refuerza la aplicación al establecimiento permanente del **principio de fuerza atractiva limitada**. También tal circunstancia se erige en una manifestación del fenómeno de personificación fiscal del establecimiento permanente.

En relación con esta cuestión, hay que destacar que incluso en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), donde sí viene rigiendo hasta ahora la tradicional *vis atractiva* del establecimiento permanente, tal regla va a ceder a favor del **principio de vinculación económica efectiva**. En efecto, el ya conocido **Anteproyecto de Ley por el que se transponen determinadas directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del IRNR para adaptarla a la normativa comunitaria**, prevé la desaparición de la llamada *vis atractiva* de los establecimientos permanentes a efectos del IVA, como consecuencia de la modificación operada por la Directiva 2008/8/CE del artículo 192 bis de la Directiva 2006/112/CE que ha obligado a revisar el artículo 84.2 de la Ley 37/1992, en el sentido de exigir la intervención del establecimiento permanente en la operación para la cual se quiere determinar quién es su sujeto pasivo.

La necesidad comentada de limitar la fuerza impositiva del Estado de la situación a determinadas rentas vinculadas al establecimiento permanente deriva en tres principios puramente operativos, que no materiales o definitorios del concepto, y que son reflejo de la misma necesidad de atracción impositiva limitada. Ellos son:

1. El **principio de empresa separada o principio de empresa independiente**;
2. El **principio de contabilidad separada o método directo**; y
3. La valoración a mercado de las operaciones vinculadas o el llamado, en lengua inglesa, ***arm's lenght principle***.

El **principio de empresa separada** que afecta al establecimiento permanente tiene su reflejo en la aplicación del mencionado **principio de contabilidad separada**, sistema opuesto al método de cifra relativa, como mecanismo para atribuir beneficio al establecimiento permanente frente a su casa central.

El beneficio atribuible al establecimiento permanente encuentra así su base en la contabilidad propia del establecimiento permanente frente a la estimación del mismo sobre la base de determina-

dos parámetros económicos comparados sobre el total de la empresa, como representa el **método de cifra relativa**.

Debe, además, concluirse que nuestra norma interna acoge el **principio de contabilidad separada**. Así, baste mencionar que el artículo 22 de la Ley del IRNR establece: «(L)os establecimientos permanentes estarán obligados a llevar contabilidad separada, referida a las operaciones que realicen y a los elementos patrimoniales que estuviesen afectos a los mismos». Sobre dicha contabilidad es sobre la que se determinará, una vez practicados los correspondientes ajustes fiscales, la base imponible del establecimiento permanente dada la remisión del artículo 17 de la Ley del IRNR a Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

Igualmente, el **principio de empresa separada** precisa que las operaciones realizadas entre el establecimiento permanente y su casa central sean valoradas a precio de mercado para evitar que, de manera fraudulenta, se altere el correcto resultado gravable del establecimiento permanente para lo cual establecimiento permanente y casa central son consideradas partes vinculadas a efectos fiscales (*arm's length principle*). Tal vinculación se encuentra así establecida por el artículo 16.2 j) de la LIS que califica como partes vinculadas a una sociedad española y sus establecimientos permanentes en el extranjero.

Pudiera pensarse que nos estamos distanciando del objeto declarado del presente trabajo, que es el análisis del concepto de establecimiento permanente y no de su régimen tributario. Pero creemos que las reglas o principios que están saliendo a relucir, aun siendo, en algunos casos, criterios de gravamen, resultan fundamentales para calibrar en sus justos términos el sentido de la definición del establecimiento permanente. En este instituto los aspectos relativos a la manera en que va a producirse la tributación resultan datos definitorios (no meramente contingentes o adjetivos) de la fisonomía del establecimiento permanente. Resulta inherente al fundamento de la figura del establecimiento permanente que los aspectos conceptuales estén indisolublemente ligados a los aspectos de su consecuente régimen tributario. La elucubración sobre el sistema exacto de gravamen no puede ser una decantación posterior sino que llega de la mano de la decisión sobre la propia existencia o no del establecimiento permanente.

Los tres principios, reglas o criterios de tributación mencionados, aunque no definitorios del establecimiento permanente, están íntimamente interrelacionados con el **principio de fuerza atractiva limitada o analítica** que es, a su vez, reflejo del **principio de pertenencia cuasipersonal o económica** y, de otro principio, hasta ahora no mencionado: el **principio de co-soberanía fiscal**, por el cual el Estado de la situación del establecimiento permanente y el Estado de la residencia de su casa central comparten el poder tributario sobre el mismo.

No obstante, este último principio regulador del establecimiento permanente (*i.e.* **principio de co-soberanía fiscal**) tiene algunas excepciones, excepciones derivadas de la normativa convencional:

- i) Así, en relación con las rentas derivadas de la navegación internacional, ya sea marítima o área, el MCDI OCDE otorga poder tributario exclusivo al país de residencia del establecimiento permanente. Se puede hablar en este caso de un **principio de prevalencia impositiva del Estado de residencia**.

- ii) Por el contrario, en el caso de rentas de artistas y deportistas, se pretende por parte del MCDI OCDE el objetivo contrario, que es preservar el poder tributario del país donde se desarrollan las actividades. Se puede hablar, en este caso, de un **principio de prevalencia impositiva del Estado de la fuente**.

Finalmente, debemos indicar que el **principio de pertenencia cuasipersonal o económica** es de nuevo el germen de un ya ampliamente conocido e identificado fenómeno de «personalización» del establecimiento permanente, que es un elemento caracterizador del establecimiento permanente ampliamente analizado doctrinalmente. Decimos que tal principio es germen de este fenómeno puesto que es la pertenencia económica la que lleva a generar impuestos personales y subjetivos que buscan determinar el beneficio gravable sobre la base tributaria que tenga en consideración circunstancias específicas del sujeto pasivo. La progresiva personificación del establecimiento permanente se manifiesta en las siguientes pautas de su tributación, que resultan numerosas y que meramente relacionamos:

1. El **principio de empresa separada e independiente** del artículo 7.2 del MCDI OCDE y el correlativo **principio de contabilidad separada** o método directo que, frente al llamado método de cifra relativa de negocios o método indirecto o «español», no considera unitariamente a la empresa extranjera cuando se trata de distribuir el beneficio gravable entre distintas jurisdicciones fiscales.
2. El establecimiento permanente en España es gravado por la renta mundial que al mismo pueda ser atribuida y no, exclusivamente, por la renta de fuente española.
3. La existencia de una imposición complementaria sobre la repatriación de beneficios (*Branch profits tax*) y el abono de intereses no deducibles (*Branch level interest tax*).
4. La naturaleza de la imposición del no residente que obtiene rentas en España mediante establecimiento permanente es personal y subjetiva (con la prudencia que este último calificativo debe utilizarse cuando se aplica a sujetos que pueden ser tanto personas físicas como jurídicas), mientras que la imposición del no residente sin establecimiento permanente es normalmente un tributo de carácter real y objetivo.
5. La posibilidad que tiene el establecimiento permanente en España de constituirse en entidad dominante de un grupo consolidado a efectos del IS y de un grupo de entidades a efectos del IVA. Si bien parece que, en la práctica, tal posibilidad tan sólo beneficiaría a las sucursales puesto que el artículo 16.1 de la Ley del IRNR establece que «(L)os activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad sólo se considerarán elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente cuando éste sea una sucursal registrada en el Registro Mercantil y se cumplan los requisitos reglamentarios».
6. La posibilidad de que una misma casa central disponga de diversos establecimientos permanentes en territorio español cuando realicen actividades claramente diferenciales y la gestión de los mismos se lleve de forma separada (art. 17 de la Ley del IRNR).
7. En el ámbito del Derecho convencional, otra expresión clara de la personalización del establecimiento permanente es la prohibición de aplicar el **principio de vis atractiva** del esta-

blecimiento permanente. Los CDI obedecen al **principio de fuerza atractiva limitada o principio de vinculación efectiva**, lo que formulado de forma negativa equivale a que el MCDI OCDE ha eliminado la llamada *force of attraction rule*. Este tema ya ha sido anteriormente tratado.

8. La progresiva uniformidad de las reglas de tributación del mismo con independencia de que dependa éste de una persona jurídica o física puesto que le son, en ambos casos, de aplicación, por la remisión normativa realizada por el artículo 18 de la Ley del IRNR, las normas para la definición de la base imponible prevista por el IS. A lo que se añade la eliminación del artículo 14 del MCDI OCDE que regulaba la sede fija de negocios de una persona física no residente en el estado de la fuente. A partir de la eliminación del artículo 14 del MCDI OCDE, tanto personas físicas como jurídicas pueden dar lugar en su operativa a un establecimiento permanente del artículo 5 del MCDI OCDE.
9. A las transacciones realizadas entre el establecimiento permanente y su casa central le son de aplicación las normas de valoración a precios de mercado (*arm's lenght principle*) previstas por el artículo 16 de la LIS como si un establecimiento permanente dispusiese de personalidad jurídica diferente a su casa central. Este aspecto también ha quedado comentado anteriormente.
10. En nuestra opinión, los comentarios al MCDI OCDE, al igual que nuestra norma interna en el artículo 17 de la Ley del IRNR, permiten la diversidad de establecimientos permanentes puesto que la atribución del beneficio imponible viene determinado por la contabilidad separada y **el principio de vis atractiva** limitada, de manera tal que una empresa extranjera puede ser gravada en España por las rentas que le sean directamente atribuibles a la misma sin mediación de establecimiento permanente e, independientemente, a través de cada establecimiento permanente que realice actividades claramente diferenciales y que la gestión de los mismos se lleve de modo separado.
11. También supone un indicio de la personalización progresiva del establecimiento permanente el que éste, a efectos del IVA y como es definido por dicha norma, es un sujeto pasivo del citado impuesto distinto de su casa central.
12. El artículo 9 de la Ley del IRNR establece un sistema de responsabilidad solidaria aplicable a los pagadores de rentas a no residentes sin establecimiento permanente que no resulta de aplicación a los supuestos en los que se causa establecimiento permanente en territorio español.
13. Por último, es también reflejo de la progresiva personificación del establecimiento permanente la aplicación del **principio de no-discriminación**, de tal manera que, de conformidad con el artículo 24.3 del MCDI OCDE, los establecimientos permanentes de un Estado contratante no podrán ser sometidos a imposición en el otro Estado signatario del convenio de forma menos favorable que las empresas residentes en este último Estado.

Quizá, en cambio, si merece la pena indicar la existencia de un fenómeno contrario al de la personalización «fiscal» del establecimiento permanente: es el de la dilución de la personalidad jurí-

dica de la filial o de la sociedad vinculada por el cual la sociedad controlada (*Controlled Corporation*) pasa a manifestar elementos caracterizadores del establecimiento permanente. Dicha evolución por la que se busca limitar la personalidad jurídica de la filial se manifiesta en los regímenes tributarios por los cuales el beneficio fiscal es «transparentado» a los socios (transparencia fiscal internacional), por aquellos en los cuales los intereses son reclasificados a retribución del capital (subcapitalización o *thin capitalization*), por la casuística amplia en Derecho convencional, según interpretaciones jurisprudenciales y administrativas por las cuales la empresa asociada que actúa como *commissionaire* de una mandante-empresa vinculada se reputa agente autorizado superando la conocida en el ámbito convenido como **cláusula antiórgano**.

Es decir, la filial de una sociedad no residente no debe, sin otros requisitos, implicar la existencia para esta última de un establecimiento permanente a través de aquélla sino que deberán además cumplirse los requisitos exigidos por la cláusula general de establecimiento permanente o, alternativamente los establecidos por el llamado *the construction of the permanent establishment* o *the agency of the permanent establishment* para que la filial se erija en establecimiento permanente de su matriz. Por tanto, la llamada **cláusula antiórgano** recogida en el MCDI OCDE pretende preservar la personalidad jurídica independiente de la filial frente a su matriz en el puro ámbito tributario. Evidentemente, no observamos la pertinencia de la aplicación de la **cláusula antiórgano** en aquellos supuestos en los cuales el vehículo de inversión en el país de ubicación del establecimiento permanente carece de personalidad jurídica propia, como UTE, determinadas fórmulas de *joint venture*, comunidades de bienes, *partnerships*, etc.

Otra manifestación importante del fenómeno de dilución fiscal de la personalidad jurídica de la sociedad vinculada o empresa asociada es, sin duda, el **principio de dependencia** al que más adelante nos referiremos y que está actuando fuertemente con efecto limitativo de la **cláusula antiórgano** mencionada.

3. UNA PRIMERA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE PERTENENCIA ECONÓMICA: EL RELAJAMIENTO DEL ELEMENTO PERSONAL EN LA DEFINICIÓN GENERAL DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

En este repaso de los principios inspiradores del instituto del establecimiento permanente, tiene singular importancia recalcar el hecho de que el comentado **principio de pertenencia cuasipersonal o económica**, sobre el que se construye la justificación material del gravamen en el Estado de situación del establecimiento permanente, ha ido exigiendo cada vez menos implicación del elemento personal del concepto de establecimiento permanente, así como del elemento de fijeza del mismo; ello debido, en parte, a la rápida evolución tecnológica.

Así pueden entenderse las recientes modificaciones de los comentarios al Modelo de Convenio derivadas del tratamiento fiscal del comercio electrónico propuesto por la OCDE y la asimilación consolidada de la llamada **cláusula de Use of Substantial Machinery**, aceptando que la utilización de maquinaria en el territorio de un Estado pueda erigirse en un supuesto de establecimiento permanente

por constituir este equipo un lugar de negocios (*Machinery or equipment of the permanent establishment*). La cláusula de *Use of Substantial Machinery* ha supuesto, en cierto modo, una relajación del elemento personal del establecimiento permanente, así como un alejamiento de la teoría conocida en la doctrina comparada como *base approach o base theory*, que el párrafo 5 de los comentarios al MCDI OCDE ha finalmente desterrado del ámbito del Derecho convencional, por la que se exigía que el utillaje empresarial quedase fijo al suelo para disponer de un «un lugar fijo de negocios» susceptible de convertirse en establecimiento permanente, es decir, inmovilizado al mismo, sustituyéndose tal idea primigenia por la de permanencia del utillaje en un lugar determinado como con mayor flexibilidad, como expresa literalmente el mismo párrafo 5 de los comentarios al artículo 5 del MCDI OCDE. Sin embargo, este extrañamiento del elemento personal del concepto de establecimiento permanente en la imposición del establecimiento permanente no ha sido compartido en el ámbito de la imposición indirecta, puesto que en el IVA se sigue exigiendo para la constitución de un establecimiento permanente el cumplimiento del llamado por la jurisprudencia comunitaria **principio de consistence minimale**, por el que resulta necesario que concurren los suficientes medios materiales y humanos. Un acercamiento entre ambas posturas, a efectos de imposición directa e indirecta, resultaría, sin duda, deseable.

4. UNA SEGUNDA EXPRESIÓN DE LA PERTENENCIA ECONÓMICA: LA MAYOR PREPONDERANCIA DEL ELEMENTO DE PERMANENCIA TEMPORAL SOBRE EL DE FIJEZA GEOGRÁFICA PERO LA TODAVÍA NECESARIA PRESENCIA FÍSICA; LAS PARTICULARIDADES DE VINCULACIÓN FÍSICA DEL AGENTE AUTORIZADO

En nuestra opinión, otra expresión de la aplicación del tan mencionado **principio de pertenencia económica o vinculación efectiva** debe suponer que la permanencia en el tiempo pueda compensar el eventual déficit de fijeza geográfica, siendo, como hemos comentado a lo largo del trabajo, la fijeza geográfica y la temporal, dos conceptos que deben complementarse adecuadamente en cada supuesto de hecho de manera que pueda razonablemente concluirse sobre la existencia de establecimiento permanente cuando se denote una fuerte vinculación económica de la actividad desarrollada con el país de la fuente (pertenencia económica).

Sin embargo, el principio que no debe en caso alguno ceder en la conceptualización del establecimiento permanente es el **principio de presencia física en el país de la fuente**, ya sea ésta móvil o automática a través de la maquinaria correspondiente. Ni siquiera, en nuestra opinión, cuando el MCDI OCDE no reclama al agente dependiente que causa establecimiento permanente que, a su vez, esté establecido en el Estado de situación, se debe exceptuar la realización física de la correspondiente intermediación mercantil en el país de la fuente o, al menos, una permanencia suficiente en el mismo. Lo contrario significaría no sólo acabar con el **principio de presencia física** sino, adicionalmente, derogar un principio fundamental del comercio internacional como es el **principio de no gravamen del comercio internacional por impuestos directos**, exceptuada la existencia de establecimiento permanente (**criterio de establecimiento permanente** como punto de conexión). Así pues, en relación con el agente dependiente autorizado, podríamos entender que más que una excepción al **principio de presencia física en el país de la fuente**, éste podría obedecer en su conceptualización como establecimiento permanente a una **regla especial de desvinculación relativa del Estado**

de situación, por cuanto que no se exige ni que la empresa mandante disponga de un lugar fijo de negocios en aquél ni que el agente sea residente fiscal en el mismo. Consecuentemente, tampoco es preciso que el agente dependiente disponga de un lugar fijo de negocios en el Estado impositor (aunque sí a efectos del IVA).

Si hemos señalado que el elemento temporal (la verificación del grado de permanencia) viene ganando terreno a la fijeza geográfica, como elemento físico, en la definición jurídica del establecimiento permanente, tal circunstancia no afecta a las obras o proyectos de construcción o instalación que obedecen desde siempre a **un test o principio de duración** puesto que, al no tener éstas, por esencia, carácter indefinido, la norma interna o el CDI aplicable fijarán el plazo temporal de extensión de la obra para causar establecimiento permanente. Por otro lado, las obras y similares no han rebajado, en nuestra opinión, la exigencia de presencia física en el país de situación de la misma por cuanto se erigen en un supuesto de exclusión del principio identificado por la doctrina comparada del *to serve the business activity, not to be subject to business activities* (SKAAR), que más adelante mencionaremos. De hecho, la ampliación de su supuesto de hecho en 2003 por la cual pasaban a constituir establecimiento permanente las actividades de supervisión y planificación no realizadas por constructor de la obra exige que dichas labores sean realizadas en la obra, *on-site* en terminología del MCDI OCDE, lo que ha supuesto en nuestra opinión una nueva manifestación del **principio de presencia física**.

No obstante, cuánto debe permanecer el utillaje empresarial del potencial sujeto pasivo no residente en el Estado de situación posible del establecimiento permanente para que un lugar de negocios pueda convertirse en fijo, no queda aclarado ni por el MCDI ni por la norma interna cuando ésta resulta aplicable. Ambas normas, exclusivamente, fijan un plazo para causar establecimiento permanente a las obras o proyectos de construcción o instalación: el anteriormente denominado **test de duración**. En relación con esta materia, entendemos y defendemos que el plazo fijado por el CDI aplicable para causar establecimiento permanente como obra o proyecto de construcción o instalación no puede erigirse en elemento integrador de la norma que regula la definición general de establecimiento permanente puesto que, en tal materia, entendemos que debe operar el **principio de proscripción de la analogía** para extender el hecho imponible que contiene nuestra LGT puesto que, si bien coincidimos con interpretaciones tendentes a ubicar la aplicación del citado principio a sus justos términos, creemos que la definición de establecimiento permanente es un expediente tan determinante de la sujeción tributaria que entraría en el núcleo duro de la definición del hecho imponible y, por consiguiente, en el ámbito en el que con mayor prudencia deben observarse las limitaciones a la integración analógica.

Así pues, podemos concluir que:

1. En relación con la definición o cláusula general del establecimiento permanente, debe instarse **un test de permanencia** por el cual serán las características y naturaleza de la propia industria o negocio ejercido lo que determinará la existencia de un establecimiento permanente y cuál será el necesario ciclo económico para tal fin. Todo ello sobre la base de un mero **criterio intencional**, reconocido, al menos, en Derecho convencional, por el cual se debe atender más a la intencionalidad del empresario de que su actividad tenga un carácter permanente o indefinido que al hecho de que, finalmente, la realidad vital o económica lo

permita, o en su caso, lo impida. Vemos aquí necesarias concomitancias de este **criterio intencional** con la realidad jurídica de que el empresario en el IVA lo es desde que, por actos inequívocos, manifiesta su voluntad de serlo, pudiendo obtener la devolución del citado impuesto soportado con anterioridad al inicio efectivo de la actividad.

2. En cambio, en relación con las obras y proyectos de construcción o instalación, será un **test de duración** el que defina la existencia de un establecimiento permanente. La duración es un elemento determinante de este tipo de establecimiento permanente que frente a la imposible permanencia, dado su marcado carácter temporal que le excluiría del concepto de establecimiento permanente, se erige en una victoria del estado de situación del establecimiento permanente frente al principio general de preponderancia tributaria del Estado de residencia. Creemos en la bondad jurídica de la interpretación por la cual la no aplicación a las obras y proyectos como establecimiento permanente de la **presunción de carácter indefinido**, que sí aplica a la cláusula general, es el origen de la reenumeración operada tras 1977 en el MCDI de la OCDE por el que se atribuyó un apartado específico a las obras y similares saliendo de la enumeración ejemplificativa del artículo 5.2 de tal manera que, en nuestra opinión, se intentaba salvar la necesidad de que las obras y similares cumplieran con los requisitos de la cláusula general en cuanto a la permanencia en el tiempo y aún cuando no se superase el umbral temporal marcado en el CDI, se pudiera causar establecimiento permanente. Con la reenumeración hecha, es claro que la superación del plazo temporal es más el único requisito constitutivo de esta modalidad de establecimiento permanente si se cumplen el resto, eso sí, de requisitos exigidos por la definición general de establecimiento permanente. Más adelante volveremos sobre los principios que, en nuestra opinión, informan las relaciones e interacción entre la cláusula general de establecimiento permanente y las obras y similares como supuesto constitutivo de establecimiento permanente.

Finalmente, conviene señalar que los últimos comentarios añadidos en 2008 al MCDI OCDE han previsto la relajación, en caso de ser pactado entre los países signatarios de un CDI, del **principio de presencia física** para los supuestos de prestaciones de servicios en los que no se cause establecimiento permanente en el sentido habitual de los apartados 1 al 3 del artículo 5; pero si se observe, además de otros requisitos, una presencia considerablemente extendida en el país de la fuente, mediante la aplicación del método de días de presencia física (*days of physical presence method*) en la prestación del servicio por parte de la correspondiente persona física en representación de la empresa no residente o directamente por el propio empresario o profesional no residente.

En nuestra defensa del **principio de no gravamen del comercio internacional por impuestos directos**, del **principio de pertenencia económica** y del **principio de presencia física** entendemos que la consideración de las *web sites* como establecimientos permanentes supondría una reacción contradictoria o adversa: volver al **principio de tributación en el país de residencia del pagador de la renta** y subvertir el **principio de pertenencia económica**, puesto que este último se basa en el hecho de que el contribuyente en cuestión, en este caso la empresa no residente operadora en Internet, haga también uso de los servicios públicos que una determinada colectividad nacional financia a través de la imposición de sus residentes fiscales y no residentes establecidos, lo cual no concurre obviamente en el supuesto.

5. LA UNIDAD DE OBRA COMO MANIFESTACIÓN DEL CRITERIO DE COHERENCIA COMERCIAL Y GEOGRÁFICA

Siguiendo el hilo discursivo, no debe rechazarse a nuestro juicio la existencia de lugares fijos de negocio instalados en plataformas flotantes o vehículos de transportes; si hay permanencia en el tiempo, claro está. Y tampoco debe rechazarse la condición de lugares fijos de negocio a aquellos que van trasladando su ubicación. En este sentido, los comentarios al MCDI OCDE permiten extraer criterios para concluir sobre la existencia de un lugar de negocios «fijo» aun cuando pueda estar dotado de una cierta movilidad. Para que en estos casos exista establecimiento permanente, será preciso que concurra una mínima «coherencia comercial y geográfica». El **criterio de coherencia comercial y geográfica** desarrollado por la OCDE permite superar el escollo histórico de identificar a la fijeza con la inmovilidad y, en cambio, no con la permanencia. En el trabajo hemos ahondado en el significado jurídico de ambos términos, coherencia comercial y coherencia geográfica.

Pues bien, el **criterio de coherencia comercial y geográfica** que alumbró el concepto de establecimiento permanente tiene una peculiar y profunda aplicación en el **concepto jurídico de unidad de obra**, a los efectos de determinar cuándo las obras o proyectos de construcción o instalación constituyen establecimiento permanente. En síntesis, una obra deberá considerarse una unidad a condición de que constituya un todo coherente en el plano comercial y geográfico, aun cuando se firmen varios contratos e incluso si los pedidos o encargos empresariales o profesionales son realizados por distintos clientes. El **concepto jurídico de unidad de obra** únicamente es aplicable por norma en la esfera convencional y también ha sido exigido por la propia Administración tributaria a efectos del IVA a través de varias contestaciones a consultas. El actual Texto Refundido de la Ley del IRNR carece de criterio alguno sobre la cuestión analizada, es decir, no acoge el **criterio convenido de unidad de obra**, con lo que ello pudiera implicar. No obstante, el fenómeno que prevemos más intenso a futuro es, sin embargo, el inverso al deseable técnicamente por cuanto se adivina una función integradora en este aspecto de los comentarios al MCDI OCDE en relación con la norma interna cuando el mecanismo técnicamente correcto hubiera sido el contrario, es decir, que salvada la aplicación del **principio de calificación autónoma de convenios**, de no disponer éstos de calificación jurídica específica del elemento tributario de que se trate, sea la norma interna en cuestión, en nuestro caso, la que integrara interpretativamente la norma convencional.

Finalmente, señalar que no consideramos correcto aplicar una solución analógica por la cual la combinación de varias obras de construcción o instalación que individualmente no constituyen establecimiento permanente no puedan constituirlo conjuntamente en aplicación extensiva del apartado 4 f) del artículo 5 por el cual a dicha solución se llega en el caso de lugares de negocios auxiliares. Varios son los argumentos que nos animan a tal conclusión: i) las dificultades que vemos a recursos integradores de naturaleza analógica en todos los aspectos tocantes a la definición de establecimiento permanente por cuanto que afectan muy de cerca a la configuración del hecho imponible en su función de punto de conexión tributario puesto que, de no existir establecimiento permanente, la renta no se gravaría o se gravaría de otra manera; ii) por cuanto consideramos acertado técnicamente en el cómputo del umbral temporal de las obras para constituir establecimiento permanente, la adición de proyectos sucesivos (no tendría sentido la adición de los simultáneos), una vez sea posible demostrar una coherencia comercial y geográfica suficiente para identificar un único proyecto empresarial.

6. LA EFICACIA RETROACTIVA DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

En consecuencia (seguimos hilvanando nuestro discurso), si la permanencia, unida a cierta vinculación física al territorio de la fuente, tiene una dimensión netamente temporal, podrá ocurrir que lo nacido como limitado en el tiempo adquiera, por su propio devenir histórico, un carácter indefinido. Sobre la base de ello, el establecimiento permanente obedece al **principio de eficacia retroactiva**; es decir, la constitución sobrevenida de un establecimiento permanente implica su consideración como tal desde el primer día, con carácter retroactivo. Tal principio podrá dar lugar, sin dudas, en supuestos de falta de planificación temporal, a laboriosas y quizás costosas regularizaciones tributarias.

7. LA NO CONFUSIÓN ENTRE EL LUGAR FIJO DE NEGOCIOS QUE CONSTITUYE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE Y LOS ELEMENTOS AFECTOS A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA; LAS EXCEPCIONES A DICHA REGLA

Por otro lado, no debe confundirse el lugar fijo de negocios que constituye el establecimiento permanente, como elemento afecto al funcionamiento de la empresa, con el objeto propio de la actividad (salvo en aquellos supuestos en los cuales una obra de construcción, instalación o montaje causa establecimiento permanente en el país de su situación, donde el objeto de la actividad y el lugar de desarrollo pueden coincidir). Tal característica definida por el profesor SKAAR como *to serve the business activity, not to be subject to business activities*, podría, en nuestra opinión, ser elevada a la condición de principio inspirador del concepto de establecimiento permanente. Así, por ejemplo, no pueden catalogarse los inmuebles a disposición de sujetos pasivos no residentes como establecimientos permanentes de manera automática porque se corre el riesgo de suponer que el objeto de la actividad empresarial (pensemos en locales o viviendas arrendados) representa de suyo «lugar fijo de negocios». Y mencionamos el caso de los inmuebles arrendados, puesto que, a efectos del IVA, es quizás el único supuesto de entre los enumerados por la norma que no cumple con el citado principio *to serve the business activity, not to be subject to business activities* que, dicho sea de paso, no ha sido formulado doctrinalmente a efectos del mencionado impuesto. También podemos adivinar la excepción a dicho principio en las obras y proyectos de construcción o instalación puesto que serán dichas obras las que constituyan en sí el establecimiento permanente confundiendo el objeto de la actividad con el lugar de negocios. Es decir, no será precisa la existencia de otro lugar de negocios distinto de la obra o similar para causar establecimiento permanente.

8. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN APLICADO AL CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Con la finalidad de determinar los supuestos de establecimiento permanente, podemos concluir, en varios casos, que el **principio de no-discriminación** establecido por los CDI resulta aplicable entre los residentes españoles y los no residentes bajo la cobertura de dicho CDI; pero tal principio no resulta predicable entre los sujetos residentes en un país con convenio y los residentes en un país sin con-

venio a los que se aplica directamente la normativa nacional. Es evidente que estos últimos no pueden invocar el principio de no-discriminación por resultar gravados de manera más intensa que los no residentes que disfrutaban de convenio pero, asimismo, cabrá la posibilidad de que existan en los CDI supuestos de establecimiento permanente más amplios, con la correspondiente atracción de sus rentas a la jurisdicción española, que los previstos por la normativa interna española. Y, en estos supuestos, no cabrá aducir **el principio de no-discriminación** proclamado con una virtualidad distinta en el convenio. Todo ello sobre la base de otros dos principios importantes en Derecho tributario internacional y, en concreto, para la definición de establecimiento permanente, aunque no aplicables a éste en exclusiva, los cuales son: 1) el **principio de prioridad de los tratados internacionales como fuente del derecho**, que puede conducir a que el convenio, a pesar de su marcado carácter finalista (eliminar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal), establezca condiciones tributarias más onerosas que las recogidas por la norma interna; y 2) el **principio de calificación autónoma de los CDI**, que supondrá en nuestro caso que sea el CDI aplicable el que deba definir el concepto y los supuestos de establecimiento permanente. Sin embargo, sí podría caber, como ocurre con algunos convenios suscritos por España, que se aplique la **cláusula de nación más favorecida**, de tal manera que si España firmase un CDI posterior al que recogiese la citada cláusula y que implicase una menor amplitud del concepto de establecimiento permanente, la redacción del citado nuevo convenio, en este aspecto, sería aplicable a la relación bilateral de España con el país con el que suscribió el primer CDI y con el que pactó la **cláusula de nación más favorecida** (obviamente, tampoco la **cláusula de nación más favorecida**, por ser norma convencional, se aplica para aquellos supuestos en que la norma nacional interna española pase a prever mejores condiciones, en cuanto a la restricción del concepto de establecimiento, que el CDI en cuestión).

9. PRINCIPALES REGLAS RECTORAS DE LA INTERACCIÓN ENTRE LAS PRINCIPALES MODALIDADES DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE Y LA CLÁUSULA GENERAL DEL MISMO

No podemos dejar de enunciar los criterios jurídicos que, en nuestra opinión, identificamos como reglas rectoras de la relación e interacción entre la cláusula general del establecimiento permanente y las dos principales modalidades de establecimiento permanente cuales son las obras y similares y el agente dependiente autorizado. Dichos principios son en relación con las obras, el **criterio de preferencia** y, en relación con el agente dependiente, **el criterio de alternancia**.

- En relación con las obras o proyectos de construcción o instalación, el artículo 5.3 del MCDI dedicado específicamente a tales actividades, tiene absoluta preferencia sobre el artículo 5.1 en el que se consagra el concepto general o abstracto de establecimiento permanente. En este caso, la norma especial prevalece sobre la norma general. El artículo 5.3 es, por tanto, *lex specialis*. Todos los componentes de la definición general del establecimiento permanente se hallan presentes en el concepto que deriva de la aplicación del artículo 5.3, puesto que no cabe duda de que las obras representan un lugar de negocios, no cabe duda de que se trata de un lugar de negocios fijo desde el punto de vista geográfico (la fijeza geográfica es compatible con el desplazamiento de las obras cuando las circunstancias pro-

pías de la naturaleza de las mismas así lo determinan) y no cabe duda de que en él se desarrolla una actividad empresarial. Las obras son una categoría de establecimiento permanente que cumple con las condiciones establecidas en la cláusula general, con la única especificación del factor temporal. Por tanto, el artículo 5.3 se limita a desligarse del concepto general por lo que respecta al requisito de la fijeza temporal, cuyo examen sigue sus particulares cánones. Sólo en este terreno puede decirse que el artículo 5.3 se impone y anula al artículo 5.1 obteniendo la preferencia que reclamamos para el mismo.

Dicho sea de paso, en la interacción dada entre la definición general de establecimiento permanente y las obras y similares como tales, algo más las distingue y permite ratificar el **criterio de preferencia de las obras** sobre el concepto general antes enunciado, puesto que hemos entendido que en el concepto general de establecimiento permanente, el elemento intencional en el carácter indefinido de la actividad empresarial se presume, mientras que las obras y similares como establecimiento permanente no aplican **presunción de carácter indefinido** alguna, que sí aplica al resto de modalidades de establecimiento permanente, en especial a la modalidad general del mismo del artículo 5.1 del MCDI OCDE.

- En relación con el agente dependiente autorizado, la cláusula general del establecimiento permanente físico del apartado 1 del artículo 5 resulta prioritaria respecto de la regulación del agente dependiente autorizado del apartado 5 del mismo artículo. No obstante, en el caso de inexistencia de establecimiento permanente físico, el agente dependiente autorizado es alternativo a aquél por lo que habrá que analizar su existencia o no. Según se señala en el mencionado párrafo 35 de los comentarios al artículo 5 del MCDI OCDE, «conviene tener en cuenta que el apartado 5 se limita a establecer un criterio alternativo para determinar si una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado. Si puede demostrarse que la empresa tiene un establecimiento permanente en el sentido de los apartados 1 y 2 (sin perjuicio de lo dispuesto por el apartado 4), no será necesario demostrar que la persona autorizada cumple las condiciones del apartado 5». En el supuesto de que ya se disponga por la empresa no residente de establecimiento permanente en el sentido de los apartados 1 (definición general de establecimiento permanente) y 2 (relación no exhaustiva de establecimientos permanentes) del artículo 5 del MCDI OCDE, no será preciso plantearse ni demostrar que existe una persona autorizada para concluir contratos en nombre de la empresa para considerar la existencia de un establecimiento permanente en el otro Estado contratante. Cuestión distinta será que el agente dependiente autorizado que no se encuentra vinculado a establecimiento permanente físico, ex artículo 5.1 ó 5.2, pueda conllevar, en su defecto, que la empresa no residente disponga de establecimiento permanente en el otro Estado contratante. Puesto que en tal caso, la prioridad de los artículos 5.1 y 5.2 frente al apartado 5 del mismo artículo quebrara, jugando exclusivamente el denominado por nosotros **criterio del alternancia** (y el **principio de fuerza atractiva limitada** como mecanismo general de atribución de rentas). Tal reflexión debiera conducir, por consiguiente, a considerar que en el supuesto en el que un establecimiento permanente físico (definición general de establecimiento permanente y obras de construcción, instalación o montaje) de una empresa no residente coincida en el territorio del otro Estado contratante con un agente dependiente no vinculado a aquel establecimiento permanente, existen, al menos, y en el ejemplo propuesto, dos establecimientos permanentes de la empresa no residente: uno constituido por el establecimien-

to permanente físico y otro por el propio agente dependiente. Por mor del **principio de fuerza atractiva limitada**, los establecimientos permanentes, sean agentes autorizados o establecimientos físicos, actúan como distintos centros de atribución de rentas si la gestión es separada y la actividad suficientemente diferente, hasta el punto de que se impide la compensación recíproca de sus rentas (art. 17.2 de la Ley del IRNR).

10. EL PRINCIPIO DE DEPENDENCIA EN LA INTERPRETACIÓN DEL AGENTE AUTORIZADO

El concepto de agente dependiente es un concepto de Derecho convenido que no debe buscarse en la ley nacional, sea ésta fiscal o de otra rama del Derecho, por cuanto que en este aspecto juega el **principio de calificación autónoma** de los convenios.

Resulta evidente que el agente autorizado para contratar en nombre de su mandante no residente debe cumplir con el **principio de dependencia** que, en este específico caso, reviste una doble vertiente legal y económica. Aspecto más discutido es que el agente autorizado y dependiente que causa establecimiento permanente, bajo la aplicación del MCDI OCDE, deba circunscribir su actuación para causar establecimiento permanente al ámbito de la representación directa, es decir, que deba actuar en nombre y por cuenta ajena. De ser así, el representante indirecto que actúa en nombre propio pero por cuenta ajena sin impactar inicialmente en la esfera obligacional de su mandante no constituiría establecimiento permanente aun cuando tuviese una naturaleza dependiente en el doble ámbito, jurídico y económico.

El **principio de dependencia** que se manifiesta, a efectos convencionales, en la esfera jurídica y económica, tiene a nuestro entender un estatus equivalente, de manera tal que perdida una se pierde la condición de agente independiente y, por tanto, se puede optar, con posibilidades, a causar establecimiento permanente.

La dependencia legal se apoya en el grado de control exhaustivo del mandato o comisión por parte del comitente no residente, de tal manera que la dependencia (tanto legal como la económica) es la gran limitadora de la ya analizada **cláusula antiórgano** y, por tanto, manifestación del fenómeno que hemos dado en llamar «dilución de la personalidad jurídica de la empresa asociada».

En cuanto a los criterios que definen la dependencia económica, resulta claro que afectarán a la falta de asunción de riesgo empresarial y a la existencia de un único cliente o de un número escaso de los mismos.

No obstante lo anterior, hemos querido ver como salida a tal situación, a los efectos de prevenir la constitución de un establecimiento permanente, la posibilidad de acreditar la independencia económica sobre la base de una correcta política de precios de transferencia incluso recurriendo a la suscripción de acuerdos previos de valoración con la Administración tributaria, APAS en terminolo-

gía anglosajona, de tal manera que será difícil reputar la dependencia económica que desencadena el establecimiento permanente cuando entre mandante y agente se aplican rigurosos criterios de mercado que, necesariamente, implicarán la asunción de riesgo empresarial por este último puesto que, tampoco es extraño a mercado, la existencia de empresas de mono-cliente.

En cuanto a la necesidad de que el agente dependiente sea representante directo en ámbito del Derecho continental para causar establecimiento permanente, descartándose por tanto el denominado en la práctica internacional como *commissionaire* para tal fin, adscribimos nuestra opinión a la de aquellos que así lo entienden por ser el elemento común para evitar **conflictos asimétricos de norma**, entre países de tradición jurídica anglosajona y aquellos de Derecho civil, que será preciso que el agente jurídicamente vincule a su mandante para que pueda existir establecimiento permanente, supuesto que no concurre en la representación indirecta por la que el agente actúa en su propio nombre.

Finalmente, en cuanto a este aspecto, señalar que la norma interna española si bien no entra a requerir la dependencia ni legal ni económica del agente, parece que no puede discutirse que obedezca al criterio antes señalado por el que causa establecimiento permanente exclusivamente aquel que actúa en nombre y por cuenta del contribuyente, esto es, el representante directo. Pudiera la comparativa entre la norma interna española en este aspecto y una interpretación restrictiva del MCDI OCDE por el que un representante indirecto o *commissionaire* causase establecimiento permanente, servir para ilustrar lo anteriormente comentado por lo cual el no residente con cobertura convencional no pudiera apelar al **principio de no-discriminación** para aplicar la norma nacional, menos amplia en este aspecto, por cuanto el mismo no aplica al binomio residente sin convenio –residente con convenio sino al constituido por residente con convenio– residente fiscal.

11. ALGUNOS POTENCIALES PRINCIPIOS DEFINITORIOS DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE QUE HAN SIDO DESCARTADOS COMO TALES

De la misma manera que se ha procurado recopilar y postular en este trabajo los diversos principios que afectan al instituto jurídico fiscal del establecimiento permanente, también se ha descartado expresamente la identificación de algunos otros en la definición del establecimiento permanente. En este sentido, puede mencionarse que no consideramos la existencia de presunción alguna de inexistencia de establecimiento permanente en el caso del agente dependiente autorizado, puesto que entendemos que a ello no habilita la previsión del párrafo 32.5 de los comentarios cuando disponen que «hubiera sido contrario al interés de las relaciones económicas internacionales establecer que cualquier persona que depende de la empresa pudiera determinar la existencia de un establecimiento permanente de esta última. Tal solución debe reservarse a las personas que, por el alcance de sus poderes o por la naturaleza de sus actividades, implican a la empresa en actividades empresariales de cierta entidad en el Estado considerado». Queremos dejar indicado que ello no implica apostar en todo caso por una interpretación estricta o literal de los términos del artículo 5.5, ni mucho menos construir una especie de presunción de inexistencia de establecimiento permanente, salvo prueba en contrario; lo que debemos propugnar, en este caso, es una mera interpretación prudente y responsable del alcance de la cláusula de agencia como establecimiento permanente.

Asimismo, hemos descartado la posibilidad de aplicar una **interpretación iusdem generis** del concepto de establecimiento permanente sobre el punto de partida de la relación no exhaustiva de potenciales establecimientos permanentes contenida en el artículo 5.2 del MCDI OCDE. Tal intento se cifraría, de forma poco afortunada jurídicamente, en intentar extraer del citado listado una definición o notas comunes de establecimiento permanente de tal manera que sólo causasen establecimiento permanente los lugares que guardasen cierta similitud con los enumerados en el artículo 5.2 del MCDI OCDE. Nuestra comprensión del artículo 5.2 es muy precisamente la contraria, basada en su concepción como **presunción iuris tantum**, por cuanto que no cabrá causar establecimiento permanente ni aun cuando se esté en uno de los supuestos enumerados por el artículo 5.2, salvo que se cumpla con los requisitos establecidos por la definición general del establecimiento permanente. Hemos reseñado, como ejemplo de tal conclusión, la sucursal que se erige en modelo por antonomasia de establecimiento permanente pero para la que no bastará a efectos de causar establecimiento permanente con el hecho jurídico de quedar registrada mercantilmente si no cumple con los requisitos definidos por el artículo 5.1 del MCDI OCDE, por ejemplo, disponer de un lugar fijo de negocios y de medios humanos, en su caso, o mecánicos (como hemos visto) o de una conjunción de ambos.

12. ALGUNAS BREVES MENCIONES A LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE A EFECTOS DEL IVA

Llegados a este punto y dejando de ceñirnos al ámbito de la imposición directa, el tan traído en otros tiempos **principio de estanqueidad de los tributos** también sale a relucir en nuestros días en el proceso de delimitación del establecimiento permanente, puesto que permite considerar la existencia de un concepto del mismo a efectos del IRNR (ya sea con cobertura o no de CDI) y de otro concepto, no exactamente coincidente, a efectos del IVA.

Así, es posible, el que quepan sendos conceptos de establecimiento permanente a efectos de los impuestos, directos o los indirectos que es una conclusión acaso indeseable, pero indiscutible que marca la práctica diaria en la aplicación del citado instituto jurídico. Otra cuestión es, a pesar de tener que reconocer este **principio de estanqueidad tributaria** entre los conceptos de establecimiento permanente del IRNR y del IVA, que no sea posible trasladar de entre los distintos corpus legislativos mencionados (IRNR, CDI e IVA) los criterios que coherentemente resulten de aplicabilidad común, siempre que no supongan una integración analógica proscrita. Se trataría, pues, de una mera interpretación coordinada en la medida de lo jurídicamente factible.

Precisamente a efectos del IVA y de la aplicación de la existencia o no de establecimiento permanente como criterio para la localización del hecho imponible en las prestaciones de servicios, alguna doctrina, sobre la base de los pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria, ha querido ver la consagración de un **principio de vinculación razonable** como exigencia reforzada al instituto del establecimiento permanente, puesto que sólo en dicho supuesto en el que la aplicación del concepto de establecido conlleve una solución *razonable* desde un punto de vista fiscal, deberá prevalecer como criterio de conexión entre los Estados miembros, frente a la sede de la actividad económica del sujeto pasivo, que sería el punto de conexión prioritario en este impuesto.

No obstante lo anterior, desde nuestra perspectiva, en los asuntos judiciales en los que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha empleado esas expresiones exigiendo una «solución razonable», no advertimos más que la aplicación del **principio de consistencia mínima**, lo cual relativiza la supuesta carga de acreditar la razonabilidad, razonabilidad que, por otra parte, siempre debe ser reclamada de los órganos judiciales. El **principio de consistencia mínima** es aquel por el que resulta imprescindible, para causar establecimiento permanente a efectos del IVA, que concurren medios materiales y humanos. Por tanto, en el IVA no cabe la existencia de establecimientos permanentes meramente electrónicos o automáticos. Y es también por ello, por lo que el IVA descarta, en su actual interpretación, la aplicación de la **cláusula de Use of Substantial Machinery**, ya mencionada.

Asimismo, ante la posibilidad de que una filial se configure como establecimiento permanente de su matriz a efectos del IVA, resulta claramente exigido el cumplimiento no solamente del **principio de consistencia mínima** por parte de aquélla, sino además el cumplimiento de un **principio de dependencia** por el que resulte acreditada la ausencia de autonomía contractual de la filial así como la ausencia de independencia derivada de la estructura de sus fondos propios. Es quizás otra manera de formular la falta de independencia legal y económica que exige el MCDI OCDE para que el agente se convierta en dependiente y, por ende, en establecimiento permanente. El **principio de dependencia**, formulado como tal para el IVA, pero exigido también por el MCDI OCDE en otros términos de similar significado, haría ceder a la tan traída **cláusula antiórgano** que únicamente se halla formulada en Derecho convencional pero que es aplicada administrativamente, en algunos casos, en sede del IVA.

Bibliografía

- ALBI IBÁÑEZ, RODRÍGUEZ ONDARZA, RUBIO GUERRERO [1991]: «¿Establecimiento permanente o filial? Aspectos fiscales». *Actualidad Tributaria*. Número 2.
- BAENA AGUILAR, CALDERÓN CARRERO, GARCÍA PRATS, LETE ACHIRICA, MARTÍN JIMÉNEZ [1999]: *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes*. Civitas.
- CARMONA FERNÁNDEZ, CALDERÓN CARRERO, MARTÍN JIMÉNEZ, TRAPÉ VILADOMAT [2007]: *Convenios Fiscales Internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. Editorial CISS.
- CARMONA FERNÁNDEZ, CISNEROS GUILLÉN, PÉREZ RODILLA, SERRET DE MURGA [1992]: *Fiscalidad de no residentes según la doctrina administrativa*. Editorial CISS.
- [1995]: *Fiscalidad de no residentes según la doctrina administrativa (de 1992 a 1994)*. Editorial CISS.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente [1998]: «Tributación de no residentes». En *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*. Editorial Comares.
- CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (dir.) [2001]: *Manual de Fiscalidad Internacional*. Instituto de Estudios Fiscales.
- DÍAZ YANES, LÓPEZ-SANTACRUZ, TOMÉ MUGURUZA y UCELAY SANZ [1996]: *Guía del Impuesto sobre Sociedades*. Editorial CISS.

- ELVIRA BENITO, David [2000]: «El concepto de establecimiento permanente ante el comercio electrónico: una revisión necesaria». *Impuestos*. Número 2.
- [2007]: *El establecimiento permanente. Análisis de sus definiciones y supuestos constitutivos en derecho español*. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA PRATS, Francisco Alfredo [1995]: «La aplicación del concepto de establecimiento permanente a las obras de construcción, instalación y montaje», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*. Número 236.
- [1995]: «Construction Works as Permanent Establishment in Spain». *European Taxation*. January.
 - [1996]: *El establecimiento permanente. Análisis jurídico tributario internacional de la imposición societaria*. Tecnos.
 - [1997]: «Asscher, o la expansión del principio comunitario de no-discriminación en materia tributaria», *Revista española de Derecho Financiero*. Número 94. Civitas.
- GUTIÉRREZ DE GANDARILLA GRAJALES, Francisco Adolfo [2010]: *El concepto tributario de establecimiento permanente*. Editorial Comares. Granada.
- HUSTON, John y WILLIAMS, Lee [1993]: *Permanent establishment*. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer.
- ROSEMBUJ, Tulio [1997]: «La pertenencia personal y económica en el IRPF e IS. Residencia. Fuente. Establecimiento permanente». *Impuestos*. Número 1.
- [1998]: *Fiscalidad Internacional*. Marcial Pons.
 - [2001]: *Derecho Fiscal Internacional*. El Fisco.
- RUIZ GARCÍA, José Ramón y CALDERÓN CARRERO, José Manuel (coords.) *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)*. Fundación Pedro Barrié de la Maza. Instituto de Estudios Económicos de Galicia.
- SIMÓN ACOSTA, CHECA GONZÁLEZ, GONZÁLEZ GARCÍA, LOZANO SERRANO [1995]: «El concepto de establecimiento permanente aplicado a la sociedad española filial de una sociedad extranjera». *Jurisprudencia Tributaria*. Aranzadi. Número 1.
- SKAAR, Arvid Aage [1991]: «Permanent Establishment. Erosion of a Tax Treaty Principle», Series on *International Taxation*, número 13, Kluwer, Deventer.
- [2000]: «Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce». *Intertax*, volume 28, issue 5.
- VOGEL, Klaus [1990]: *A commentary to the OECD, UN and US Model Conventions for the avoidance of double taxation of income and capital. With particular reference to German Treaty Practice*. Kluwer.

SUSPENSIÓN SIN GARANTÍAS EN LA VÍA JUDICIAL CUANDO EL OBLIGADO TRIBUTARIO QUE RECORRE ESTÁ EN CONCURSO

(A propósito del Auto de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2009) *

NURIA PUEBLA AGRAMUNT

Profesora de Derecho Financiero y Tributario de la UCM.

Abogada

Extracto:

EL artículo comenta un auto en el cual la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional concede la suspensión sin garantías de varias liquidaciones del Impuesto sobre Sociedades derivadas de expedientes de valoración de operaciones vinculadas a una importante empresa de este país que está en concurso de acreedores. En la vía jurisdiccional no hay ninguna ley que obligue al recurrente a prestar garantías; su prestación no es requisito sine qua non para obtener la suspensión. Una situación de concurso es suficientemente demostrativa de la imposibilidad de obtener garantías para suspender la ejecución y la pieza separada no puede dilucidarse prescindiendo de la situación, tanto económica, como jurídica, que se crea en el seno de aquel proceso mercantil, atendiendo a la cual la suspensión se concede sin garantías.

Palabras clave: suspensión, garantías o contracautelas, perjuicios de difícil o imposible reparación, concurso de acreedores y operaciones vinculadas.

* Véase el texto íntegro de este Auto en *RCyT (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF, núm. 323, febrero 2010, págs. 222-226. El auto también se recoge en la Base Documental *Normacef Fiscal y Contable* con la referencia NFJ036255.

APPLICATION FOR STAY OF EXECUTION WITHOUT MEASURES OF GUARANTEE WHEN THE TAX APPLICANT IS IN BANKRUPTCY

(About the Order of the National Court of 17th November 2009) *

NURIA PUEBLA AGRAMUNT

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario de la UCM.
Abogada*

Abstract:

THE article discusses an order in which the National High Court granted the suspension without guarantees of several settlements of income tax assessment records, resulting from operations between companies with a relationship of interdependence, when the company asking for suspension was in bankruptcy. In the judicial process, there is no law requiring the applicant to provide assurances to obtain the suspension of tax assessments; its performance is not a sine qua non condition to obtain it. A bankruptcy situation is enough to show the impossibility of obtaining guarantees to suspend enforcement and a decision about suspension cannot be disposed apart from both economic and legal situations created in such bankruptcy process.

Keywords: suspension, guarantees, difficult or impossible to repair damage, bankruptcy and operations between companies with a relationship of interdependence.

* Véase el texto íntegro de este Auto en *RCyT (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF, núm. 323, febrero 2010, págs. 222-226. El auto también se recoge en la Base Documental *Normacef Fiscal y Contable* con la referencia NFJ036255.

Sumario

1. Introducción.
2. Los motivos alegados por la empresa recurrente para obtener la suspensión sin garantías.
 - 2.1. Petición de suspensión automática y sin garantías por aplicación del artículo 16.4 del RIS.
 - 2.2. Petición de suspensión automática y sin garantías por la dificultad de su obtención.
 - 2.3. Petición de suspensión automática y sin garantías por hallarse la recurrente en situación concursal.
3. La argumentación de la Sala.
4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en pieza separada de suspensión abierta en recurso 204/2009, ha concedido, por medio de Auto de fecha 17 de noviembre de 2009 (NFJ036255), la suspensión sin garantías de cinco actos de liquidación impugnados, que habían sido dictados por el inspector-jefe del Departamento de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Tributaria, por un importe conjunto de nada menos que 18.233.713,46 euros, en relación con el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2002. Las liquidaciones impugnadas proceden de expedientes de valoración de operaciones vinculadas finalizados con sus respectivos acuerdos de determinación del valor de mercado.

La empresa recurrente pretende la suspensión sin previa sujeción a garantía, atendiendo a la dificultad de acceder a la misma, no sólo por su extraordinaria cuantía, sino porque a su juicio, el ahora solicitar y obtener un aval u otra garantía, estando sometida la empresa, como lo está, a un procedimiento concursal, afectaría gravemente a todos los acreedores. La recurrente también pide la suspensión con base en el artículo 16.4 del entonces vigente Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), por tratarse de liquidaciones derivadas de valoraciones de operaciones vinculadas que, a su juicio, deben quedar suspendidas automáticamente en virtud de dicho precepto.

La Sala accede a la solicitud, en un auto que considero debe reseñarse por dos razones. Por un lado, porque **derriba el dogma de que en el régimen de suspensión de los actos tributarios con contenido económico la suspensión es automática pero supeditada a la previa prestación de garantía por el recurrente. La Sala expone que ningún precepto legal impone al juez o Tribunal esa restricción** y reivindica que la decisión acerca del incidente de suspensión se orienta en su propio código cautelar.

Y por otro lado, porque **expone las razones por las que, en el caso concreto del concurso de acreedores, se debe acordar lo solicitado, aduciendo que otra solución no sólo no tendría efectividad, sino que podría perjudicar a los acreedores concursales.**

El auto también debe reseñarse por lo que omite, ya que el motivo basado en la automaticidad de la suspensión por aplicación del antes citado precepto del RIS, que tanta relevancia práctica tiene, no es analizado por la Sala, al ya conceder la suspensión por los motivos anteriores.

2. LOS MOTIVOS ALEGADOS POR LA EMPRESA RECURRENTE PARA OBTENER LA SUSPENSIÓN SIN GARANTÍAS

La solicitud de suspensión sobre la que decide la Audiencia Nacional se refiere a cinco acuerdos de liquidación, procedentes de expedientes de valoración de operaciones vinculadas, finalizados con sus respectivos acuerdos de determinación del valor de mercado, que habían sido objeto de resolución desestimatoria del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 16 de abril de 2009.

De la lectura del fundamento de derecho segundo del auto de la Audiencia Nacional, podemos deducir que la empresa recurrente pretende la suspensión de la ejecución de los actos de liquidación, sin previa sujeción a garantía, con una argumentación que se podría sintetizar en tres puntos:

Un primer motivo que justificaría su concesión sería que la suspensión sin garantías procede por aplicación de los apartados 3 y 4 del artículo 16 del RIS.

La segunda razón por la que pide la suspensión sin garantías sería la dificultad económica de acceder a la misma, dada su extraordinaria cuantía y dado que la sociedad ha sido declarada en concurso.

Y el tercer motivo que se aduciría, relacionado con el anterior, sería la situación jurídica que el concurso crea: el sometimiento a aval u otra garantía afectaría gravemente, no sólo a la posición de la Hacienda Pública como acreedor concursal de la recurrente, sino a los restantes acreedores, cuyos derechos e intereses podrían verse afectados negativamente ante la eventual posibilidad de ejecuciones aisladas, dirigidas contra el nuevo garante procesal de las deudas tributarias.

2.1. Petición de suspensión automática y sin garantías por aplicación del artículo 16.4 del RIS

El artículo 16 del Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el RIS, y que estuvo vigente hasta la modificación operada por Real Decreto 1793/2008, decía en su apartado 4 que «si el valor normal de mercado establecido por la Administración Tributaria hubiere sido recurrido por alguna de las partes vinculadas, la eficacia del mismo, frente a una y otra, *quedará suspendida* hasta el momento en que *el recurso* hubiere sido resuelto con carácter firme». Por su parte, el apartado 3 de dicho artículo preceptuaba que el valor normal de mercado establecido por la Administración Tributaria surtiría efecto «*en tanto en cuanto no haya sido recurrido* por ninguna de las partes vinculadas». Ello hasta la modificación operada por el Real Decreto 1793/2008, que entró en vigor el 19 de noviembre de 2008, en que el procedimiento ha pasado a regularse por un artículo 21 ciertamente diferente.

En efecto, la actual regulación del procedimiento para la comprobación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas ya no prevé esta posibilidad de suspensión automática sin garantías por el mero hecho de presentar recurso o reclamación, sino que ésta se puede obtener cuando los valores de los bienes o derechos se hayan comprobado por alguno de los medios establecidos en el artículo 57.1 de la Ley General Tributaria (LGT) y el obligado tributario promueva tasación pericial contradictoria para corregir el valor comprobado de dicho bien o derecho. Como es sabido, en virtud del 135.1 de la LGT, la presentación de solicitud de tasación pericial contradictoria o la mera reserva del derecho a promoverla ya determinan la suspensión de la ejecución. El actual RIS se remite a la regulación del 135.1 de la LGT, aunque quizás limita la posibilidad de obtener la suspensión, porque no prevé que la mera reserva del derecho a promover la tasación pericial contradictoria ya dé derecho a la suspensión, sino que dice que la presentación de la solicitud de tasación pericial contradictoria surtiría efectos suspensivos conforme a lo dispuesto en el artículo 135.1 de la LGT ¹.

¹ Esta cuestión es del máximo interés, pero su estudio en profundidad no es lo que se pretende en estas páginas, que sólo aspiran a comentar el auto de la Audiencia Nacional que precisamente no entra en este tema. Lo que sí ha de dejarse cla-

Pero retomemos el caso que nos ocupa y por tanto la norma entonces vigente. La recurrente, en aplicación de la norma aplicable, solicita la suspensión automática de las liquidaciones impugnadas sin prestación de garantía, suspensión que entiendo se habría logrado en toda la vía administrativa, con base precisamente en este precepto, puesto que **no hay duda de que cuando se está ante un supuesto del (entonces vigente) 16.4 del RIS, no cabe sino declarar suspendida, en vía administrativa (y por tanto económico-administrativa), la ejecución de los actos impugnados.**

La Sala no se pronuncia en su auto sobre la petición de que dicho precepto se aplique en la vía contencioso-administrativa, pero si lo hubiera hecho, probablemente habría sido para dar una respuesta negativa a la solicitud. No porque a mi entender le falte razón a la recurrente, sino porque de la doctrina de la Sala al respecto, manifestada en otros autos de suspensión, no cabría esperar otra respuesta. De hecho, y quizás por ello, por ser una tesis consolidada en esta Sala, es por lo que ya en este auto ni siquiera expresa su parecer.

En efecto, por lo que respecta a este tema, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha declarado reiteradamente que las alusiones del 16.4 del RIS a los conceptos de «recurso» y de «carácter firme» no pueden significar otra cosa, *dado el ámbito sustantivo en el que se encuentra la citada disposición*, que la exigencia del **agotamiento de la vía administrativa como previa a la judicial, no así que sea firme la resolución final del proceso jurisdiccional**. Por tanto, si éste hubiese sido el único motivo aducido por la recurrente, la Sala habría denegado la suspensión interesada.

La Audiencia Nacional viene interpretando que la frase «quedará suspendida hasta el momento en que el recurso hubiere sido resuelto con carácter firme» del 16.4 del RIS no es aplicable al proceso contencioso-administrativo, sino que sólo se refiere a la firmeza alcanzada en los procedimientos puramente administrativos. A su juicio, de no interpretarse de esta forma, el precepto –reglamentario y no legal– estaría contraviniendo lo establecido en los artículos 130 y concordantes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), los cuales disciplinan el régimen procesal de las medidas cautelares.

También ha sostenido la Audiencia en otras ocasiones, cuando se ha invocado este precepto para pedir la suspensión sin garantías en vía judicial, que **aplicarlo implicaría limitar las facultades de apreciación que posee el Tribunal y que las disposiciones de la Ley 29/1998 le atribuyen**. La tesis de la Audiencia Nacional es que la ausencia de mención alguna, en el citado artículo 16.4 del RIS, a la posibilidad de someter la eficacia de la suspensión a la prestación de la debida garantía no puede comprometer las facultades de un Tribunal de Justicia para establecer las necesarias medidas cautelares, que es la regla general cuando lo que se impugna es la deuda tributaria conformada por la cuota y los intereses de demora.

Entiendo la argumentación de la Audiencia Nacional y entiendo que un precepto reglamentario no puede interpretarse de forma que contradiga lo dispuesto en una norma con rango de ley. Entiendo también que toda la regulación de la comprobación del valor normal de mercado en las operaciones

ro es que la cuestión suscitada tendrá interés para asuntos de suspensión que se planteen mientras la primitiva redacción del 16.4 del Real Decreto 1777/2004 estuvo vigente y que no aplicará por tanto a procedimientos de valoración de valor normal de mercado que tengan lugar con posterioridad al 19 de noviembre de 2008.

vinculadas del artículo 16.9 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, se refiere al procedimiento puramente administrativo y a los recursos y reclamaciones que en dicho ámbito pueden interponerse, sin que nada en dicho precepto pueda hacer pensar que la regulación *deba* ser trasladada al ámbito judicial. Por eso, cuando el artículo 16 del reglamento desarrolla el 16 de la ley, no puede ir más allá de lo que dicha ley dice, como tampoco por supuesto puede ir en contra de lo que la LJCA establece.

Pero a la vez entiendo que la recurrente intentara la suspensión sin garantías con base en este precepto, pues cierto es también que **el reglamento no distingue entre recursos y firmezas**, y que por tanto podría entenderse que, **donde la norma no distingue, no debe distinguir el intérprete**. O, dicho de otra forma, **el precepto debería decir claramente, si ésa era su intención, que si el valor de mercado hubiese sido recurrido por alguna de las partes vinculadas, la eficacia del mismo, frente a una u otra, quedará suspendida hasta el momento en que el recurso hubiese sido resuelto con carácter firme en la vía administrativa. Y no lo dice**.

A este respecto, considero perfectamente aplicables las palabras del magistrado Manuel Vicente Garzón Herrero como voto particular a un caso en que se planteaba la suspensión automática y sin garantías de las sanciones en la vía jurisdiccional. Allí se interpreta el artículo 212.3 a) de la LGT:

«De la interpretación literal de este precepto se deduce que la interposición de *un recurso*, produce la suspensión automática de la sanción. El término *recurso* que el precepto utiliza, sin ninguna concreción adicional, obliga a entender que en el mismo se comprenden los recursos jurisdiccionales. Del mismo modo, el término *firmeza administrativa* tiene un sentido propio. Un acto administrativo es firme cuando contra él no cabe recurso ordinario alguno, ya sea administrativo o jurisdiccional.

La asimilación que la sentencia mayoritaria efectúa entre *actos firmes en vía administrativa* y *actos que ponen fin a la vía administrativa* hace decir al legislador lo que éste no dice.

Refuerza el razonamiento precedente el hecho de que cuando el legislador ha querido decir "actos que ponen fin a la vía administrativa" lo ha hecho. Sin ir más lejos, en el apartado b) del mismo artículo 212.3 de la LGT»².

Y sobre todo entiendo que una interpretación conjunta del artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (que exige que se valoren «todos los intereses en conflicto» y que se conceda la medida cautelar «cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder al recurso su finalidad»), y de los apartados 3 y 4 del artículo 16 del Real Decreto 1777/2004 (que en su primera redacción garantizaba esta automática suspensión de la ejecución del acto sin garantías), permitiría sostener que **si el propio legislador ha considerado que no es necesario aportar garantía para suspender este tipo de actos en la vía administrativa, con mayor o igual razón debería poder considerarse que esta situación merece la suspensión sin garantías en la vía jurisdiccional**.

² Voto particular que formula el magistrado Manuel Vicente Garzón Herrero a la Sentencia del Pleno de la Sala III del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2005 (NFJ019083).

Piénsese que, en esta cuestión, hay una norma especial que se aplica con carácter preferente sobre la normativa general en materia de suspensiones, lo que puede entenderse como que **el propio legislador ha considerado que la ejecución inmediata de este tipo de actos de liquidación (que proceden de valoración de operaciones vinculadas que aún se están discutiendo y no son firmes) podría causar perjuicios de difícil o imposible reparación, sin que sea necesario probar dicho extremo** para obtener la suspensión automática y sin necesidad de aportar garantías.

Y permítaseme decir que esta norma, en conexión con el precepto legal al que desarrollaba, tenía mucho sentido, pues en materia de operaciones vinculadas siempre habrá dos partes implicadas a las que la valoración afecte. El propio artículo 16.1.2.º de la LIS entonces vigente establecía que la Administración Tributaria *quedará vinculada por el valor comprobado en relación con el resto de personas o entidades vinculadas*. Como puede deducirse, la impugnación de la valoración otorgada por la Administración a la operación, realizada por una de las partes, afectaría necesariamente al resto de personas o entidades vinculadas, porque tampoco puede olvidarse, como preceptuaba el segundo párrafo del artículo 16.1.2.º de la LIS, *la valoración administrativa no determinará una tributación de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado*. Es decir, que el ajuste realizado por la Administración debía ser bilateral: lo que para una de las partes deba consignarse como mayor ingreso, habría obligatoriamente de ajustarse en la otra parte como mayor gasto, pues de lo contrario, se estaría produciendo una doble imposición y un consiguiente enriquecimiento injusto de la Administración. Pero, ¿cómo realizar este ajuste si la valoración está siendo impugnada y no es firme?

Imaginemos la siguiente situación. Una operación por la que la sociedad «A» dedujo un gasto de 35.000 euros, que fue ingreso en su vinculada «B» por 35.000 euros, es discutida por la Inspección, y en el seno de dicha comprobación se plantea un problema de valoración. La Inspección considera que sólo puede dársele un valor de 5.000 euros y hace una liquidación eliminando el gasto correspondiente a los 30.000 euros sobrevalorados, que considera no deducibles. La sociedad «A» impugna la liquidación y su valoración, y en la vía administrativa nada tiene que ingresar, pero para poder impugnar en la vía judicial, como la suspensión automática sin garantías de la vía administrativa no opera, tiene que ingresar la liquidación. Lo que ya fue ingreso en «B», ahora vuelve a ser ingreso en «A».

En la regulación que analizamos, el valor de mercado surtía efecto en tanto no hubiera sido recurrido por alguna de las partes vinculadas, pero desde el momento en que era recurrido, la eficacia del mismo *frente a una y otra* parte quedaba suspendida. A mi juicio, el problema se produce porque la ejecución del acto de liquidación en una parte, cuando la valoración misma de la operación está recurrida y no es firme porque sigue abierta la vía judicial, no es un acto que permita la regularización automática en la otra parte, con lo que la doble imposición será inevitable. **La norma tiene todo el sentido, por tanto, para evitar situaciones de doble imposición, y no parece lógico que esta doble imposición sólo se quiera eliminar en la vía administrativa y no en la jurisdiccional.**

Quizás la recurrente no expuso con claridad ni especificó cuál era el concreto, determinado y real perjuicio económico que se le producía al ejecutarse el acto de liquidación. Porque el artículo 133 de la LJCA dice que «cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios», y bien podría

articularse la petición de suspensión sin garantías en un perjuicio económico evidente como es esta doble imposición de una misma renta. Y, obviamente, porque el artículo 130 exige para acordar medidas cautelares la valoración *circunstanciada* de los intereses en conflicto, y esta circunstancia no es baladí.

Tampoco puede perderse de vista el argumento de que es lógico mantener en vía judicial el mismo criterio que se emplea en la vía administrativa, y que no tiene sentido que **si la propia Administración acreedora renuncia a la ejecución inmediata y renuncia a las garantías por la vía de un reglamento** que contiene una norma especial frente a la general, **venga el juez a tratar de otorgar mayores garantías a la Administración**, la cual ha accedido a la suspensión sin garantías de la ejecución de su crédito. Porque **si se ha reconocido reglamentariamente que en la vía administrativa se producirían perjuicios de imposible reparación, nada puede hacer pensar que dichos perjuicios no seguirán produciéndose en la vía jurisdiccional**. Y porque **si se ha reconocido por el ordenamiento jurídico que en vía administrativa no cabe exigir garantía para poder recurrir, no tiene el juez que hacer más gravoso el derecho de defensa y el acceso a la tutela judicial efectiva**, exigiendo garantías a las que el propio acreedor ha renunciado.

Sobre este último razonamiento, permítaseme traer a colación y hacer mías unas palabras expresadas a propósito del problema de la suspensión de las sanciones en la vía contencioso-administrativa, perfectamente adecuadas al caso, con las obvias salvedades de la diferencia de materias analizadas. Se trata de los votos particulares de dos magistrados del Tribunal Supremo a sentencias en las que se denegó la suspensión automática de la sanción sin necesidad de prestar caución ³.

«No parece dudoso que la expresión *hasta que sean firmes en vía administrativa* equivale a hasta que los actos hayan causado estado en vía administrativa. Si el precepto hubiera querido referirse al mantenimiento de la suspensión hasta que contra el acto sancionador no fuera posible interponer recurso alguno, habría bastado con decir que las sanciones no podrían ejecutarse hasta que fueran firmes, sin ningún otro aditamento.

Con ser esto así, la cuestión no me parece que deba resolverse con la simple interpretación literal del precepto. Es bien sabido que la interpretación literal es propia del primer momento de la interpretación de las normas, pero que el intérprete no debe quedarse en ella.

Entiendo que (...) **cuando se acude a los Tribunales no se puede estar en peor condición que cuando se había acudido a la vía administrativa previa**. Que ante los Tribunales de Justicia no se pueden perder garantías que se habían reconocido al que antes había reclamado en vía administrativa.

(...) 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 Ley Jurisdiccional, como antes el 122 LJ/1956– de un modo dinámico, acorde con los principios generales

³ Sobre esta materia, véase el magnífico trabajo del profesor Joan Francesc PONT CLEMENTE «La suspensión de las sanciones tributarias en vía contencioso-administrativa», publicado en la *Revista Técnica Tributaria* de la AEDAF n.º 87, octubre-diciembre 2009, págs. 55 a 77, que expone, a la luz de las últimas sentencias del Tribunal Supremo, cómo «el impulso garantista de las sentencias del Tribunal Supremo durante una larga maduración doctrinal que abarca veinticinco años ha hallado un freno no menospreciable en la jurisprudencia del último quinquenio».

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 Ley Jurisdiccional 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** ⁴.

«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 LJ, 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 Ley Jurisdiccional 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.

(...) no podemos olvidar que la ejecución de los actos administrativos constituye un privilegio de la Administración, constitucionalmente reconocido, pero privilegio al fin y al cabo. Tampoco se puede obviar el hecho de que las medidas cautelares del artículo 129 de la Ley Jurisdiccional se configuran como un mecanismo de protección de los derechos de los administrados frente a la Administración. Parece pues evidente que mediante una medida cautelar (concebida en favor del administrado, en aquellos supuestos, como es el caso, en que no existen terceros interesados en la resolución dictada) no se puede reintroducir en el proceso un privilegio en favor de la Administración (el de la ejecución de los actos administrativos –en todo o en parte–) ⁵.

En definitiva, entiendo que interpretando conjuntamente los artículos 130 y 133 de la LJCA y el artículo 16 del RIS en sus apartados 3 y 4, la respuesta de la Audiencia Nacional bien podría ser la contraria a la que viene adoptando, ya que si bien la suspensión de la ejecución del acto recurrido en vía contenciosa exige que la ejecución acarree perjuicios de difícil o imposible reparación, dichos perjuicios quedan acreditados desde el momento en que el propio legislador exige a la Administración que reconozca y admita la suspensión automática y sin garantías de la valoración efectuada en un expediente de comprobación de valores en operaciones vinculadas. Además, la expresión «que el recurso hubiere sido resuelto con carácter firme» no significa *que haya puesto fin a la vía administrativa*; antes al contrario, el acto no es firme por cuanto se encuentra aún pendiente de pronunciamiento en la vía juris-

⁴ Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la Sentencia del Pleno de la Sala III de 7 de marzo de 2005, recaída en el recurso de casación n.º 715/1999 (NFJ019083).

⁵ Extraído del voto particular que formula el magistrado Manuel Vicente Garzón Herrero a la Sentencia del Pleno de la Sala III del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2005 (NFJ019083).

diccional. Y si no, por la vía de concretar el perjuicio económico que se produce con la no suspensión, traducido en una inevitable doble imposición, la suspensión sin garantías creo que podría concederse.

2.2. Petición de suspensión automática y sin garantías por la dificultad de su obtención

La recurrente pide la suspensión sin garantías también con otro argumento, a saber, la dificultad de acceder a la garantía de su deuda tributaria, atendida no sólo su extraordinaria cuantía, sino el sometimiento de la sociedad a un procedimiento concursal en el seno del cual se ha dictado ya el auto de declaración de concurso.

Esta petición la analizaremos como petición aislada de la anterior, obviando la especialidad del caso por tratarse de valoración de operaciones vinculadas, pues también **la Sala analiza la situación con independencia de la norma especial en esta materia** (que, como hemos visto, considera que está prevista sólo para la vía administrativa). El interés del auto estriba entre otras cosas precisamente en esto, en que resuelve una petición de suspensión sin garantías hecha por una empresa declarada en concurso y con base en esta situación concursal, sin que la Sala tenga en cuenta en su respuesta que se trata de un caso de suspensión automática y sin garantías en la vía administrativa previa por provenir de impugnación de valores en operaciones vinculadas. **La respuesta que se da, por tanto, a la recurrente-solicitante es generalizable al resto de empresas que soliciten la suspensión sin garantías por estar en situación concursal, vengan las liquidaciones cuya ejecución se pretende suspender, de donde vengan.**

La empresa pide la suspensión sin garantías y, según resume el auto que comentamos, lo hace por la dificultad –más que eso por la *práctica imposibilidad*– que entraña acceder a los avales que serían precisos para obtener la suspensión. La solicitud de la sociedad recurrente es lógica y comprensible, pues **estando en situación de concurso, intervenida judicialmente en su facultad de disponer y de administrar sus bienes, necesitaría una autorización de la Administración Concursal para poder pagar sus deudas, y el afianzamiento de una deuda de más de 18 millones de euros supone una operación que con toda probabilidad no podría abordarse ni, por ende, autorizarse.**

Alegando las dificultades de tipo económico, **pudiera parecer que la sociedad lo que pretende es que se le libere de la prestación de garantías** por aplicación de la norma contenida en el artículo 233.4 de la Ley 58/2003, General Tributaria, al presente caso, pues en dicho precepto se prevé que el Tribunal pueda suspender la ejecución con dispensa de garantías cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de difícil o imposible reparación. **Pero no puede olvidarse que dicho precepto rige sólo para la suspensión de la ejecución del acto impugnado en la vía económico-administrativa**, y que cuando la LGT habla de «el Tribunal» se refiere en todo caso al Tribunal Económico-Administrativo.

Como es sabido, **la ley tributaria tiene un régimen de suspensión automática y reglada, conforme al cual, hay un derecho subjetivo a la suspensión siempre que se garantice el importe de la deuda.** Pero debe reconocerse que éste sólo rige para la Administración, no para el juez.

Tampoco puede negarse que la LGT no se pronuncia expresamente, ni debería hacerlo, sobre la suspensión de la ejecución en la vía contencioso-administrativa, pues no incumbe a esta ley tributaria resolver cuestiones propias de la vía jurisdiccional, regulada en el caso del orden contencioso-administrativo por su propia ley, la Ley 29/1998 (LJCA). La LGT regula exclusivamente la suspensión en la vía administrativa, pues sólo es materia objeto de esta ley la revisión en dicho ámbito (reposición, procedimientos especiales como el de revisión de actos nulos de pleno derecho y reclamaciones económico-administrativas).

Otra cosa es que no quepa lugar a la interpretación judicial y que, como hemos dicho antes, la discusión en vía judicial deba considerarse algo cualitativamente distinto a la discusión en vía económico-administrativa, incluso merecedora de una menor protección para el administrado. Otra cosa es que no quepa importar al proceso contencioso-administrativo la ley tributaria, por razones de seguridad jurídica.

Pero legalmente, en vía contencioso-administrativa, no tienen los recurrentes que intentar liberarse de prestar garantías alegando dificultad para conseguirlas ni alegando ninguna otra causa, pues su prestación no es requisito sine qua non, legalmente, para obtener la suspensión en dicha vía.

Claro está que lo anterior comporta, consecuentemente, que **no cabe, por parte de los recurrentes, aducir sin más dificultades para obtener las garantías a efectos de que se les otorgue la suspensión de la ejecución de los actos sin prestación de las mismas.**

Y por eso **no cabe tampoco, por parte de la Abogacía del Estado, oponerse sin más a las solicitudes de suspensión sin garantías que se efectúan en la vía jurisdiccional, aduciendo que hay una obligación de garantizar en todo caso.**

Todo esto es una especie de dogma que se ha ido instalando en nuestro ámbito, pero lo cierto es que **legalmente en la vía contencioso-administrativa no hay ni siquiera obligación de prestar garantías**, idea que parece haberse extendido hoy. Lo que en realidad **procede es que el Tribunal de Justicia, conforme al artículo 133 de la LJCA, dictamine si ha de exigir o no esa garantía, a la vista de las circunstancias del caso, en qué medida y bajo qué condiciones.**

Y es que, en el régimen de suspensión de los actos tributarios con contenido económico en la vía contencioso-administrativa, parece haberse extendido como un axioma una regla que no se basa en norma alguna. Ante liquidaciones tributarias, ni la suspensión es automática ni la adopción de ésta está supeditada a la previa prestación de garantía por el recurrente. Porque ningún precepto legal impone al juez o Tribunal esa restricción. Antes al contrario, es la representación de la Administración la que podrá solicitar, al amparo del 129.1 de la LJCA, la adopción de medidas cautelares que aseguren la efectividad de la sentencia, entre las cuales obviamente puede estar la prestación de avales o cauciones.

Pero el dogma existe. Y procede de que, por Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998 (NFJ006655) (cuya doctrina, aun referida a la Ley Jurisdiccional de 1956, es trasladable, en lo sustancial, a la situación actual) se impuso, a fin de garantizar de forma reglada la suspensión de los actos tributarios, una nueva interpretación del artículo 122 de la LJCA, entonces vigente, que suponía reconocer la suspensión automática de tales actos siempre que se

acompañara garantía suficiente. Y esta doctrina sigue gozando de vitalidad y se aplica a diario por todos los Tribunales que examinan asuntos tributarios.

El razonamiento del Tribunal Supremo en aquel asunto fue precisamente el argumento de que, cuando se impugnan actos de determinación o exigencia de deudas tributarias, el legislador tributario ya ha efectuado la valoración de los intereses públicos y privados enfrentados, y eso es lo que le habría llevado a entender que, en principio, el pago de las deudas causa al recurrente unos perjuicios muy superiores a los que, de la suspensión de la ejecución, se derivan para la Hacienda Pública; esta ponderación de intereses en juego es lo que permite al legislador otorgar una suspensión automática, que tiene como contrapartida la exigencia de una garantía económica.

Desde entonces, la idea que ha terminado por generalizarse en la práctica es que, dentro del proceso judicial, el régimen de la suspensión de los actos administrativos en materia tributaria en que se contiene una obligación de pago se rige por un modelo traído en lo sustancial de las leyes tributarias y presidido por dos notas fundamentales: una, su carácter esencialmente reglado, en el que no se admiten en principio márgenes de apreciación al Tribunal jurisdiccional, tanto a la hora de adoptar la medida cautelar como de negarla o de sustituirla por otra medida distinta; y otra, la correspondencia prácticamente absoluta, en la materia, con el régimen cautelar que rige en la vía administrativa previa.

Como es sabido, en el proceso administrativo tributario no es preciso demostrar específicamente los daños de reparación difícil o imposible para obtener la suspensión, porque tales daños los presupone la ley. El legislador ha resuelto que, por tratarse de una reclamación pecuniaria, si se garantiza la deuda se obtiene la suspensión; que basta con alegar el perjuicio y asegurar la obligación para que se imponga la suspensión, y que así se equilibran el derecho del recurrente y el interés general.

Y desde dicha sentencia del Tribunal Supremo, en la vía judicial, hay una regla, que no una ley, en virtud de la cual el acto tributario se suspende si el recurrente lo solicita, alega el perjuicio y presta garantía suficiente; sólo excepcionalmente el acto se suspende sin garantía, lo que ocurre cuando el deudor tributario demuestre la imposibilidad de aportar aval suficiente y el perjuicio que de la ejecución se derivaría. La sentencia del Tribunal Supremo que apenas unas líneas más arriba ha sido mencionada viene a decir que el órgano jurisdiccional, a la hora de dirimir si procede la medida suspensiva y bajo qué condiciones, no precisa llevar a cabo un enjuiciamiento detallado y específico, caso por caso, sino que basta con la petición de suspensión y, bajo la regla general, con el ofrecimiento de garantía suficiente, para que esa suspensión se acuerde.

En resumen, que es lógica y comprensible la alegación de la actora de las dificultades económicas para obtener el aval, dados los precedentes jurisprudenciales, pero que ateniéndonos a la legalidad vigente no habría sido ni siquiera imprescindible tal alegación y su prueba.

2.3. Petición de suspensión automática y sin garantías por hallarse la recurrente en situación concursal

La tercera razón que esgrime la recurrente para pedir la suspensión sin prestación de garantías es la posición, no ya sólo económica, sino jurídica en la que se encuentra una empresa en concurso

de acreedores. El que a una empresa declarada en concurso se le condicione a garantía la concesión de la suspensión de un acto de liquidación de la Administración Tributaria es improcedente, por un lado, porque la empresa nunca podría disponer de sus bienes para afianzar la obligación, salvo que se lo autorizara la Administración Concursal, y difícilmente se conseguiría la misma cuando estamos ante una deuda de cierta envergadura; por otro lado, la exigencia de garantía es improcedente porque su constitución ahora supondría alterar las reglas de pago de los créditos concursales que se hubieran fijado en la declaración de concurso. ¿Es que con la constitución de un aval ahora, y si la Hacienda Pública lo ejecutara, no se estaría creando un privilegio al margen de la Ley Concursal (LC)? Porque no hay que olvidar que, conforme a la LC, los créditos de la Hacienda Pública devengados con anterioridad a la declaración de concurso son créditos concursales, y los únicos privilegios que sobre los mismos caben son los previstos en la misma LC.

En otras palabras, cuando una sociedad, que actúa en un procedimiento contencioso-administrativo como recurrente, está incurso en un procedimiento en un Juzgado de lo Mercantil, en el curso del cual se ha dictado el auto de declaración del concurso, el sometimiento a aval u otra garantía en el proceso contencioso afectaría gravemente a la posición de la Hacienda Pública como acreedor concursal de la recurrente, así como a los restantes acreedores, cuyos derechos e intereses podrían verse afectados negativamente ante la eventual posibilidad de ejecuciones aisladas, dirigidas contra el nuevo garante procesal de las deudas tributarias.

Éste es el argumento que convence al Tribunal de que debe acceder a la petición. Y es que la cuestión de la suspensión de la ejecución de estos actos de liquidación tributaria no puede dilucidarse en modo alguno prescindiendo de la situación jurídica creada en el concurso de acreedores.

En efecto, la legislación mercantil impone una serie de restricciones a las personas declaradas en concurso que no pueden pasarse por alto. Constituir un aval para suspender la ejecución de esta deuda tributaria implicaría una alteración de las reglas de pago de los créditos concursales, supondría crear una especie de crédito privilegiado al margen de lo que la Ley 22/2003, Concursal, establece.

Por eso entiendo acertado que la recurrente adujera que **la situación creada en el Juzgado de lo Mercantil tiene una influencia directa en el caso, pues los créditos tributarios son a su vez créditos concursales, y todo el régimen legal de los mismos, que se decide en un Juzgado de lo Mercantil con base en la LC, no puede alterarse por otro procedimiento seguido ante un Tribunal del orden contencioso-administrativo, cuyo único objeto procesal, además, es determinar la conformidad a Derecho de los actos administrativos que han dado lugar a su interposición.**

3. LA ARGUMENTACIÓN DE LA SALA

La Sala no se pronuncia sobre el primero de los motivos alegados y pasa directamente a analizar los otros dos razonamientos aducidos por la sociedad. En cuanto a la dificultad de obtener un aval, sostiene que es un extremo que la sociedad debería probar, aunque por otro lado comprende

que en la práctica esta dificultad es realmente una imposibilidad. La Sala estima que, **«pese a la indefinición con la que se ha solicitado, cabe suponer racionalmente esa dificultad de obtener un aval idóneo al caso, dado el cuantioso importe de la deuda tributaria**, que supera los 18 millones de euros». Aplicando el sentido común y alejándose de los tan estrictos corsés que se utilizan en muchas ocasiones, califica muy acertadamente esta dificultad de «hecho notorio», y no esgrime el argumento de la falta de prueba para denegar lo solicitado.

Por otro lado, a la hora de ponderar las dificultades de obtener el aval, la Sala entiende que debe tenerse en cuenta quién va a ser el encargado de obtener en el mercado esta garantía. Cuando una empresa está en concurso, la administración de la misma la llevan a cabo los administradores concursales, que no sólo deben actuar en pro de la empresa concursada, en cumplimiento de los deberes de su cargo, sino que deben obrar en la mejor defensa de los intereses del concurso y, como establece la LC en su artículo 43.1, deben atender a «la conservación de la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso». Por eso, **si se obtiene un aval o garantía a favor de uno solo de los acreedores, por más privilegiado que éste sea, se podrían producir situaciones de conflicto entre los diversos intereses en pugna y de probable perjuicio para otros acreedores**.

Tras ello, pasa inmediatamente la Sala a estudiar lo que considera que es el argumento central para dirimir la petición de suspensión sin garantía. Esta cuestión no puede dilucidarse de modo alguno, dice el auto, prescindiendo de la situación jurídica creada con el concurso. Y si se centra en este argumento es porque, permítaseme la expresión, «se sale» del esquema o «se salta» el dogma del que antes hablábamos.

En efecto, pocas líneas más arriba hemos tratado de expresar cómo en la vía judicial predomina una idea, una regla, por la cual un acto tributario se suspende si el recurrente que lo solicita alega perjuicios de imposible reparación y presta garantía suficiente, y que como excepción el acto se suspende sin garantía cuando *se demuestran* los perjuicios y la imposibilidad de aportar aval. Decíamos que desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998 no es preciso llevar a cabo un enjuiciamiento detallado y específico, caso por caso, porque se ha importado el esquema que opera en el ámbito administrativo.

Pues bien, el que el órgano jurisdiccional no precise llevar a cabo ese enjuiciamiento detallado no significa que no pueda hacerlo, y es lo que creo ha ocurrido en este caso, en el que, **ante las circunstancias del caso, el órgano jurisdiccional ha decidido efectuar, por sí mismo, el juicio de ponderación necesario para llegar a la solución que considera más justa**.

El Abogado del Estado lógicamente se opone a la suspensión sin garantía afirmando que el estado concursal no puede eximir a la demandante de su deber de prestar fianzas o cauciones. Pero **el Tribunal, sometido a su propia norma procesal, esto es, a la LJCA, a la hora de resolver en Derecho esta solicitud de medida cautelar, ha considerado que puede y debe valorar las circunstancias concurrentes**, tanto en lo que respecta a la medida misma objeto de solicitud como a la determinación de las garantías o contracautelas que aseguren, a su vez, que la suspensión no va a ocasionar perjuicios insalvables, ni para la Administración ni para terceros. **Y por ello, analiza la situación jurídica creada en el concurso de acreedores, dada su directa influencia en el caso**.

Es por esta razón por la que me ha interesado enormemente este auto, porque es un ejemplo de cómo los Tribunales, sometidos a su propia norma procesal en materia de suspensión y medidas cautelares, resuelven. Quiero decir, no es tanto por la específica situación de concurso en que se encontraba la solicitante por lo que a mi juicio debe destacarse **este pronunciamiento judicial**, sino porque **da pie a que en otras situaciones jurídicas también se pueda obtener la suspensión sin garantías, siempre que la ponderación de las circunstancias hecha por el Tribunal así lo permita**. Sin corsés. El juez decide el incidente de suspensión con directa orientación a su propio código cautelar, los artículos 129 y siguientes de la LJCA, sin otros condicionantes. Resolviendo en Derecho. Porque en sede jurisdiccional, en el régimen de suspensión de los actos tributarios con contenido económico, insisto, ni la suspensión es automática ni su adopción está supeditada a la previa prestación de garantía por el recurrente. Ningún precepto legal impone al juez o Tribunal esa restricción, que si existe es sólo para la Administración, no para el juez.

Teniendo esto último en cuenta, se entiende perfectamente la coherencia entre este pronunciamiento y una Sentencia de esta misma Sala, de 30 de abril de 2009, dictada en el recurso 65/2006 (NFJ037826), en la que se desestimaba el recurso promovido frente a una resolución del TEAC, que denegaba en vía económico-administrativa la suspensión allí solicitada, precisamente bajo la circunstancia de un procedimiento concursal abierto.

Se deduce del texto del auto, que el Abogado del Estado había citado esta sentencia como precedente que avalaría la tesis de que no puede aceptarse que una empresa declarada en concurso pueda quedar eximida, *por este hecho*, de prestar fianza para lograr la suspensión. Pero ocurre que el régimen cautelar de los artículos 129 y siguientes de la LJCA es cualitativamente distinto del establecido para la Administración. De ahí que la Sala manifieste que «no es lo mismo declarar conforme a Derecho la resolución administrativa que, partiendo de la aplicación de sus propias normas, deniega una solicitud de suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos, que rechazar una medida cautelar de suspensión en el seno de un proceso judicial, para cuya determinación cuenta el Tribunal de Justicia con un régimen normativo que le otorga un margen sustancialmente mayor de apreciación».

A continuación, y aunque ya he mencionado que no es la específica situación de concurso lo que me interesa destacar, sino el hecho de que una situación jurídica se tenga en cuenta para otorgar una suspensión sin garantías en la vía judicial, veremos cómo realiza la Sala el necesario juicio de ponderación en este caso. Cómo aprecia el *periculum in mora* para el actor y cómo valora el riesgo de impago para la Administración. Veremos cómo tales datos los proporciona la LC y las previsiones de la misma LGT sobre el apremio de los créditos concursales. La Sala lo explica a partir del fundamento jurídico séptimo.

Afirma que sean cuales fueren los términos de la declaración de concurso, lo que sucede es que la deuda tributaria sobre la que se solicita la suspensión es, desde el punto de vista del procedimiento abierto en el Juzgado de lo Mercantil, un crédito concursal, que como tal está sujeto a un complejo estatuto legal de derechos, obligaciones, prelaciones y excepciones que no deben quedar condicionados ni alterados en el recurso contencioso-administrativo.

Advierte también acertadamente la Sala que **la Administración, en todo caso, y por tanto, al margen de cuál fuera la decisión cautelar que pusiera fin a la pieza de suspensión, está impe-**

didada de ejecutar la deuda, porque así lo dispone el artículo 55 de la LC, relativo a «Ejecuciones y apremios ⁶».

Como el ordenamiento jurídico es un todo interrelacionado, estas previsiones coinciden con lo establecido por las normas fiscales, limitativas por vía singular de la potestad ejecutiva de la Administración. Por un lado, el artículo 164.1 b) de la LGT, respecto a la concurrencia de la ejecución administrativa con procesos o procedimientos concursales o universales, impide esa ejecución singular autónoma de las deudas tributarias, incluso apremiadas. El artículo 164.2 de la misma ley llega a igual conclusión, remitiéndose a la LC. Y el artículo 77.2 de la LGT dispone que «en caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

Por eso el Tribunal es consciente de que, aunque pretendiese adoptar la medida suspensiva y someterla a caución al margen de los avatares del procedimiento concursal abierto, el efecto jurídico de tales hipotéticas medidas procesales sería «materialmente irrelevante» en tanto se mantuviera el statu quo jurídico creado en dicho proceso concursal.

Insiste en que, aun cuando el régimen legal para dispensar la tutela cautelar en el proceso se contiene primordialmente en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, no se pueden desconocer los efectos sustantivos que, en relación con los actos administrativos, procedan de la directa aplicación de leyes de otro signo. Y que **no se pueden adoptar medidas cautelares que alteren o condicionen la situación de equilibrio entre los créditos que en otro procedimiento se haya establecido, también bajo tutela judicial.**

Ello lógicamente, a menos que, en aplicación de la previsión general contenida en el artículo 130 de la LJCA, se justificasen cumplidamente razones de imperiosa necesidad que justificasen tal alteración como medio idóneo y proporcional para salvaguardar los fines propios de este proceso, en el sentido de que su finalidad de tutela quedase completamente desvirtuada si se obrare de otro modo ⁷.

Atendiendo a los intereses de los terceros acreedores reconocidos en el proceso concursal –que aunque no sean parte en el recurso contencioso-administrativo no deben quedar desprotegidos– la Sala estima que, **como los créditos tributarios gozan de la condición legal de privilegiados** (art. 91.4 y concordantes LC), «una garantía nueva, que desde el punto de vista del recurso tendría sólo un limitado efecto de aseguramiento o contracautela, podría alcanzar una trascendencia cualitativamente más intensa si se la examina desde el punto de vista estrictamente concursal». Así, **la garantía en el proceso contencioso resulta un privilegio añadido que, examinado desde la perspectiva concur-**

⁶ En su apartado 1 se establece que «Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extra-judiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor...». Ello se refuerza con los apartados 2 y 3 del propio artículo 55 de la LC: «2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. 3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho».

⁷ Recordemos que el precepto establece que «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».

sal, comporta un correlativo perjuicio para los restantes créditos que integran la masa pasiva, al menos potencial ⁸.

El riesgo de que con esta garantía se vean frustrados los derechos y expectativas de los restantes acreedores podría ser aún mayor si se tiene en cuenta que la empresa demandante ha sido declarada, dentro del proceso concursal, como *empresa de especial transcendencia para la economía* ⁹. Como dice la Sala, debido a que los límites de la quita o de la espera, en los supuestos que afecten a esta clase especial de empresas, pueden superar los límites establecidos con carácter general, la posición económica de los restantes acreedores aún podría verse agravada en mayor medida en la hipótesis de que se llevaran a cabo ejecuciones singulares.

Por último, la Sala pondera el perjuicio para la Administración que se derivaría de conceder la suspensión sin garantía solicitada por la recurrente y concluye rotundamente con una frase que no da lugar a discusión alguna, y es que **«la suspensión que procede adoptar, aun sin caución, no perjudica a la Administración más allá de lo que lo hace el propio régimen concursal, que le priva de toda medida ejecutiva»**. Ello además de afirmar que «someter a garantía esa suspensión como condición sine qua non constituiría una medida desproporcionadamente desfavorable para la recurrente, con riesgo no sólo virtual para la plenitud de la tutela judicial efectiva a que aspira».

En definitiva, que en el necesario juicio de ponderación entre todos los intereses concurrentes que ha de hacer el juez para adoptar una medida cautelar, en este caso «es la Ley Concursal la que debe imperar».

Pero, como sigue rigiendo su Ley de la Jurisdicción en todo lo relativo a la suspensión, **la Sala se vale del artículo 133.1.º de dicha ley para condicionar la suspensión sin garantía de los actos de liquidación impugnados «a una especie de cláusula *rebus sic stantibus*», en concreto, al mantenimiento de la actual situación concursal**, reservándose la facultad de revisar la medida cautelar a la vista de circunstancias sobrevenidas que las partes pongan en conocimiento del Tribunal ¹⁰. La facultad atribuida al órgano judicial en este precepto es comprensiva, a juicio de la Sala, «no sólo de medidas o cautelas de orden económico, sino de cualesquiera otras que se juzguen necesarias, no sólo para la plena efectividad de la medida y de su reversibilidad, que es la hipótesis propia o natural, sino también para garantizar que la suspensión no colisiona con derechos o intereses de otra clase».

⁸ El artículo 135 de la LC, relativo a los «límites subjetivos (de la eficacia del convenio)» señala que los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio –situación en que, por hipótesis, podría encontrarse la Hacienda Pública– no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos.

⁹ Según el artículo 100.1 de la LC: «1. La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial transcendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites».

¹⁰ El precepto establece que «Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos».

4. CONCLUSIONES

Una importante empresa constructora de nuestro país, actualmente en concurso de acreedores, ante liquidaciones procedentes de expedientes de valoración de operaciones vinculadas, solicita en la vía jurisdiccional la suspensión de la ejecución de los actos de liquidación, sin previa sujeción a garantía.

La recurrente pretende que se extienda a la vía judicial la suspensión concedida en vía administrativa por aplicación del artículo 16 del RIS, que en sus apartados 3 y 4 prevé que si el valor normal de mercado establecido por la Administración Tributaria hubiere sido recurrido por alguna de las partes vinculadas, la eficacia del mismo quedará suspendida hasta el momento en que el recurso hubiere sido resuelto con carácter firme.

Este argumento es rechazado por la Audiencia Nacional, que viene entendiendo en esta materia que la previsión de la legislación fiscal no se aplica en sede judicial, y que cuando el Reglamento del Impuesto alude a los conceptos de «recurso» y de «carácter firme» sólo se refiere al agotamiento de la vía administrativa, no a que sea firme la resolución final del proceso jurisdiccional.

La empresa también pide la suspensión sin garantías por la imposibilidad práctica de conseguir los avales precisos para obtener la suspensión, dada la cuantía de la deuda a garantizar y dada la situación en la que se encuentra por haber sido declarada en concurso de acreedores.

Con este alegato de dificultades de tipo económico, pudiera parecer que la sociedad alega dificultades económicas para que se le libere de la prestación de garantías, como si aplicara el artículo 233.4 de la LGT (que prevé que el Tribunal pueda suspender la ejecución con dispensa de garantías cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de difícil o imposible reparación) al presente caso.

Pero dicho precepto rige sólo para la suspensión de la ejecución del acto impugnado en la vía económico-administrativa. En la vía jurisdiccional no hay ninguna ley que obligue al recurrente a prestar garantías y su prestación no es requisito sine qua non para obtener la suspensión, por lo que no es necesario alegar dificultad para conseguirlas.

Es el tercer motivo aducido por la recurrente el que prosperará, basado en la situación jurídica en que se encuentra la recurrente, sometida a concurso de acreedores.

El Tribunal, afirmando en todo momento sólo estar sometido a su propia norma procesal para resolver la solicitud de medida cautelar, valora las circunstancias concurrentes, en lo que respecta a la medida solicitada y a las garantías o contracautelas que aseguren que la suspensión no va a ocasionar perjuicios insalvables, ni para la Administración ni para terceros; analiza la situación jurídica creada en el concurso de acreedores; y accede a la suspensión de los actos administrativos de liquidación sin la previa constitución de garantía alguna, condicionando el mantenimiento de dicha medida a las circunstancias sobrevenidas, acaecidas en el seno del procedimiento concursal, que la Sala juzgue relevantes.

Argumenta que la suspensión no puede dilucidarse prescindiendo de la situación jurídica creada en el concurso de acreedores –que tiene una influencia directa en el caso porque los créditos tri-

butarios son créditos concursales—, y que constituir un aval para suspender la ejecución de esta deuda tributaria supondría crear una especie de crédito privilegiado al margen de la LC.

Advierte de que, en una situación de concurso, la Administración está impedida de ejecutar la deuda, porque así lo disponen la LC y la LGT; que en la vía contencioso-administrativa no se pueden adoptar medidas cautelares que alteren o condicionen la situación de equilibrio entre los créditos que en otro procedimiento se haya establecido, también bajo tutela judicial; y que la adopción de una medida suspensiva y su sometimiento a caución al margen del procedimiento concursal abierto tendría un efecto jurídico materialmente irrelevante.

Entiende que como las deudas tributarias a suspender tienen la condición legal de privilegiadas de acuerdo con la LC, una garantía nueva resultaría un privilegio añadido que, desde la perspectiva concursal, comporta un correlativo perjuicio al menos potencial para los restantes créditos que integran la masa pasiva.

Asegura que la suspensión que procede adoptar, aun sin caución, no perjudica a la Administración más allá de lo que lo hace el propio régimen concursal, que le priva de toda medida ejecutiva.

Y concluye que someter a garantía esa suspensión como condición *sine qua non* constituiría una medida desproporcionadamente desfavorable para la recurrente, con riesgo para la plenitud de la tutela judicial efectiva.

Este pronunciamiento de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional rompe con el mito de que en la vía judicial el acto tributario se suspende automáticamente si el recurrente que lo solicita alega perjuicios de imposible reparación y presta garantía suficiente, y que como excepción el acto se suspende sin garantía cuando se demuestran los perjuicios y la imposibilidad de aportar aval.

Ciertamente, si así se hace, la suspensión se obtiene, y desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998 no es preciso un enjuiciamiento detallado y específico del caso, porque se ha importado el esquema que opera en el ámbito administrativo.

Pero el órgano jurisdiccional siempre puede llevar a cabo esa ponderación de las circunstancias. Sometido a la LJCA, debe resolver en Derecho, y al valorar las circunstancias concurrentes, a la hora de decidir si la suspensión va a ocasionar perjuicios insalvables, puede analizar la situación jurídica creada en otro proceso, como puede ser un concurso de acreedores, si como aquí, el mismo tiene directa influencia en el caso.

En definitiva, en sede jurisdiccional, en el régimen de suspensión de los actos tributarios con contenido económico, la suspensión no es automática ni su adopción está supeditada a la previa prestación de garantía, no habiendo precepto legal alguno que imponga al juez esta restricción.

CUESTIONES A DEBATE...

(Ponencia del Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria)

LA PRUEBA Y LA CUANTÍA EN EL DERECHO TRIBUTARIO

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Extracto:

LA prueba constituye el medio para demostrar la realidad material de hechos controvertidos. Por ello, el desarrollo de la actividad probatoria, así como la valoración y eficacia de los distintos medios de prueba existentes adquieren especial trascendencia desde el inicio de un procedimiento de aplicación de los tributos hasta el ulterior proceso contencioso-administrativo.

La cuantía, por su parte, tanto en las reclamaciones económico-administrativas como en el proceso contencioso-administrativo, es un factor determinante pues condiciona la competencia del Tribunal conocedor del recurso, el procedimiento a seguir, así como los posibles recursos a interponer, salvo casos muy concretos.

El **Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria**, que se imparte en el CEF, ha dedicado una ponencia al análisis de ambos temas tratando de efectuar un repaso de su régimen jurídico mediante el estudio de los medios de prueba, su valoración y las reglas sobre la carga de la prueba, en los procedimientos de aplicación de los tributos, en los procedimientos de revisión de actos administrativos y en vía contencioso-administrativa, así como de las cuantías que determinan el acceso a los distintos tribunales y a los diferentes recursos.

El presente artículo es resumen de la conferencia que tuvo lugar el día 8 de abril de 2010.

Palabras clave: prueba, cuantía, procedimientos de aplicación de los tributos, procedimientos de revisión de actos administrativos y proceso contencioso-administrativo.

CUESTIONES A DEBATE...

(Ponencia del Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria)

EVIDENCE AND AMOUNT IN TAX LAW

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Abstract:

THE evidence is the means to demonstrate the material reality of controversial facts. Because of this probatory activity as well as the assessment and the effectiveness of the different existing means of proof gain special relevance from the beginning of a procedure of tax imposition till the subsequent contentious-administrative procedure.

The amount on its turn, both in economic administrative complaints and in the contentious-administrative procedure, is a decisive factor since it determines the competence of the court expert in the appeal, the procedure to be followed, as well as the possible appeals to be lodged, except in very particular cases.

The course in **Tax Refinement and Updating** imparted in CEF, has devoted a presentation to the analysis of both topics with the aim of reviewing their legal basis. This has been done through the study of the means of proof, their valuation and the rules regarding the burden of proof in the processes of revision of administrative action and in contentious-administrative procedures. It has analysed too the amounts that determine the access to the different courts and to the different appeals. This paper is a summary of the lecture that took place on the 8th April 2010.

Keywords: evidence, amount, procedure of tax imposition, processes of revision of administrative action and contentious-administrative procedure.

Sumario

1. La prueba en los procedimientos tributarios.
 - 1.1. Procedimientos de aplicación de los tributos.
 - 1.2. Procedimiento de revisión.
 - 1.3. Proceso contencioso-administrativo.
2. La cuantía.
 - 2.1. La cuantía en las reclamaciones económico-administrativas.
 - 2.2. La cuantía en el recurso contencioso-administrativo.

1. LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS

1.1. Procedimientos de aplicación de los tributos

¿Existe actividad probatoria? Resulta ineludible, en primer lugar, mostrar la posición que presenta tanto el Tribunal Supremo como distintos autores acerca de la existencia de actividad probatoria.

Por un lado, el Tribunal Supremo (TS) en Sentencia de 21 de noviembre de 2008 afirma que la prueba en el procedimiento administrativo en general, y en las reclamaciones económico-administrativas en particular, presenta una problemática propia, debida a la imposible asimilación de la prueba del proceso en general, en especial el civil, a las particulares de los procedimientos administrativos, y aún más a las de los procedimientos de gestión tributaria, habiendo incluso un importante sector doctrinal que preconiza la idea de que en éstos no existe actividad probatoria en sentido estricto, que se reserva para los procedimientos de resolución de las reclamaciones.

Por otro, en Sentencia de 22 de abril de 2002, establece la actividad probatoria vinculada a la tutela judicial efectiva. Se trata de una garantía procesal básica.

Algunos autores, entre los que cabe destacar a SIMÓN ACOSTA, PEREZAGUA o PALAO TABOADA, mantienen que «... cuando la Administración aplica la ley no prueba en sentido estricto los hechos que justifican la emanación del acto de liquidación, sino comprueba la realización del presupuesto que la legitima. Continúa diciendo que la Administración puede utilizar medios de prueba semejantes a los procesales, pero los principios que rigen la utilización son distintos de los que presiden la prueba procesal, por lo tanto en el proceso administrativo sólo puede hablarse de prueba en sentido impropio. Podríamos resumir que el concepto de prueba, en el ámbito del procedimiento tributario equivaldría más a la idea de comprobación». Otros autores, en cambio, mantienen que la actividad probatoria no se trata de una actividad exclusiva del proceso judicial, pues existe una remisión expresa de las leyes tributarias a las procesales.

El estudio de la prueba tiene su origen en la Constitución Española, pues será en ella, y concretamente en el artículo 24, en la que se otorgue a la actividad probatoria rango de derecho fundamental al reconocerse en la misma que «todos tienen derecho... a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa...». Derecho que se encuentra vinculado al principio de tutela judicial efectiva, recogido asimismo en el artículo previamente mencionado de la Constitución.

Los actos dictados por la Administración tienen naturaleza administrativa, por lo que resulta de plena aplicación el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el cual se dispone que los actos de las Administraciones Públicas se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. Ello implica que la carga de la prueba y el que ha de demostrar que el acto no es válido y eficaz es el contribuyente. Por otra parte, cabe concluir que los principios básicos administrativos resultan trasladables a la actividad tributaria.

Principios básicos que se resumen en los siguientes:

- Principio de oficialidad: indisponibilidad, irrenunciabilidad, investigación de oficio y no vinculación a lo aportado de parte.
- Principio inquisitivo: comprobación e investigación.
- Principio de impulso de oficio.
- Verdad material.
- Interés público.

Antes de continuar con la exposición, conviene recordar una idea fundamental y es que la Administración no tiene que probar, sino que su labor se basa en comprobar e inspeccionar.

Si bien, ¿existe algún procedimiento específico regulado en los procedimientos de aplicación de los tributos relativo a la prueba? La ausencia del mismo lleva a plantearnos la siguiente cuestión: ¿cómo debe combatir el particular el acto administrativo?

En base al artículo 7.º 2 de la LGT, resulta de aplicación supletoria el procedimiento específico regulado en los artículos 80 y 81 de la Ley 30/1992.

Expreso reconocimiento en el ámbito tributario de la actividad probatoria se efectúa en los artículos 105 a 108 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), en la cual concretamente en el apartado 1 del artículo 106 se efectúa una remisión a la aplicación de las normas que sobre medios y valoración de prueba se contienen en el Código Civil (CC) y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), salvo que la ley establezca otra cosa.

Pero, ¿existen los principios esenciales en la práctica de la prueba, inherentes al derecho de defensa? ¿Se puede hablar de contradicción y oralidad en los procedimientos de aplicación de los tributos?

No podemos olvidar que la actividad probatoria es un concepto acuñado en la doctrina procesalista, no en la tributarista, en la cual se ha defendido una actividad de parte dentro de un proceso encaminado a la obtención de la convicción psicológica de los hechos.

Medios de prueba

No existen medios de prueba expresamente reconocidos en la LGT. Es el artículo 299 de la LEC el que establece taxativamente los medios de prueba que podrán hacer uso en juicio. De entre ellos cabe destacar: interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos.

Pero, ¿qué vinculación presentan los mismos en el ámbito tributario? A continuación se exponen aquellos medios que presentan cierta conexión en el campo de la tributación y, en concreto, en los procedimientos de aplicación de los tributos.

Confesión, interrogatorio de parte

¿Existe la confesión? ¿Puede ser equiparada una declaración o una autoliquidación a una confesión judicial? En algún sector de la doctrina se considera que existe un acto de confusión en la declaración o liquidación. Si bien, ello podría considerarse desacertado, y ello porque frente al carácter dispositivo que caracteriza a la confesión judicial, la declaración se corresponde con un deber general de colaboración y es consecuencia de una obligación legal, a diferencia nuevamente de la confesión que tiene que ser pedida por la parte contraria en el proceso.

Podría advertirse un cierto atisbo de confesión en las actas de conformidad, si bien, pese a que como reconoce el artículo 144.2 de la LGT, los hechos aceptados se presumen ciertos y sólo pueden rectificarse mediante prueba de haber incurrido en error, no hay consentimiento sino asentimiento, y más cuando los mismos pueden ser desvirtuados por un superior.

Por todo ello, resulta difícil hablar de verdadera confesión como medio de prueba, en el sentido procesal del término.

La prueba testifical

¿Es equiparable al deber de colaboración de terceros? Es en los artículos 93 y 94 de la LGT en los que se reconoce el deber de colaboración de terceros y de terceros ajenos a la relación jurídico-tributaria (retenedores y obligados a ingresar a cuenta, entidades intermediarias en cobro de honorarios y derechos y entidades depositarias de bienes de deudores). ¿Se podrían considerar como testigos, como parte de la prueba, en un procedimiento tributario? Podrían tener visos de ser considerados como tales, si bien surgen dos razonamientos que llevarían a pensar lo contrario. Por un lado, es la ley la que hace la llamada, por otro, para ser considerado como medio de prueba es necesario que se produzca dentro de una actividad probatoria. Asimismo y a diferencia de la prueba testifical, ¿cómo la podría rebatir el contribuyente? En este caso, le llega a posteriori, sin existir ningún tipo de contradicción por parte del particular.

No obstante lo expuesto, ¿se declara suficiente la prueba testifical? Contradictorias posiciones mantiene el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, en Sentencias de 17 de julio de 2008, rec. n.º 1045/2005 (NFJ031580) y de 19 de noviembre de 2008, rec. n.º 486/2006 (NFJ032652), en las cuales se valora de forma distinta la prueba aportada por la Administración ante un mismo hecho. En estos casos, la liquidación impugnada considera que los recurrentes, cuando vendieron el inmueble, percibieron de la entidad compradora «X», además del precio de la escritura, parte del precio percibido por otra sociedad «Y», que tenía un derecho de opción de compra sobre el inmueble (que se lo vendió también la sociedad «X»).

Documental pública

La LEC mantiene el régimen establecido por el CC respecto a los documentos públicos. Definidos éstos como aquellos otorgados por funcionarios competentes dotados de fe pública, y enumerados a efectos de prueba en el proceso en el artículo 317 de la LEC, dan valor probatorio de los siguientes extremos:

- Hechos o actos (declarados, no reales).
- Fecha en la que se produce esa documentación.
- Intervinientes (funcionario o fedatario y demás personas que intervengan en ella).

Respecto a ello, se manifiesta el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), en Resolución de 22 de noviembre de 1995 (NFJ004255) en los siguientes términos: el documento público da fe del hecho y de la firma, no de su verdad intrínseca, admitiendo en este sentido prueba en contrario.

Asimismo, los documentos oficiales (art. 319.2 LEC) presentan, a efectos probatorios, el mismo valor que los documentos públicos.

Este valor probatorio es válido en los procedimientos tributarios, por ello se hace extensible a las diligencias y actas de inspección, definidas como documentos públicos en los artículos 107.1 y 144.1 de la LGT, respectivamente. Si bien, el valor probatorio que la LGT otorga a estos documentos es superior a lo establecido en LEC, puesto que las diligencias y actas extendidas por la Inspección de los Tributos hacen prueba de los hechos que motiven su formalización –salvo que se acredite lo contrario–. Los hechos contenidos en las mismas tienen la presunción de certeza y sólo podrán recitificarse por los obligados tributarios mediante prueba de que incurrieron en error de hecho.

Documental privada

El documento privado es, por exclusión, todo el que no reúna los requisitos para ser público u oficial, y posee como finalidad convencer sobre presupuestos de hecho. Con carácter general puede afirmarse que presentan el mismo valor probatorio que los documentos públicos siempre que no se impugne.

En el ámbito tributario y respecto a este medio de prueba, cabe hacer mención a tres tipos de documentos:

Las **declaraciones y autoliquidaciones**, como actos de parte y documentos de naturaleza jurídica, son consideradas como documentos privados.

Por otro lado, los documentos privados tienen la particularidad de que **la contabilidad** tiene un valor probatorio de mucho mayor peso que un documento público por estar protegido por la ley en el ámbito tributario de cara a la gestión de impuestos.

Distintos preceptos legales regulan el valor de los asientos contables:

Artículo 1.228 del CC:

«Los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad, pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen.»

Artículo 31 del Código de Comercio:

«El valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho.»

La contabilidad encuentra su mayor relevancia en el Impuesto sobre Sociedades, dada la presunción de veracidad que se la otorga. La contabilidad es la imagen fiel de la empresa y es una documental privada especialmente protegida, lo cual se deduce de la prohibición, que la LGT en su artículo 136.2 c) establece, del examen de la misma por parte de los órganos de gestión.

Considerada como prueba de carácter positivo y sin ser prueba preconstituida, produce el desplazamiento de la carga de la prueba, es decir, quien tiene que combatir una autoliquidación basada en un documento contable es la Inspección, la cual mediante comprobación determine la irregularidad.

Por su parte, **la factura** es considerada el instrumento de prueba ideal para justificar los gastos (art. 106.3 LGT) –siempre que cumpla con los requisitos de documento completo regulados en el reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación aprobado por el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre–, lo que no significa que se trate de una prueba tasada. Introduce el principio de seguridad jurídica, facilita la acreditación de un acto o negocio relacionado con una relación jurídico-tributaria y simplifica la mecánica y gestión de determinados impuestos como el IVA. Como sucede en el caso de la contabilidad, desplaza la carga de la prueba a la Administración.

Si bien, no debe olvidarse que no es un medio exclusivo de prueba. Cuando la Administración cuestiona una factura, se produce de nuevo un desplazamiento de la prueba en este caso hacia el lado del contribuyente. Por tanto, de no resultar suficiente la factura para la acreditación de los hechos controvertidos el contribuyente deberá acreditar los mismos de forma distinta.

Las presunciones

Considerado como un supuesto de prueba indiciaria, regulado en el artículo 108 de la LGT, no debe confundirse con la ficción jurídica.

Las presunciones son la suposición de la verdad de un hecho desconocido bajo la acreditación de un presupuesto de hecho inicial, conocido, cierto y probado y del enlace preciso y directo de un razonamiento.

La presunción de veracidad de las declaraciones y registros se caracterizan por:

- Facilitar la gestión.
- No establecerse a favor de nadie.
- No excluir la comprobación de la certeza de los hechos.

Valoración de prueba

¿Qué eficacia tienen los diversos medios de prueba? ¿Cabe hablar de prueba libre o de prueba tasada? En materia tributaria rige el principio de libre valoración de la prueba. Únicamente harán prueba plena en juicio los documentos públicos no susceptibles de cotejo o comprobación establecidos en el artículo 322 de la LEC, esto es, las escrituras públicas antiguas que carezcan de protocolo y todas aquellas cuyo protocolo o matriz hubiese desaparecido, así como cualquier otro documento público que, por su índole, carezca de original o registro con el que pueda cotejarse o compararse.

1.2. Procedimiento de revisión

1.2.1. Procedimiento en primera o única instancia

¿Se puede hablar de procedimiento probatorio? No en sentido estricto, pues está integrado en la fase de tramitación del procedimiento, puesto que las pruebas se deberán presentar junto con el escrito de alegaciones en el plazo de un mes desde que el tribunal pone de manifiesto el expediente a los interesados que hubieran comparecido en la reclamación y no hubiesen formulado alegaciones en el escrito de interposición o las hubiesen formulado pero con la solicitud expresa de este trámite.

Como medios de prueba cabría enumerar los siguientes: documental, pericial, testifical y ¿la confesión? No se habla de confesión pero, ¿no existe o se puede proponer la confesión de alguien de la Administración? ¿Cómo declararía? ¿Como órgano administrativo o como persona física?

En otro orden de cosas, cabe recordar la posibilidad de que dispone el TEAC de pedir informe ampliatorio al órgano administrativo, informe con carácter probatorio que posteriormente se traslada a la parte para que la misma, si considera oportuno, formule alegaciones. Dicha petición de ampliación se sustenta en el interés general, pues no debe olvidarse su carácter de órgano independiente.

Otra cuestión a tratar: ¿existe preclusión sobre la aportación de documentos no aportados en plazo? A este respecto se han pronunciado los distintos tribunales. Mientras que los Tribunales Económico-Administrativos Regionales (TEAR) y el TEAC no las admiten por no ser actividades propias de los órganos de revisión, el TSJ de Madrid, en Sentencia de 29 de octubre de 2008, rec. n.º 994/2006 (NFJ031853), determina pertinente la admisión de los documentos, datos o pruebas presentadas con posterioridad a la propuesta de regularización, pero únicamente en el supuesto en el que el sujeto pasivo demuestre que su aportación al referido procedimiento fue imposible.

Debería por tanto valorarse por qué no se aportó la misma, sin resultar aceptable la preclusión sin más.

El artículo 57 del Reglamento General de desarrollo de la LGT, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo (RGR), regula la admisión de las pruebas en los términos que siguen:

- El tribunal podrá denegar la práctica de las pruebas solicitadas o aportadas cuando se refieran a hechos que no guarden relevancia para la decisión de las pretensiones ejercitadas en la reclamación, sin perjuicio de lo que decida en la resolución que ponga término a ésta, ratificando su denegación o examinándolas directamente si ya estuviesen practicadas e incorporadas al expediente. Deben considerarse irrelevantes las relativas a hechos incontrovertidos o no que no guarden relevancia con las pretensiones.
- Basta una simple relación de las pruebas inadmitidas y las que se practicarán. Pero ¿y la motivación? Pese a que el Reglamento General de Revisión niega la exigencia de motivación, la aplicación supletoria del artículo 80.3 de la Ley 30/1992 —«El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada»— y por aplicación de la STS, de 12 de marzo de 2009, rec. n.º 4549/2004 (NFJ033658) —«... como todo acto o actuación administrativa, debe estar motivado»—, el acto deberá ser motivado, puesto que no se ajusta a derecho el hecho de que un órgano revisor que comprueba la actuación administrativa no tenga que motivar sus actos.
- El tribunal podrá ordenar posteriormente la práctica de las pruebas previamente denegadas.
- Y, por último, las resoluciones del tribunal que acuerden o denieguen la práctica de las pruebas tendrán carácter de meros actos de trámite.

Respecto a la práctica de la prueba, ¿se respetan los principios generales que rigen la actividad probatoria? ¿Y en concreto, la inmediación y la oralidad? Respecto al primero de los principios mencionados, la prueba se presenta ante notario, secretario del TEA o a un funcionario en que se delegue. Respecto a la oralidad, el mismo sólo aparece en el procedimiento abreviado. Por ello, el régimen jurídico de la prueba en primera instancia va en contra del espíritu de la Ley 30/1992.

1.2.2. Procedimiento abreviado

En materia de prueba el procedimiento abreviado es más garantista y más claro. Será necesariamente el escrito inicial el que deberá contener las alegaciones que se formulan y en el que se deberán presentar las pruebas que se consideren oportunas.

En este procedimiento, como reconoce el artículo 65 del RGR, está prevista la posibilidad de la práctica de la prueba en vista oral, existiendo posibilidad de interpelación por el TEA a las partes.

1.2.3. Recurso de alzada ordinario

En la interposición del recurso de alzada ordinario ante el TEAC, el escrito de interposición deberá contener las alegaciones y se adjuntarán las pruebas oportunas, resultando únicamente admisibles las pruebas que no hayan podido aportarse en primera instancia. Debe concluirse, por ello, el carácter preclusivo absoluto de las pruebas que no han sido aportadas en primera instancia, y ello puede entenderse ya que el recurso de alzada supone una revisión del recurso interpuesto en primera instancia.

El artículo 61.2 del RGR hace una remisión a la primera instancia a los efectos de la práctica de la prueba.

1.3. Proceso contencioso-administrativo

Ante la ausencia de un procedimiento específico contencioso-tributario, ha de recurrirse al régimen jurídico incompleto regulado en los artículos 60 y 61 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), resultando supletorio lo dispuesto en la LEC, respecto a los medios de prueba y en lo no regulado expresamente en la misma.

Actuación de oficio (art. 61 LJCA)

El Juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes *para la más acertada decisión* del asunto. Prima, por tanto, el interés general. Así, en los supuestos en los que se hiciere uso de su facultad de acordar de oficio la práctica de una prueba, el resultado de la misma se pondrá de manifiesto a las partes, cuando carecieran de oportunidad para alegar sobre ello en la vista o en el escrito de conclusiones, las cuales podrán, en el plazo de tres días, alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia ¹.

Petición de la prueba (art. 60 LJCA)

Podrá pedirse el recibimiento del proceso a prueba por medio de otrosí, en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias en los cuales deberán expresarse en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba.

Si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, el recurrente podrá pedir el recibimiento a prueba dentro de los tres días siguientes a aquel en que se haya dado traslado de la misma ².

Presentación de documentos (arts. 56 LJCA y 265.1 LEC)

Las partes deben acompañar con la demanda y la contestación los documentos en que directamente funden su derecho. Existe preclusión en el plazo, pues después de la demanda y contestación sólo podrán ser aportados por el demandante documentos relativos a la existencia de hechos nuevos además de aquellos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos, antes de la citación de vista o conclusiones.

¹ Téngase en cuenta que el artículo 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, con entrada en vigor a partir del 4 de mayo de 2010. La nueva redacción establece: «... el Secretario judicial pondrá de manifiesto el resultado de la prueba a las partes, las cuales podrán, en el plazo de cinco días, alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia.»

² Téngase en cuenta que el artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, con entrada en vigor a partir del 4 de mayo de 2010. Tras la modificación, el plazo de tres días es ampliado a cinco.

Práctica de la prueba

La prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, si bien el plazo será de 15 días para proponer y 30 para practicar. No obstante, existe antiformalismo en la rigidez del cumplimiento del plazo, por cuanto se reconoce la posibilidad de aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de este plazo por causas no imputables a la parte que las propuso.

Asimismo, se establece una especialidad respecto al acto de emisión de la prueba pericial. En la misma, el Juez otorgará, a petición de cualquiera de las partes, un plazo no superior a tres días para que las partes puedan solicitar aclaraciones al dictamen emitido ³.

De la lectura del artículo 61.5 de la Ley 29/1998, se deduce una merma de la inmediación, al delegar en un magistrado y juez de lo contencioso la facultad de intervenir en la práctica de pruebas.

Cabría destacar en este momento la relevancia que adquiere el artículo 69.4 de la LEC en el cual se reconoce que: «Sólo cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del juzgado o tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial para la práctica de los actos de prueba...».

Carga de la prueba

Pese al mantenimiento de la regla general, se determina para aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, la inversión de la carga, de manera que corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

Medios de prueba

Nuevamente debemos hacer mención, en este punto, a la aplicación supletoria de la LEC. A continuación, respecto de cada uno de los medios de prueba, se indican los aspectos principales a conocer.

Interrogatorio de partes (confesión)

1.º Formulación oral de preguntas.

2.º Interrogatorio a entes públicos (art. 315 LEC): cuando sean parte en un proceso el Estado, una comunidad autónoma, una entidad local y otro organismo público, y el tribunal admita su declaración, se les remitirá una lista con las preguntas que, presentadas por la parte proponente en el momento en que se admita la prueba, el tribunal declare pertinentes, para

³ Téngase en cuenta que el artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, con entrada en vigor a partir del 4 de mayo de 2010. Tras la modificación, el plazo de tres días es ampliado a cinco.

que sean respondidas por escrito y entregada la respuesta al tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos.

- 3.º Administración tributaria: ¿parte o testigo? El artículo 301.2 de la LEC se manifiesta en los siguientes términos: «Cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular».

Interrogatorio de testigos

- 1.º Las preguntas que se planteen al testigo deberán formularse oralmente.
- 2.º El Tribunal decide acerca de la admisión de las preguntas planteadas en el interrogatorio.
- 3.º En materia contencioso-tributaria adquiere especial importancia el testigo-perito regulado en el artículo 370 de la LEC, pues en el mismo tiene encaje el asesor fiscal o contable.

Pruebas periciales

- 1.º *Pericial de parte*. La parte, cuando considere necesario, podrá aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes (o solicitar que se emita dictamen por perito designado por el tribunal) que deberá ser aportado con la demanda o con la contestación, si ésta hubiere de realizarse en forma escrita.

Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos⁴. Asimismo, únicamente deberá anunciarlo cuando cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito.

- 2.º *Pericial judicial*. El juez o tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer de práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto.
- 3.º Existe una completa regulación del procedimiento seguido para la designación de peritos por el tribunal (el tribunal no designará más que un perito titular por cada cuestión que haya de ser objeto de pericia), así como de la emisión y valoración del dictamen pericial.

Prueba documental

Fuerza probatoria de los documentos públicos. Harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas documentado, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los intervinientes (art. 319 LEC).

⁴ Téngase en cuenta que el artículo de la LEC que regula lo expuesto en dicho párrafo (art. 337) ha sido modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, con entrada en vigor a partir del 4 de mayo de 2010.

Fuerza probatoria de los documentos privados. Se requiere una expresa impugnación de la autenticidad del documento por la parte contraria, pues como reconoce el artículo 326.1 de la LEC: «Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen».

Expediente administrativo

Definido como un conjunto documentado de la actividad administrativa no puede ser considerado como un instrumento de prueba, sin embargo y a pesar de ello, no debe obviarse su valor probatorio.

2. LA CUANTÍA

2.1. La cuantía en las reclamaciones económico-administrativas

Su régimen jurídico se relega al Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, y concretamente a los artículos 35 y 36.

La determinación de la cuantía adquiere una especial trascendencia pues la misma condiciona la competencia del tribunal conocedor del recurso, el procedimiento a seguir, así como los posibles recursos a interponer.

Para fijar la cuantía de las reclamaciones económico-administrativas se atenderá al importe del componente o de la suma de los componentes de la deuda tributaria, que sean objeto de impugnación, o, en su caso, la cuantía del acto o actuación de otra naturaleza objeto de la reclamación. En el supuesto en el que lo impugnado fuese una base imponible o un acto de valoración y no se hubiese practicado la correspondiente liquidación, la cuantía de la reclamación será el importe de aquéllos.

En cambio, cuando en el documento en el que se consigne el acto administrativo objeto de la impugnación se incluyan varias deudas, bases, valoraciones o actos de otra naturaleza, se considerará como cuantía de la reclamación interpuesta la de la deuda, base, valoración o acto de mayor importe que se impugne, sin que a estos efectos proceda la suma de todos los consignados en el documento.

En las reclamaciones por actuaciones u omisiones de los particulares, la cuantía será la cantidad que debió ser objeto de retención, ingreso a cuenta, repercusión, consignación en factura o documento sustitutivo, o la mayor de ellas, sin que a estos efectos proceda la suma de todas en el supuesto de que concurran varias.

Y por último, dos notas. En primer lugar, sólo cabe cuantía indeterminada cuando se trate de actos sin contenido económico (obligaciones formales, requerimientos de información...). En segundo

lugar, en los supuestos de acumulación, la cuantía de la reclamación será la que corresponda a la de mayor cuantía de las acumuladas, lo cual altera la competencia territorial para la resolución de las reclamaciones.

Límites del procedimiento abreviado. Las reclamaciones económico-administrativas se tramitarán por el procedimiento abreviado ante órganos unipersonales cuando sean de cuantía inferior a 6.000 euros, o 72.000 euros si se trata de reclamaciones contra bases o valoraciones.

Límites del recurso de alzada. Podrá interponerse recurso de alzada ordinario cuando la cuantía de la reclamación, calculada conforme a lo anteriormente expuesto, supere 150.000 euros, o 1.800.000 euros si se trata de reclamaciones contra bases o valoraciones. Si el acto o actuación fuese de cuantía indeterminada, podrá interponerse recurso de alzada ordinario en todo caso.

Ante la ausencia de un incidente específico para la determinación de la cuantía, en caso de discrepancia resulta de aplicación supletoria el artículo 79.2 de la Ley 30/1992 referente al trámite de alegaciones previo a la resolución para la puesta de manifiesto de defectos procedimentales.

2.2. La cuantía en el recurso contencioso-administrativo

Al igual que en las reclamaciones económico-administrativas, en el recurso contencioso-administrativo la cuantía adquiere especial importancia puesto que condiciona la competencia del órgano jurisdiccional, el procedimiento, así como las posibilidades de recurso, salvo casos muy concretos.

Cuantía del recurso contencioso-administrativo

La cuantía del recurso viene determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo. En caso de acumulación o de ampliación, vendrá determinada por la suma del valor económico de las pretensiones, sin que afecte la cuantía a la casación.

La fijación de la cuantía la realiza el propio órgano jurisdiccional una vez formulados los escritos de demanda y contestación, si bien, con anterioridad a ello, las partes podrán exponer, por medio de otrosí, su parecer al respecto. Si así no lo hiciere se le requerirá para que en plazo no superior a diez días, fije la cuantía. Si a pesar de ello no la fijara, el juzgado o tribunal será el encargado de la fijación de la misma, previa audiencia del demandado.

Cuando el demandado considere que la cuantía no ha sido determinada de forma correcta, podrá impugnar la cuantía. Para ello lo expondrá por escrito dentro del término de 10 días, tramitándose el incidente conforme a la tramitación prevista en el artículo 255 de la LEC. Contra el auto resolutorio no cabe recurso alguno, sin perjuicio de fundar el recurso de queja, si no se tuviere por preparado el recurso de casación o no se admitiera el recurso de casación para la unificación de doctrina o el de apelación ⁵.

⁵ Téngase en cuenta que el artículo 40 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, relativa a la fijación del procedimiento para la determinación de la cuantía, ha sido modificado por la Ley 13/2009,

Los criterios para fijar el valor económico de la pretensión vienen regulados en el artículo 42 de la LJCA.

Cuantía a efectos de casación

El criterio jurisprudencial tiene especial relevancia en la fijación de la cuantía en casación, y ello, dada la habilitación que, a estos efectos, incorpora el artículo 93.2 a) de la LJCA al disponer que «... la Sala podrá rectificar fundadamente la cuantía inicialmente fijada, de oficio o a instancia de la parte recurrida, si ésta lo solicita dentro del término del emplazamiento». En base a ello, son diferentes los criterios jurisprudenciales de las distintas Salas en función de la materia a tratar.

Únicamente, la normativa establece, como reconoce el artículo 86.2 b) de la Ley 29/1998, el límite para que la sentencia dictada en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ sea susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS. La cuantía de los asuntos debe exceder de 25.000.000 de pesetas, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso ⁶.

Son numerosos los supuestos en los que el TS se manifiesta en relación con la cuantía. Destacamos por su interés especial: SSTs de 15 de diciembre de 2003, rec. n.º 6230/1998 (NFJ015902) y de 3 de febrero de 2001, rec. n.º 7990/1995 (NFJ010579) y Autos del TS de 8 de octubre de 2009, 13 de marzo de 2008, 30 de junio de 2005, 12 de mayo de 2005, 16 de diciembre de 2004 y 21 de julio de 2004, entre otras.

de 3 de noviembre, con entrada en vigor a partir del 4 de mayo de 2010. Tras la modificación, el artículo 40 ha quedado redactado como sigue: «1. El Secretario judicial fijará la cuantía del recurso contencioso-administrativo una vez formulados los escritos de demanda y contestación, en los que las partes podrán exponer, por medio de otrosí, su parecer al respecto.

2. Cuando así no se hiciere, el Secretario judicial requerirá al demandante para que fije la cuantía, concediéndole al efecto un plazo no superior a diez días, transcurrido el cual sin haberlo realizado se estará a la que fije el Secretario judicial, previa audiencia del demandado.

3. Cuando el demandado no estuviere de acuerdo con la cuantía fijada por el demandante, lo expondrá por escrito dentro del término de diez días, resolviendo el Secretario judicial lo procedente. En este caso el juez o tribunal, en la sentencia, resolverá definitivamente la cuestión.

4. La parte perjudicada por la resolución prevista en el apartado anterior podrá fundar el recurso de queja en la indebida determinación de la cuantía si por causa de ésta no se tuviere por preparado el recurso de casación o no se admitiera el recurso de casación para la unificación de doctrina o el de apelación.»

⁶ Téngase en cuenta que el apartado 2 b) del artículo 86 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, con entrada en vigor a partir del 4 de mayo de 2010. La modificación consiste en la actualización de la cuantía a euros, resultando un importe a efectos de casación de 150.000 euros (lo que ha supuesto una rebaja respecto al importe en pesetas).

LA POLÍTICA FINANCIERA DE LAS PYMES. LA INFLUENCIA DEL INCENTIVO FISCAL DE LA RESERVA PARA INVERSIONES

MARÍA VICTORIA PÉREZ MONTEVERDE

*Profesora contratada Doctora Departamento
de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de La Laguna*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón GONZÁLEZ GARCÍA, doña María Teresa DEL VAL NÚÑEZ, don José Antonio GONZALO ANGULO, doña Herenia GUTIÉRREZ PONCE, don Lorenzo LARA LARA y don Alejandro LARRIBA DÍAZ ZORITA.

Extracto:

ESTE trabajo, por una parte, constata la importancia de la pequeña y mediana empresa, especialmente, en la economía canaria, realizando una descripción de las características principales de la reserva para inversiones.

Por otra, contextualiza los fundamentos teóricos relativos a la estructura de capital y la política de dividendos de las empresas, así como la evidencia empírica de sus factores explicativos, al ámbito de las pymes canarias.

Por último, realiza un análisis de los beneficios potenciales que pueden obtener las empresas que ajustan sus ratios de endeudamiento y tasas de reparto a los *target* que impone el Régimen Económico y Fiscal.

Palabras clave: política financiera, pymes, incentivos fiscales, deuda y reserva para inversiones.

FINANCIAL POLICY OF SMEs. THE INFLUENCE OF THE INVESTMENT RESERVE TAX INCENTIVE

MARÍA VICTORIA PÉREZ MONTEVERDE

*Profesora contratada Doctora Departamento
de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de La Laguna*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón GONZÁLEZ GARCÍA, doña María Teresa del VAL NÚÑEZ, don José Antonio GONZALO ANGULO, doña Herenia GUTIÉRREZ PONCE, don Lorenzo LARA LARA y don Alejandro LARRIBA DÍAZ ZORITA.

Abstract:

THIS work, first, notes the importance of the small and median enterprises, especially, in the Canary economy, describing the main features of the investment reserve.

In addition, it contextualises the theoretical foundations regarding the capital structure and the dividend policy of the firms, as well as the empirical evidence of his explanatory factors, in the scope of the Canary SMEs.

Finally, it realises an analysis of the potential benefits that can be obtained by the companies that adjust their debt ratios and rates of distribution to the targets imposed by the Economic and Fiscal Regime.

Keywords: financial policy, SMEs, tax incentives, debt and investment reserve.

Sumario

1. Introducción.
2. Las pymes canarias. Especial referencia a la reserva para inversiones.
 - 2.1. Estructura del tejido empresarial de la provincia de Santa Cruz de Tenerife.
 - 2.2. La reserva para inversiones.
3. La teoría de la agencia en las pymes: información asimétrica y la teoría del *pecking order*.
4. Las incidencias impositiva y de los sistemas legal y económico-fiscal en las pymes.
 - 4.1. Ventajas fiscales.
 - 4.2. Generación de renta de las empresas: el ahorro impositivo.
5. Los efectos de la reserva para inversiones en la política financiera de las pymes canarias.
 - 5.1. Evolución y características del tejido empresarial que dotó la reserva.
 - 5.2. Evaluación de los efectos de la reserva.
 - 5.3. A modo de resumen.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación en nuestros días por conocer qué variables explican el comportamiento de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en la determinación de su estructura de capital, y si existe una combinación óptima entre deuda y recursos propios que maximice el valor de la empresa, es más que notable.

Debemos tener presente que el desarrollo de la teoría financiera sobre la estructura de capital, a lo largo de los años, se ha centrado en las grandes empresas que, generalmente, cotizan en la Bolsa de valores. Sin embargo, en los últimos años, parece que el sector de la pequeña y mediana empresa está suscitando interés entre los investigadores. La causa del vacío teórico en las empresas de reducido tamaño se suele atribuir a la poca información que se dispone para examinar éstas.

Diversos trabajos han abordado el tema de investigación sobre la estructura de capital, aplicados todos ellos a las empresas de tamaño reducido. Así, pueden destacarse los trabajos de ANG (1991, 1992); GIBSON (1992); HALL y HUTCHINSON (1993); REID (1993); COSH y HUGHES (1994); ROBSON *et al.* (1994); STOREY (1994); CHITTENDEN *et al.* (1996); HAMILTON y FOX (1998); JORDAN *et al.* (1998); HERNANDO y VALLÉS (1992); OCAÑA *et al.* (1994); MAROTO (1996); BOEDO y CALVO (1997); ESTRADA y VALLÉS (1998); AYBAR *et al.* (1999); LÓPEZ *et al.* (1999), LÓPEZ GRACIA y AYBAR (2000).

La progresiva constatación del papel que el sector de la pequeña y mediana empresa juega en la economía de todos los países ha generado un decidido interés por el estudio de los determinantes de la política financiera, condicionantes incuestionables de las posibilidades de desarrollo de esta categoría de empresas. Un número considerable de investigaciones pioneras advirtieron los importantes problemas que afrontan las empresas de reducido tamaño para financiar sus proyectos de inversión y crecer, acuñando el término déficit de financiación (*finance gap*), característico de las pymes (BATES, 1971).

El déficit de financiación propio de las pymes comporta que las condiciones en que se desenvuelven éstas son, en general, bastantes precarias, dado que su tamaño reducido les emplaza en una situación de debilidad en los mercados financieros. Principalmente, porque la asimetría informativa propia de estos mercados influye, particularmente, a estas empresas, controladas con frecuencia por un único director-propietario.

Las pymes canarias, objeto de nuestro trabajo, presentan características económico-financieras diferenciales, así como unas condiciones fiscales particulares que no son aplicables a las empresas del resto de España, debido a las singularidades del archipiélago canario.

Estas singularidades como su situación social y económica estructural, agravada por su lejanía del continente, desintegración territorial, disminuida superficie, relieve y clima adversos y dependencia económica respecto de un limitado número de productos, perjudican las posibilidades de desarrollo de estas empresas.

La condición diferencial de la singularidad geográfica (lejanía e insularidad) de Canarias, por su ultraperifericidad, junto al resto de regiones europeas que reúnen esta condición como las portuguesas Madeira y Azores, y las francesas, Martinica, Guayana, Guadalupe y Reunión, hace que se reconozcan como regiones ultraperiféricas (RUP) de la Unión Europea. Consecuencia de este reconocimiento, la Comunidad Autónoma de Canarias disfruta tradicionalmente de un Régimen Económico y Fiscal (REF) específico respecto del vigente en el resto del territorio nacional.

2. LAS PYMES CANARIAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA RESERVA PARA INVERSIONES

2.1. Estructura del tejido empresarial de la provincia de Santa Cruz de Tenerife

Las principales conclusiones del estudio de la estructura del tejido empresarial nacional y canario, para la provincia de Santa Cruz de Tenerife ¹, son expuestas a continuación.

La importancia de la pequeña y mediana empresa en la economía nacional y canaria queda fuera de toda duda, al representar las empresas de menos de 50 trabajadores más del 99% de la población empresarial, destacando tanto en el ámbito canario como en el nacional el elevado porcentaje de empresas sin asalariados que suponen, respectivamente, el 52,2% y el 56,8% del número total de empresas en el año 1996. Por tanto, se puede afirmar que la dimensión habitual de la empresa canaria, microempresa, coincide con la de la media nacional, si bien las empresas de las Islas presentan una ligera tendencia hacia un mayor número de trabajadores en cada uno de los estratos de dimensión (asalariados) considerados.

La pequeña dimensión se confirma con el análisis de otros indicadores empresariales. Así, más del 29% y del 36% de las empresas de la provincia de Santa Cruz de Tenerife presentan, respectivamente, una inversión total neta y una cifra de negocios inferior a 10 millones de pesetas en 1996, según datos extraídos de la base de datos de la Central de Balances de la Universidad de La Laguna (CBUL).

¹ Fundación FYDE-CajaCanarias (2001, págs. 30-37, 42).

Otro indicador de la reducida dimensión media del tejido empresarial canario lo proporciona el bajo porcentaje de empresas procesadas en la CBUL que someten sus cuentas anuales a auditoría, que suponen entre el 6% y el 3% del total de empresas de la CBUL, a lo largo del periodo 1990-1996, al superar los límites de dimensión establecidos a tal efecto ².

Por lo que a la distribución sectorial se refiere, en el año 1996 más del 80% de las empresas españolas y más del 61% del empleo se adscribe al sector servicios, siendo aún más intensa la terciarización de la actividad económica en Canarias en la que dichos porcentajes se elevan al 86% y al 75%, respectivamente.

El análisis del mapa sectorial del archipiélago indica que la economía canaria se caracteriza por una reducida participación del sector primario, una débil actividad industrial y constructora, y un sector servicios sobredimensionado y extremadamente dependiente de la coyuntura turística. La debilidad del sector industrial canario, que parece ser el más afectado por las desventajas económicas derivadas de la insularidad y lejanía de Canarias, también se manifiesta en su menor aportación relativa al valor añadido de la región, que supone el 9,5% frente al 22,2% en el sector industrial español.

En cuanto a la edad del tejido empresarial canario, la juventud es otra de sus notas características. A la vista de los datos, que indican que más del 90% de las empresas lleva operando menos de 10 años, se deduce que el tejido empresarial canario presenta, al igual que el nacional, elevadas tasas de natalidad y mortalidad.

Por sectores de actividad se observa que son las actividades de otros servicios las que concentran un mayor porcentaje de empresas recién creadas, presentando el 21,7% de las empresas del sector una edad igual o inferior al año, mientras que más del 53% lleva en el mercado menos de cinco años. La ampliación del intervalo de edad hasta los cinco años dispara significativamente el porcentaje de empresas que se halla en ese intervalo, siendo los sectores de comercio y hostelería las actividades que registraron una mayor expansión a comienzos de la década de los noventa, creándose en torno al 60% de las empresas de estos sectores.

El elevado porcentaje de empresas recién creadas viene asociado a la coyuntura favorable que ha caracterizado a la actividad económica a partir de 1994, siendo la industria y la agricultura los sectores donde menos iniciativa empresarial se ha generado, bien debido a las mayores necesidades de capital que exige la inversión en estos sectores, bien a las menores expectativas de rentabilidad-

² Según el artículo 203.1 y 2 de auditores de cuentas de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, se exceptúa de la obligación de las cuentas anuales ser revisadas por auditores a las sociedades que puedan presentar balance abreviado.

Por su parte, el artículo 181.1 de balance abreviado de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 1 de revisión de los límites contables del Real Decreto 572/1997, de 18 de abril, por el que se revisan los límites contables de los artículos 181 y 190 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, establecen que podrán formular balance abreviado las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de los requisitos siguientes:

- El límite del total del activo sea de trescientos noventa y cinco millones de pesetas.
- El límite del importe neto de su cifra anual de negocios sea de setecientos noventa millones de pesetas.
- El número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

riesgo asociadas a este tipo de inversión. En estos sectores es donde se encuentran las empresas de mayor antigüedad del tejido empresarial insular.

Las consecuencias económicas derivadas de la situación geográfica de Canarias y su condición de archipiélago introducen aspectos diferenciales en el comportamiento de las empresas e imponen limitaciones al desarrollo económico y a la expansión de las mismas, no sólo por la escasez de determinados recursos sino por la reducida dimensión y fragmentación de los mercados y los mayores costes que estas empresas han de soportar en el desarrollo de su actividad.

Así, cabría esperar que las empresas canarias presenten, como consecuencia de la menor dimensión del mercado y las dificultades para acceder a mercados externos en condiciones competitivas, un tamaño menor que las peninsulares, registrando también menores tasas de rentabilidad y, por consiguiente, de crecimiento debido a su menor capacidad de autofinanciación.

Sin embargo, el REF contiene una figura, propia y exclusiva, llamada la Reserva para Inversiones en Canarias –en adelante, RIC³– regulada en el artículo 27 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del REF de Canarias.

El Real Decreto-Ley 12/2006, de 29 de diciembre, por el que se modifican la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del REF de Canarias, y el Real Decreto-Ley 2/2000, de 23 de junio, contiene una modificación detallada del artículo 27 que regula la RIC, como consecuencia de que este beneficio fiscal debe ser adaptado a las decisiones de la Comisión Europea, dictadas a su vez bajo las prescripciones de las nuevas Directrices sobre las Ayudas de Estado de Finalidad Regional para el periodo 2007-2013.

Esta figura tributaria, la RIC, que entró en vigor a partir del año 1994, constituye una medida de incentivo fiscal a la autofinanciación empresarial e inversión productiva en el archipiélago, ya que permite a las empresas la constitución de reservas antes de la aplicación del Impuesto sobre Sociedades (IS) y, además, requiere su materialización en las Islas.

Los incentivos fiscales a la inversión⁴ suponen una importante ayuda para el desarrollo de las empresas emplazadas en una determinada área. La reserva para inversiones es un estímulo fiscal de máxima importancia y vital interés para el impulso del desarrollo de la actividad económica en las Islas.

2.2. La reserva para inversiones

Los objetivos últimos para los que fue creada la principal figura del REF, la reserva para inversiones, están orientados a la creación de riqueza, a potenciar el desarrollo económico-social, a la creación de empleo y a la diversificación de la economía de las Islas Canarias en las mejores condiciones posibles.

³ De este instrumento tributario, la RIC, extraemos aquellos aspectos de interés a los efectos de este trabajo.

⁴ Del conjunto de estímulos fiscales a la inversión que han existido o que actualmente se regulan en el REF, vamos a referirnos únicamente a la reserva para inversiones por tratarse de aquél más significativo en la política de incentivos fiscales a la inversión en Canarias.

Las finalidades primordiales de la reserva para inversiones son favorecer la autofinanciación y generar iniciativa empresarial. Para ello se exige, en primer lugar, que esta reserva sea indisponible para la empresa, en tanto que los bienes en que se materialice deben permanecer, generalmente, durante cinco años en la misma. En segundo lugar, promover la reinversión empresarial de los beneficios obtenidos en Canarias. Todo ello podría contribuir al crecimiento del tejido empresarial en las Islas.

Por lo anteriormente expuesto centraremos nuestro análisis en las principales características que definen la RIC: los requisitos legales para su dotación y la tipología de activos o inversiones que la ley prevé para su materialización.

En cuanto a la dotación de la RIC, las entidades sujetas al IS tendrán derecho a la reducción en la base imponible ⁵ de las dotaciones que en cada periodo impositivo se hagan de sus beneficios a la reserva para inversiones, hasta el límite del 90% de la parte de beneficio obtenido en dicho periodo no distribuido ⁶, en cuanto proceda de establecimientos ⁷ situados en Canarias.

Asimismo, los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) que determinen sus rendimientos netos de explotación mediante el método de estimación directa tendrán derecho a una deducción en la cuota íntegra aplicando el tipo medio de gravamen a las dotaciones anuales a la reserva procedentes de los rendimientos. Esta deducción tendrá como límite el 80% de la parte de la cuota que corresponda al importe de los rendimientos netos de explotación que provengan de actividades económicas ⁸ y de establecimientos situados en Canarias.

Respecto a la materialización de la reserva para inversiones, «las cantidades destinadas a la reserva para inversiones en Canarias deberán materializarse en el plazo máximo de tres años, contados desde la fecha del devengo del impuesto correspondiente al ejercicio en que se ha dotado la misma ⁹, en la realización de alguna de las siguientes inversiones»:

- a) La adquisición de activos fijos constituidos por bienes muebles o inmuebles tangibles, así como los intangibles utilizados en el archipiélago canario, y necesarios para el desarrollo

⁵ En ningún caso la aplicación de la reducción podrá ocasionar que la base imponible sea negativa.

⁶ A estos efectos, se considerarán beneficios no distribuidos los aplicados a nutrir las reservas y el correspondiente a las rentas que se hayan beneficiado de la deducción establecida en el artículo 36.3 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, se considerarán beneficios distribuidos los destinados a las reservas de carácter legal y los dividendos a repartir a los accionistas.

⁷ Por establecimiento debe entenderse un conjunto organizado de elementos patrimoniales y personales dispuestos, y efectivamente utilizados, para la realización, con cierta autonomía de gestión, de una explotación económica que suponga la colocación de un bien o servicio en el mercado, sin que sea suficiente la mera titularidad o tenencia de elementos patrimoniales aislados.

⁸ La Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, suplantando con carácter general (y en particular en el art. 55.2 al remitirse a los incentivos y estímulos a la inversión contenidos en la Ley 43/1995) la usual expresión de las actividades empresariales, contenida en el artículo 27.9 de la Ley 19/1994, en sentido estricto y de las actividades profesionales, por la expresión de las actividades económicas. Esta sustitución ha de entenderse también en virtud del Real Decreto-Ley 12/2006.

⁹ Se interpreta que se refiere al ejercicio o periodo impositivo en el que se obtiene el beneficio con cargo al cual se dota la reserva y no aquel en el que la junta general de accionistas, de acuerdo con el balance aprobado, decidirá sobre la distribución del resultado del ejercicio (art. 213.1 del RDLeg. 1564/1989) dotándose la RIC.

de actividades empresariales del sujeto pasivo o que contribuyan a la mejora y protección del medio ambiente en las Islas. Si se trata de la adquisición de activos fijos usados, éstos han de suponer una evidente mejora tecnológica ¹⁰ para la empresa y no podrán haberse beneficiado anteriormente de la reserva.

- «b) La suscripción de títulos valores de deuda pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, de las Corporaciones Locales Canarias o de sus empresas públicas u Organismos autónomos, siempre que la misma se destine a financiar inversiones en infraestructura y equipamiento o de mejora y protección del medio ambiente en el territorio canario, con el límite del 50% de las dotaciones efectuadas en cada ejercicio.»
- c) La suscripción de acciones o participaciones en el capital de sociedades que desarrollen en el territorio canario su actividad y que realicen las inversiones previstas en el apartado a) anterior. A dichas inversiones no se les aplicará ningún otro beneficio fiscal ¹¹.

De acuerdo al Real Decreto-Ley 12/2006, por el que se modifica el artículo 27 de la Ley 19/1994, con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2007, las inversiones, a excepción de las expresadas en el apartado b) anterior que se corresponde con el apartado D.4.º, quedan redactadas en su artículo 27.4.

La reserva para inversiones deberá figurar en el pasivo del balance de la empresa con separación y título representativo, formando parte de los fondos propios, y expresando el ejercicio con cargo a cuyo beneficio se dotó. Asimismo, no será disponible mientras que las inversiones en que se destinó deban continuar en la empresa.

En cuanto a la permanencia de las inversiones realizadas, ésta se establece en función del tipo de activos en el que se hubieran materializado aquéllas. Así, cuando se trate de elementos de activo fijo, éstos deberán permanecer en funcionamiento en la empresa del adquirente durante cinco años como mínimo, sin ser objeto de transmisión, arrendamiento o cesión a terceros para su uso. En el caso de los valores en los que se puede materializar la RIC, deberán permanecer en el patrimonio del sujeto pasivo durante cinco años ininterrumpidos ¹².

¹⁰ Esta mejora tecnológica se debe acreditar, en caso de comprobación de la situación tributaria del sujeto pasivo, mediante la justificación de que el elemento objeto de la deducción produce alguna consecuencia como la disminución del coste de producción unitario del bien o servicio, o la mejora de la calidad del bien o servicio (art. 2.2 del RD 241/1992, de 13 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 94 de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del REF de Canarias, en lo relativo a los incentivos fiscales a la inversión).

¹¹ El Real Decreto-Ley 3/1996, de 26 de enero, de reforma parcial de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del REF de Canarias, especifica que la RIC puede materializarse en la suscripción de acciones o participaciones de sociedades que, aun no estando domiciliadas en Canarias, cumplan en el archipiélago los fines señalados en el artículo 27 de la ley que regula esta reserva. A su vez, esta reforma considera, excepcionalmente y de manera accesorio, en el caso de que no existiera oferta suficiente para cubrir la demanda de materialización, la posibilidad de sustituir la deuda pública Canaria por deuda pública del Estado.

¹² En este punto, cabe señalar que todo sujeto pasivo que intente acogerse al beneficio fiscal de la RIC debe presentar contabilidad completa de su actividad ajustada al Código de Comercio y a su normativa de desarrollo. Además, es imprescindible una correcta identificación de los activos en los que se ha materializado la reserva dotada en cada ejercicio. Figurando aquéllos en el activo del balance o, al menos, en la memoria anual y en los modelos de declaración del impuesto correspondiente. Todo ello facilitará tanto una adecuada gestión interna de la empresa, como las funciones de comprobación e inspección de los órganos competentes de la Administración Tributaria.

De hecho, el artículo 27.10 del Real Decreto-Ley 12/2006 determina que «Los sujetos pasivos deberán presentar un plan de inversiones para la materialización de la reserva que se deberá adjuntar a la declaración por el impuesto correspondiente al periodo impositivo en el que se practica la reducción prevista en este artículo...».

Las principales características de la reserva para inversiones se resumen en el siguiente cuadro.

CUADRO 1. *Principales características de la RIC.*

Quiénes pueden dotar la RIC	Límites de las dotaciones a la RIC	Opciones de materialización de la RIC
Sujetos pasivos del IS.	90 por 100 de los beneficios no distribuidos después de impuestos.	Adquisición de activos fijos nuevos o usados, tangibles e intangibles y situados o recibidos en Canarias.
Sujetos pasivos del IRPF que determinen sus rendimientos netos mediante el método de estimación directa.	80 por 100 de la cuota correspondiente a los rendimientos de explotación.	Suscripción de títulos valores de deuda pública de instituciones públicas canarias. Suscripción de títulos representativos del capital de sociedades que desarrollen su actividad en el archipiélago. Creación de puestos de trabajo relacionados con las inversiones iniciales en elementos patrimoniales nuevos del activo fijo material o inmaterial, que se produzca en un periodo de seis meses a contar desde la fecha de entrada de dicha inversión. (*) Suscripción de títulos representativos del capital de entidades de la Zona Especial Canaria como consecuencia de su constitución o ampliación de capital. (*) Suscripción de títulos representativos del capital o en el patrimonio de sociedades y fondos de capital riesgo, y en fondos de inversión. (*) Suscripción de títulos valores emitidos por organismos públicos, cuando la financiación obtenida se destine a la construcción o explotación de infraestructuras o equipamientos de interés público para las Administraciones públicas en Canarias. (*) Suscripción de títulos valores emitidos por entidades, cuando la financiación obtenida se destine a la construcción o explotación de infraestructuras o equipamientos de interés público para las Administraciones públicas en Canarias, una vez obtenida la correspondiente concesión administrativa o título administrativo habilitante. (*)

(*) Conforme al Real Decreto-Ley 12/2006, por el que se modifica el artículo 27 de la Ley 19/1994, con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2007.

En resumen, podríamos decir que la RIC constituiría también un condicionante indiscutible de las posibilidades de desarrollo económico de las pymes canarias, pues particularmente promueve el crecimiento de las mismas potenciando su capacidad de autofinanciación.

3. LA TEORÍA DE LA AGENCIA EN LAS PYMES: INFORMACIÓN ASIMÉTRICA Y LA TEORÍA DEL *PECKING ORDER*

En este apartado presentamos algunas de las imperfecciones de los mercados financieros en el contexto de las pymes: las asimetrías de información, que son más acusadas en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, y los problemas y los costes de agencia.

La teoría del orden de jerarquía o del *pecking order* (PO) de MYERS (1984) y MYERS y MAJLUF (1984), plantea que el comportamiento financiero de las empresas referente a su estructura de capital, está fundamentado en una jerarquía de preferencias para financiar nuevas inversiones causado, esencialmente, por la existencia de información asimétrica en los mercados de capitales y por los costes que las distintas fuentes financieras pueden acarrear.

El orden jerárquico consiste en que las empresas utilizan como primer recurso la financiación interna, y si ésta resultara insuficiente porque las inversiones la requieren, recurren a la financiación externa. En cuanto a ésta, primero, elegirían la financiación ajena (deuda o préstamos y emisión de empréstitos) y, segundo, acudirían a la financiación propia (ampliación de capital).

La hipótesis de partida del PO, el problema de la información asimétrica, ha hecho que esta teoría se haya utilizado para definir el comportamiento financiero de las empresas de tamaño reducido, pues la existencia de asimetrías informativas es más grave en esta categoría de empresas ¹³. En consecuencia, a éstas les resultará más difícil obtener financiación ajena en forma de préstamos.

Por tanto, a medida que aumenta el tamaño de las empresas, éstas dispondrán de mayores posibilidades de acceder al crédito y de aumentar su nivel de endeudamiento. La relación estimada entre tamaño y endeudamiento debe ser, por consiguiente, positiva.

Los estudios que incorporan la variable tamaño en el análisis de la estructura de capital tienden a presentar evidencia de un mayor apalancamiento en las empresas de mayor tamaño frente a las de dimensión más reducida (BATES, 1971; SCOTT y MARTÍN, 1976; TITMAN y WESSELS, 1988; CRUTCHLEY y HANSEN, 1989; ANG, 1992; FRANK y GOYAL, 2003; HOVAKIMIAN *et al.*, 2001 y FAMA y FRENCH, 2002). Otros trabajos, sin embargo, contradicen estos resultados indicando que los niveles más altos de apalancamiento corresponden a las empresas más pequeñas (PETERSON y SCHULMAN, 1987 y HOLMES y KENT, 1991). Otras investigaciones, simplemente, no encontraron una relación significativa entre el tamaño de la empresa y el nivel de deuda (REMMERS, 1975 y BARTON y GORDON, 1988).

¹³ Véase SCHERR *et al.*, 1990; HOLMES y KENT, 1991, VAN DER WIJST y THURIK, 1993 y HAMILTON y FOX, 1998.

HOLMES y KENT (1991), LEMMON y ZENDER (2002) y FRANK y GOYAL (2003), entre otros autores, argumentan la jerarquía de preferencias en las pymes, sobre la base que estas empresas no tienen fácil acceso a la emisión de nuevas acciones.

La elección de ampliar capital y colocar los títulos entre nuevos socios es un objetivo complejo y de coste elevado, principalmente, para las pymes, que tienen una escasa infraestructura organizativa y son poco conocidas en los mercados financieros. La búsqueda de nuevos socios supondría, en todo caso, la pérdida de control del negocio y, consiguientemente, es la elección menos deseada.

La teoría de la agencia fue desarrollada, básicamente, por JENSEN y MECKLING (1976) y, posteriormente, aplicada a empresas de distintos tamaños (incluidas las de tamaño reducido) por CRUTCHLEY y HANSEN (1989), CHUNG (1993), VAN DER WIJST y THURIK (1993) y CHITTENDEN *et al.* (1996), entre otros.

Los problemas de *selección adversa* y *riesgo moral* se producen, esencialmente, en las empresas pequeñas porque suministran información financiera de peor calidad. La teoría prevé que un aumento en la incertidumbre sobre los flujos de beneficios futuros agrava las asimetrías de información y, en consecuencia, hace que los prestamistas restrinjan el volumen de crédito o podrían llevar a éstos a un racionamiento de crédito o, cuando menos, a la exigencia de fuertes garantías y demás condiciones del préstamo más rigurosas de lo habitual, lo que perjudica las inversiones en estas empresas que sufren limitaciones crediticias (GHOSAL y LOUNGANI, 2000).

CHITTENDEN *et al.* (1996) expresan que en los acuerdos contractuales entre las pequeñas empresas y los proveedores externos de capital, se intensifican los problemas de agencia en forma de *selección adversa* y *riesgo moral* debido a las asimetrías informativas, y también debido a la naturaleza tan privada de las empresas pequeñas. La existencia de estos problemas podría justificar el enorme empleo de garantías colaterales en los préstamos, como una vía para solucionar los problemas de agencia.

Asimismo, los costes de agencia derivados de estos problemas también son mayores en el caso de las empresas pequeñas, dada la información financiera reducida que generan y su escasa credibilidad, por lo que estos costes serán más difíciles de controlar en las pymes. El contrato financiero firmado entre ambas partes, la pequeña empresa («agente») y los suministradores de fondos ajenos, habitualmente un banco («principal»), sirve como mecanismo de control de los costes de agencia. El control sobre estas empresas podría ser más difícil y caro, porque a ellas no se les ha pedido, por su dimensión, que publiquen un volumen de información financiera elevada, e incurrirían en altos costes al suministrar tal información a usuarios externos por primera vez.

La vía del endeudamiento para estas empresas sólo es posible si se ofrecen adecuadas garantías e informes financieros suficientemente transparentes que compensen los problemas de *selección adversa* y *riesgo moral*. Sin embargo, habitualmente las empresas de reducido tamaño suministran una información financiera poco transparente, al tiempo que presentan insuficientes activos tangibles y una alta volatilidad en sus beneficios. De ahí que estas empresas tiendan a encontrarse fuertemente limitadas para solicitar préstamos a largo plazo y acudan, secundariamente, a la deuda a corto plazo.

Siguiendo la teoría del orden de preferencias de las fuentes financieras, las pymes prefieren financiación externa sin coste explícito (como los créditos de provisión) antes que la financiación

externa que tiene coste explícito (como la deuda bancaria). La literatura empírica evidencia que las empresas prefieren financiarse mediante sus proveedores más que mediante las entidades financieras; por lo que los créditos de proveedores y la deuda bancaria se utilizan como financiación sustitutiva por las empresas (WALTER, 1991; COSH y HUGHES, 1994; OCAÑA *et al.*, 1994; PETERSEN y RAJAN, 1994 y 1997; BIAIS y GOLLIER 1997; MELLE, 2001).

El crédito comercial también ha sido considerado como una forma de atenuar los problemas de información asimétrica entre las empresas y sus financiadores. Desde este punto de vista, los proveedores podrían tener ventaja sobre los bancos, tanto a la hora de valorar el riesgo de crédito como a la hora de liquidar las mercancías en caso de impago de la deuda. El fundamento teórico de las relaciones entre el crédito comercial y las asimetrías informativas puede encontrarse, entre otros, en los trabajos de SMITH (1987), FREIXAS (1993), LEE y STOWE (1993), LONG *et al.* (1993), BIAIS *et al.* (1994) y BIAIS y GOLLIER (1997) ¹⁴.

A partir del enfoque de la edad o tiempo que la empresa lleva operando en el mercado, se argumenta que las empresas más jóvenes tenderán a utilizar intensamente sus propios recursos, aparte de la deuda bancaria y comercial a corto plazo, enfrentándose a los típicos problemas de falta de liquidez (WESTON y BRIGHAM, 1981). Para sobrevivir, este tipo de empresas debe adaptar su ritmo de crecimiento a sus posibilidades para generar fondos internos, dada la dificultad de conseguir fondos permanentes (ajenos a largo plazo o propios). La edad, por tanto, suele estar positivamente asociada, en general, a la deuda a corto plazo y negativamente a la deuda a largo plazo.

En el ámbito de las pymes, la teoría de la agencia se basa en el conflicto de intereses que surge entre agente y principal, ambos tratando de maximizar su propia utilidad.

El conflicto de intereses entre director («agente») y accionistas («principal») carece de importancia en este ámbito, dada la concurrencia, por lo general, de ambos papeles (director y accionistas) en la figura del director-propietario. A mayor número de accionistas no-directores, mayor es el significado o importancia de este conflicto.

Por tanto, en las pymes dirigidas y gestionadas por los propios accionistas y con concentración accionarial, los conflictos o problemas de agencia son casi inexistentes al unificarse los intereses entre los accionistas y los directivos.

Conforme a las observaciones anteriores, las pymes prefieren financiar los nuevos proyectos de inversión a través de los recursos generados internamente. En segundo lugar, tratarían de obtener un mayor endeudamiento a largo o corto plazo, en función de sus restricciones. Únicamente, en último lugar, recurrirían a una ampliación de capital que les obligara a compartir el control o el negocio con nuevos socios.

En las empresas de tamaño reducido, con asiduidad, gestionadas por uno o varios directores que, a su vez, detentan la propiedad de todas las acciones, el objetivo principal no es alcanzar una estructura de capital óptima sino minimizar el intrusismo en el negocio. Los fondos internos evitan

¹⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (2002).

al director-empresario la disciplina que le impondría el recurso a un préstamo, o bien la que le atribuiría el compartir el negocio con otros socios a través de la emisión de nuevas acciones.

Así, la falta de confianza de los mercados de crédito respecto a las pequeñas empresas, añadida a los deseos de autonomía de las mismas, les lleva a financiar sus proyectos de inversión, principalmente, con recursos generados internamente y renunciar a muchos otros proyectos que requieran financiación externa.

En línea con ANG (1991) que plantea que las pymes utilizan la retención de beneficios como primera fuente de financiación, al constituir la reserva para inversiones un beneficio no distribuido, retenido o reinvertido en la empresa, cabría esperar que su dotación incrementara los beneficios retenidos de las pymes canarias, lo que propiciaría que la financiación interna de estas empresas fuera menos insuficiente.

No obstante, las pymes canarias, concretamente, aquellas empresas que se hayan acogido a la RIC dispondrían de más activos tangibles, a medida que apliquen sus dotaciones en las inversiones fijadas, básicamente, en activos fijos y materiales. Al punto que si estas empresas requirieran solicitar financiación a entidades financieras podrían ofrecer garantías al disponer de activos tangibles.

En las pymes canarias, el conflicto de intereses surgiría, además, entre la pequeña empresa («agente») y los sistemas legal y económico-fiscal («principal»), en el contexto del conjunto de medidas tributarias a la inversión que afectan a estas empresas.

Además, atendiendo al requisito de materialización de la reserva para inversiones en determinadas inversiones en el plazo máximo de tres años a partir del ejercicio en que se ha constituido la misma, las pymes canarias que dotaron esta reserva sustituirían y/o complementarían las disciplinas de la financiación ajena (préstamos) y de la financiación externa (ampliación de capital), por el anterior requisito que establece la figura legal de la reserva para inversiones (financiación interna).

PETTIT y SINGER (1985), BARTON y MATTHEWS (1989), NORTON (1991) y MATTHEWS *et al.* (1994) advierten que en las empresas de reducido tamaño, las creencias, preferencias y expectativas y los objetivos de los directivos juegan un papel importante en la determinación de la estructura de capital. Esta influencia de los directivos se manifiesta además en la unión existente entre las finanzas empresariales y sus finanzas personales.

4. LAS INCIDENCIAS IMPOSITIVA Y DE LOS SISTEMAS LEGAL Y ECONÓMICO-FISCAL EN LAS PYMES

Seguidamente, pasamos a exponer las influencias de las imperfecciones de los mercados comprendidas por los tratamientos diferenciados en los impuestos y en los sistemas legal y económico-fiscal de las decisiones financieras de las pymes.

4.1. Ventajas fiscales

Conforme a los argumentos fiscales de MODIGLIANI y MILLER (1963) y a la teoría tradicional estática de las ventajas competitivas o del equilibrio *trade-off* (TO) óptimo entre los recursos propios y ajenos [SCOTT (1976), HARRIS y RAVIV (1991), entre otros autores], la ventaja fiscal de los intereses de la deuda puede conducir a que las empresas puedan preferir financiarse con deuda frente a capitales propios, en contra de la hipótesis del *pecking-order*.

No obstante, DEANGELO y MASULIS (1980) reconocen que el beneficio fiscal de la deuda puede verse compensado por otras deducciones fiscales alternativas a los intereses de la deuda, como podrían ser las causadas por la amortización de los activos o por la realización de determinadas inversiones.

Al punto que en el escenario real de empresas objeto de aplicación empírica en nuestro trabajo, las pymes canarias tienen la posibilidad de acogerse a una medida de incentivo fiscal a la autofinanciación e inversión empresarial como es la RIC.

Todo lo anterior permite prever una relación negativa entre el nivel de endeudamiento y el nivel de dotación a la reserva para inversiones, toda vez que dicha reserva actuará como un poderoso estímulo fiscal de la autofinanciación en las pymes canarias, constituyéndose a la par en un serio competidor de la ventaja fiscal proporcionada por los intereses de la deuda.

La RIC es, por tanto, una reserva especial ¹⁵ que tiene su origen en los beneficios obtenidos y no distribuidos de las pymes canarias, que potencia su autofinanciación y que contribuye a reforzar la esperada relación inversa entre el nivel de endeudamiento y los recursos generados internamente sugerida por la teoría del *pecking order*.

Además, la materialización requerida de la reserva para inversiones en activos fijos materiales incidirá positivamente en el nivel de tangibilidad empresarial, reforzando la relación negativa con el nivel de deuda propuesta desde una perspectiva estrictamente fiscal por DEANGELO y MASULIS.

Igualmente acerca de la decisión de dividendos de las empresas, como este incentivo fiscal de la reserva para inversiones consiste en que las empresas tienen la posibilidad de no tributar por el IS en la parte del beneficio neto no distribuido que se aplique a la misma, y se considera entre el beneficio distribuido el que se reparte a los accionistas; esta restricción causa una relación negativa entre los dividendos y la RIC.

En conclusión, referente a la decisión de financiación, dado que este escudo fiscal de la reserva para inversiones coexiste con la ventaja fiscal de la deducción por intereses de la deuda, la decisión de constituir esta reserva podría incidir de forma negativa en la decisión de endeudamiento.

A modo de síntesis, los principales argumentos teóricos y signos estimados de las relaciones entre la decisión de endeudamiento de las pymes y sus factores explicativos, se representan en el cuadro siguiente:

¹⁵ En el sentido de que se establece por una ley, pero cuya asignación es de carácter voluntario.

CUADRO 2. *Relaciones estimadas entre la decisión de endeudamiento de las pymes y sus determinantes.*

Variables	Argumentos teóricos	Signos
Recursos generados internamente	<i>Pecking order</i>	Negativo
Reserva para inversiones	<i>Pecking order</i> ; DEANGELO y MASULIS (1980)	Negativo
Tamaño	<i>Pecking order</i> ; <i>Trade-off</i>	Positivo
Tangibilidad de los activos	Agencia; <i>Pecking order</i> ; <i>Trade-off</i>	Positivo
	DEANGELO y MASULIS (1980)	Negativo
Edad	<i>Pecking order</i>	Positivo

4.2. Generación de renta de las empresas: el ahorro impositivo

A continuación pasamos a estimar la generación de renta: el ahorro fiscal que obtiene el sujeto pasivo del IS, resultante de las ventajas fiscales de la deuda y de la reserva para inversiones.

Tras la formulación algebraica de los conceptos básicos y de los límites legales, se determinan las ecuaciones de las rentas generadas derivadas de los beneficios fiscales de la deuda y de la reserva para inversiones, en los supuestos que se distribuyan y no se distribuyan dividendos.

- L: Empresas endeudadas.
- U: Empresas no endeudadas.
- BAI: Beneficio antes de impuestos.
- t_c : Tipo impositivo de la empresa.
- IS: Impuesto sobre Sociedades. $IS = BAI \times t_c$.
- RIC: Reserva para Inversiones en Canarias.
- IS_{RIC} : Impuesto sobre Sociedades habiendo dotado la RIC. $IS_{RIC} = (BAI - RIC) \times t_c$.
- BDI: Beneficio después de impuestos. $BDI = BAI - IS$.
- DIV: Beneficios repartidos a los accionistas o dividendos.
- BND: Beneficio no distribuido a efectos de la dotación de la RIC. $BND = BDI - RL - DIV$.

En primer lugar, el beneficio antes de impuestos y el IS de las empresas endeudadas se representan en las ecuaciones siguientes:

$$BAI_L = BAI - rD \quad [1]$$

Siendo:

rD : El coste o gasto por los intereses de la deuda.

$$IS_L = (BAI - rD) \times t_c \quad [2]$$

Sustituyendo las anteriores ecuaciones en la ecuación que sigue:

$$BDI_L = BAI_L - IS_L \quad [3]$$

Obtenemos el beneficio después de impuestos de las empresas endeudadas que describe su situación fiscal:

$$BDI_L' = (BAI - rD) (1 - t_c) \quad [4]$$

En segundo lugar, las ecuaciones que representan el beneficio antes de impuestos y el IS de las empresas no endeudadas son las siguientes:

$$BAI_U = BAI \quad [5]$$

$$IS_U = BAI \times t_c \quad [6]$$

Sustituyendo las ecuaciones anteriores en la siguiente ecuación:

$$BDI_U = BAI_U - IS_U \quad [7]$$

Adquirimos el beneficio después de impuestos de las empresas no endeudadas que describe su estado fiscal:

$$BDI_U' = BAI (1 - t_c) \quad [8]$$

En tercer lugar, determinamos la generación de rentas de cada una de esta categoría de empresas.

a) Empresas endeudadas.

$$R_L = (BAI - rD) (1 - t_c) + rD \quad [9]$$

Siendo:

R : La renta generada por la empresa.

b) Empresas no endeudadas.

$$R_U = BAI (1 - t_c) \quad [10]$$

Desarrollando la anterior ecuación [9], obtenemos la expresión siguiente:

$$R_L = BAI (1 - t_c) + rD t_c \quad [11]$$

Por tanto, resulta que:

$$R_L' = R_U + rD t_c \quad [12]$$

Las rentas de las empresas endeudadas son mayores que las rentas de las empresas no endeudadas. El componente de las rentas de las primeras empresas que excede a las rentas de las segundas constituye el ahorro impositivo o beneficio fiscal de la deuda ($rD t_c$).

Seguidamente, se plantean las situaciones anteriores de generación de rentas de las empresas endeudadas y no endeudadas, pero distinguiendo dos supuestos: empresas que deciden acogerse a la reserva para inversiones y empresas que además distribuyen dividendos.

Previamente, recuérdese que el límite máximo de dotación a la reserva es el 90% sobre el beneficio no distribuido: $RIC \leq 0,90 \times BND$.

Supuesto 1.º: Las empresas endeudadas y no endeudadas dotan la RIC (suponiendo al límite máximo), sin constituir otras reservas ni distribuir beneficios a los accionistas.

En este supuesto, las ecuaciones del IS y de la reserva para inversiones de las empresas endeudadas son las siguientes:

$$IS_{L_{RIC}} = [(BAI - rD) - RIC] \times t_c \quad [13]$$

$$RIC_L = 0,90 \times [(BAI - rD) - IS_{L_{RIC}}] \quad [14]$$

Sustituyendo la ecuación anterior en la ecuación [13], se obtiene la ecuación final del IS de las empresas endeudadas que dotan la RIC:

$$IS_{L_{RIC}}' = \frac{(BAI - rD) \times (1 - 0,90) t_c}{1 - 0,90 t_c} \quad [15]$$

Siendo:

$$(1 - 0,90) t_c / 1 - 0,90 t_c : \text{El tipo impositivo o de gravamen de la empresa con RIC.}$$

Posteriormente, se sustituye la ecuación [15] en la ecuación [14], resultando la ecuación última de la RIC de las empresas endeudadas:

$$RIC_L' = \frac{0,90 (1 - t_c) (BAI - rD)}{1 - 0,90 t_c} \quad [16]$$

Asimismo, las formulaciones del IS y de la reserva para inversiones de las empresas no endeudadas son las que siguen:

$$IS_{URIC} = (BAI - RIC) \times t_c \quad [17]$$

$$RIC_U = 0,90 \times (BAI - IS_{URIC}) \quad [18]$$

Se sustituye la anterior ecuación en la ecuación [17], obteniendo la ecuación final del IS de las empresas no endeudadas que dotan la RIC:

$$IS_{URIC}' = \frac{BAI \times (1 - 0,90) t_c}{1 - 0,90 t_c} \quad [19]$$

Después, sustituyendo la ecuación precedente en la ecuación [18], resulta la ecuación última de la RIC de las empresas no endeudadas:

$$RIC_U' = \frac{0,90 (1 - t_c) BAI}{1 - 0,90 t_c} \quad [20]$$

Puede observarse cómo el importe del IS de las empresas endeudadas que dotaron la RIC es inferior al importe del IS de las empresas no endeudadas que también dotaron la RIC. Ello es debido a que la base imponible del IS sobre la que se aplica el tipo impositivo en las primeras empresas es inferior, al considerarse el coste o gasto por los intereses de la deuda deducible fiscalmente. En consecuencia, la dotación a la reserva de las empresas endeudadas es menor que la dotación a la reserva de las empresas no endeudadas.

Supuesto 2.º: Las empresas endeudadas y no endeudadas deciden acogerse a la RIC y a la vez distribuir dividendos.

En este supuesto, la ecuación [14] se corresponde con la siguiente expresión de la reserva para inversiones de las empresas endeudadas y que a la vez distribuyen dividendos:

$$RIC_{LDIV} = 0,90 \times \{[(BAI - rD) - IS_{LRIC}] - DIV\} \quad [21]$$

Sustituyendo la expresión anterior en la ecuación [13] del IS de las empresas endeudadas, se obtiene la ecuación final del IS de las empresas endeudadas que deciden acogerse a la RIC y a la vez distribuir dividendos:

$$IS_{LRICDIV} = \frac{(BAI - rD) \times (1 - 0,90) t_c + 0,90 t_c DIV}{1 - 0,90 t_c} \quad [22]$$

Posteriormente, se sustituye la ecuación [22] en la expresión [21], resultando la ecuación última de la RIC de las empresas endeudadas que a la vez distribuyen dividendos:

$$RIC_{LDIV}' = \frac{0,90 [(1 - t_c) (BAI - rD) - DIV]}{1 - 0,90 t_c} \quad [23]$$

Asimismo, la formulación de la reserva para inversiones de las empresas no endeudadas y que a la vez distribuyen dividendos es la que sigue:

$$RIC_{UDIV} = 0,90 \times [(BAI - IS_{URIC}) - DIV] \quad [24]$$

Se sustituye la anterior formulación en la ecuación [17] del IS de las empresas no endeudadas, obteniendo la ecuación final del IS de las empresas no endeudadas que deciden acogerse a la RIC y a la vez distribuir dividendos:

$$IS_{URICDIV} = \frac{BAI \times (1 - 0,90) t_c + 0,90 t_c DIV}{1 - 0,90 t_c} \quad [25]$$

Después, sustituyendo la ecuación precedente en la ecuación [24], resulta la ecuación última de la RIC de las empresas no endeudadas que a la vez distribuyen dividendos:

$$RIC_{UDIV}' = \frac{0,90 [(1 - t_c) (BAI) - DIV]}{1 - 0,90 t_c} \quad [26]$$

Podemos observar que los importes del IS y de la reserva para inversiones, en el supuesto segundo cuando además de constituir la RIC se decide distribuir dividendos, tanto en las empresas endeudadas como en las no endeudadas, son mayores y menores, respectivamente, a las cuantías de las mismas partidas y para las mismas empresas, en el primer supuesto que no se distribuyen beneficios a los accionistas. Ello se explica, obviamente, porque el importe del beneficio no distribuido a efectos de la dotación de la RIC disminuye si se reparten dividendos, obteniendo, como consecuencia, la dotación a la reserva inferior y, por consiguiente, la cuantía del impuesto superior.

Además, advertimos que la decisión de distribuir dividendos no altera los hechos observados de los importes del IS y de la RIC de las empresas endeudadas y de las empresas no endeudadas.

A continuación, procedemos a determinar la generación de rentas en los dos tipos de empresas según los dos supuestos antedichos.

En primer término, cuando las empresas endeudadas y no endeudadas dotan la RIC, sin constituir otras reservas ni distribuir beneficios a los accionistas.

El beneficio después de impuestos de las empresas endeudadas que dotan la RIC tiene la siguiente expresión:

$$BDI_{LRIC} = (BAI - rD) - IS_{LRIC}' \quad [27]$$

Luego, se reemplaza la ecuación [15] (final del IS de las empresas endeudadas que dotan la RIC) en la expresión anterior, obteniéndose, al desarrollarla, la ecuación final:

$$BDI_{LRIC}' = \frac{(BAI - rD) (1 - t_c)}{1 - 0,90 t_c} \quad [28]$$

Igualmente, reemplazamos la ecuación [19] (final del IS de las empresas no endeudadas que dotan la RIC) en la expresión, del beneficio después de impuestos de las empresas no endeudadas que dotan la RIC, siguiente:

$$BDI_{URIC} = BAI - IS_{URIC} \quad [29]$$

Después de su desarrollo se obtiene la ecuación última:

$$BDI_{URIC} = \frac{BAI(1 - t_c)}{1 - 0,90 t_c} \quad [30]$$

Si comparamos las ecuaciones [28] y [30] con las ecuaciones [4] y [8], respectivamente, se percibe que los beneficios netos cuando los dos tipos de empresas se acogen a la RIC son mayores que los beneficios netos de las mismas sin acogerse a la RIC, dado que la misma reduce el gasto por el IS.

En segundo término, cuando las empresas endeudadas y no endeudadas deciden acogerse a la RIC y a la vez distribuir dividendos, sustituimos las expresiones [22] y [25] (ecuaciones finales del IS de las empresas endeudadas y no endeudadas que deciden acogerse a la RIC y a la vez distribuir dividendos, respectivamente) en las siguientes expresiones:

$$BDI_{LRICDIV} = (BAI - rD) - IS_{LRICDIV} \quad [31]$$

$$BDI_{URICDIV} = BAI - IS_{URICDIV} \quad [32]$$

Obteniéndose, al resolverlas, las ecuaciones finales:

$$BDI_{LRICDIV} = \frac{(BAI - rD)(1 - t_c) - 0,90 DIV t_c}{1 - 0,90 t_c} \quad [33]$$

$$BDI_{URICDIV} = \frac{BAI(1 - t_c) - 0,90 DIV t_c}{1 - 0,90 t_c} \quad [34]$$

Al confrontar las expresiones [33] y [34] individualmente con las ecuaciones [28] y [30], deducimos que los beneficios netos de ambas categorías de empresas cuando además de constituir la RIC distribuyen dividendos, son menores a los beneficios netos de las mismas sin distribuir dividendos. Esto viene motivado, claramente, a que el reparto de dividendos disminuye el beneficio no distribuido, sobre el que se aplica la reserva, consecuentemente la dotación a la RIC, resultando el gasto por el IS superior.

Consecuentemente, por una parte, la generación de rentas de las empresas endeudadas y no endeudadas, cuando hayan dotado la RIC sin constituir otras reservas ni distribuir beneficios a los accionistas, se representa como sigue:

a) Empresas endeudadas.

$$R_{LRIC} = \frac{(BAI - rD)(1 - t_c)}{1 - 0,90 t_c} + rD \quad [35]$$

b) Empresas no endeudadas.

$$R_{URIC} = \frac{BAI(1 - t_c)}{1 - 0,90 t_c} \quad [36]$$

Desarrollando la anterior ecuación [35], se obtiene la siguiente:

$$R_{LRIC} = \frac{BAI(1 - t_c) + rD(1 - 0,90) t_c}{1 - 0,90 t_c} \quad [37]$$

Finalmente, la ecuación precedente se expresa como:

$$R_{LRIC}' = R_{URIC} + \frac{rD(1 - 0,90) t_c}{1 - 0,90 t_c} \quad [38]$$

Concluyéndose, por tanto, que la renta de una empresa endeudada que haya dotado la RIC es mayor que la renta de una empresa no endeudada que haya dotado la RIC también.

Por otra parte, la generación de rentas de las empresas endeudadas y no endeudadas cuando hayan dotado la RIC y distribuido dividendos se representa seguidamente.

a) Empresas endeudadas.

$$R_{LRICDIV} = \frac{(BAI - rD)(1 - t_c) - 0,90 DIV t_c}{1 - 0,90 t_c} + rD \quad [39]$$

b) Empresas no endeudadas.

$$R_{URICDIV} = \frac{BAI(1 - t_c) - 0,90 DIV t_c}{1 - 0,90 t_c} \quad [40]$$

Se desarrolla la anterior ecuación [39], obteniendo la ecuación siguiente:

$$R_{LRICDIV} = \frac{BAI(1 - t_c) - 0,90 DIV t_c + rD(1 - 0,90) t_c}{1 - 0,90 t_c} \quad [41]$$

Posteriormente, la ecuación precedente se expresa como:

$$R_{LRICDIV}' = R_{URICDIV} + \frac{rD(1 - 0,90) t_c}{1 - 0,90 t_c} \quad [42]$$

Por lo tanto, se concluye que la renta de una empresa endeudada es mayor que la renta de una empresa no endeudada, habiendo ambos tipos de empresas dotado la RIC y distribuidos dividendos, a la vez.

Al mismo tiempo, si equiparamos las ecuaciones [38] y [42], se advierte que el componente de las rentas de las empresas endeudadas que dotaron la RIC y el componente de las rentas de las empresas endeudadas que dotaron la RIC y distribuyeron dividendos es el mismo.

Finalmente, corroboraríamos que la decisión de distribuir dividendos no altera los resultados de las anteriores rentas generadas.

5. LOS EFECTOS DE LA RESERVA PARA INVERSIONES EN LA POLÍTICA FINANCIERA DE LAS PYMES CANARIAS

A la postre, por la importancia y el protagonismo que tiene la RIC en el conjunto de incentivos fiscales a la inversión en Canarias, así como por constituir una decisión de financiación, analizamos la influencia de la reserva para inversiones en la política financiera de las pymes canarias.

Este apartado se estructura de la forma siguiente: en primer término, y en una primera aproximación a una valoración de la incidencia de la RIC en las pymes de la provincia de Santa Cruz de Tenerife, se realiza un análisis de la evolución y del perfil de las empresas que aplicaron este incentivo fiscal, atendiendo a su dimensión, al sector de actividad al que están adscritas y a su edad.

En segundo término, y como segunda aproximación al análisis de la influencia de la RIC, se efectúa una evaluación de sus efectos en la estructura financiera de dichas pymes.

5.1. Evolución y características del tejido empresarial que dotó la reserva

A continuación se analiza la evolución del número de empresas que constituyeron la RIC y de los importes de las dotaciones, haciendo uso de la información económico-financiera de una muestra de 365 empresas procedente del conjunto de empresas que permanecen en la base de datos de la CBUL (1.630), durante el periodo 1990-1996.

En el estudio de la evolución del número de empresas que dotaron la reserva para inversiones, durante el subperiodo 1994-1996 (**tabla 1**), cabe señalar, por una parte, el aumento del número de empresas que dotaron esta reserva en 1995 respecto a 1994, tanto si se observa el número total de las mismas en 1995 (164), que se eleva en un 52% con relación al número total de empresas que dotaron esta reserva en 1994 (108), como si se atiende al número de empresas que se acogieron a la RIC por primera vez en 1995 (36), acerca del número de empresas que aplicaron esta reserva por primera vez en 1994 (20).

Por otra parte, se advierte una disminución del 16% en el número total de empresas que dotaron la RIC en 1996 (138) respecto a 1995 (164). Sin embargo, atendiendo al número de empresas que dotaron por primera vez en 1996 (37), se puede decir que se mantiene el número de empresas que disfrutó de este incentivo fiscal en 1996, referente al número de empresas que disfrutó del mismo únicamente en 1995 (36).

Además, el número de empresas que dotaron esta reserva en 1995 y en 1996 (49) aumentó en un 36%, con respecto al número de empresas que dotaron la RIC en 1994 y en 1995 (36). Este hecho podría reflejar que la estabilidad de las empresas que se acogieron a la RIC en dos años consecutivos aumenta en el último año del periodo de referencia (1996).

TABLA 1. *Número de empresas que dotaron la RIC.*

	1994	1995	1996	1994-1996	Total
1994	20	36	9	43	108
	Dotaron sólo en 1994	Dotaron en 1994 y 1995	Dotaron en 1994 y 1996	Dotaron en los tres años: 1994, 1995 y 1996	Total 1994
1995	36	36	49	43	164
	Dotaron en 1994 y 1995	Dotaron sólo en 1995	Dotaron en 1995 y 1996	Dotaron en los tres años: 1994, 1995 y 1996	Total 1995
1996	9	49	37	43	138
	Dotaron en 1994 y 1996	Dotaron en 1995 y 1996	Dotaron sólo en 1996	Dotaron en los tres años: 1994, 1995 y 1996	Total 1996

FUENTE: *Elaboración propia. Datos obtenidos de la CBUL.*

En la **tabla 1** podemos observar cómo el número de empresas que se acogieron a esta reserva, en, al menos, algún ejercicio del subperiodo 1994-1996, asciende a 230 [(138 total 1996) + (20 dotaron sólo en 1994) + (36 dotaron sólo en 1995) + (36 dotaron en 1994 y 1995)]. Este número de empresas representa un 63% del número total de empresas de la muestra utilizada (365).

Sin embargo, las 43 empresas que dotaron la RIC durante los tres años del periodo señalado representan alrededor de un 19% del número de empresas que se acogieron a este incentivo fiscal en, al menos, algún ejercicio del subperiodo 1994-1996 (230). Lo anterior parece indicar que la aplicación de resultados a la reserva para inversiones no es una decisión empresarial que se mantenga de forma continua a lo largo de los años analizados.

En un análisis de la evolución de las dotaciones a la RIC, se han utilizado, como aproximaciones a estas dotaciones, los valores medios por empresas de las ratios que relacionan los importes totales de la reserva, que se han obtenido a partir de la información contenida en las cuentas anuales, con los activos totales, por un lado, y con los beneficios netos, por otro (**tabla 2**).

TABLA 2. Importes medios de las dotaciones a la RIC.

	1994	1995	1996
RIC/Activo total	0,0252	0,0336	0,0279
RIC/Beneficio neto	0,2530	0,3385	0,2731

FUENTE: Elaboración propia. Datos obtenidos de la CBUL.

Concerniente a los resultados relativos a la evolución de los importes medios por empresas de las dotaciones a la RIC, en la **tabla 2**, se percibe cómo en 1995 se produce un aumento de dichos importes, pero en 1996 se registra una disminución.

A renglón seguido, se procede a estudiar el perfil de las empresas que aplicaron este incentivo fiscal, en función de distintas características como son su dimensión, el sector de actividad en el que operan y su edad. Características que permitirán definir la estructura del tejido empresarial que dotó la reserva.

Las empresas que aplicaron la RIC se caracterizan por una dimensión mayor. Un indicador de la misma lo proporcionan los porcentajes de estas empresas que someten sus cuentas anuales a auditoría, al superar los límites de dimensión establecidos a tal efecto, que suponen entre un 28% y un 12% del número total de empresas que dotaron esta reserva por ejercicio, como se muestra en la **tabla 3**.

Además, el porcentaje máximo de las empresas auditadas que dotaron (28%) se sitúa 12 puntos por encima del porcentaje máximo correspondiente a las empresas auditadas de la muestra (16%), lo que parece reflejar que la dimensión de las empresas que aplicaron la RIC es superior al tamaño medio del total de empresas (**tabla 3**).

TABLA 3. Empresas auditadas que dotaron la RIC.

	1994	1995	1996
N.º empresas auditadas que dotaron	30	42	17
N.º total empresas que dotaron	108	164	138
% sobre el total empresas que dotaron	27,78	25,61	12,32
N.º empresas auditadas de la muestra	56	57	55
N.º total empresas de la muestra	365	365	365
% sobre el total empresas de la muestra	15,34	15,62	15,07

FUENTE: Elaboración propia. Datos obtenidos de la CBUL.

En referencia a la distribución del número de empresas que se acogieron a este incentivo fiscal por sector de actividad y ejercicio (**tabla 4**), cabe subrayar que en cada uno de los ejercicios el sector al que en mayor medida se adscriben las empresas es el sector comercial, que representa entre un 53% y un 57% del total de empresas. Posteriormente, le sigue el sector otros servicios que representa en torno a un 20%. En cambio, el sector con menor ponderación es agricultura y pesca, en el que sólo alrededor de un 2% de las empresas que dotaron la RIC, se adscriben al mismo.

TABLA 4. *Empresas que dotaron la RIC por sectores de actividad.*

	1994	1995	1996
AGREGADO	100%	100%	100%
Total	108	164	138
AGRICULTURA Y PESCA	2%	1%	2%
Total	2	2	2
INDUSTRIA	6%	9%	7%
Total	6	15	9
CONSTRUCCIÓN	6%	9%	7%
Total	7	15	10
COMERCIO	57%	53%	57%
Total	61	87	79
HOSTELERÍA	9%	8%	6%
Total	10	13	8
OTROS SERVICIOS	20%	20%	21%
Total	22	32	29

FUENTE: *Elaboración propia. Datos obtenidos de la CBUL.*

En una valoración de la edad que tienen las empresas que dotaron la RIC en 1996, se observa en los datos de la **tabla 5** que aproximadamente el 39% de las 108 empresas que dotaron esta reserva, y para las que se dispone de información acerca de su fecha de constitución, tenían una edad inferior o igual a 10 años.

Sin embargo, las empresas que llevan operando en el mercado más de 25 años representan tan sólo el 12,04%. Asimismo, advertimos cómo el número total de empresas con una antigüedad superior a 10 años disminuye paulatinamente, a medida que aumenta el intervalo de número de años de edad. Por tanto, podría deducirse que son las empresas más jóvenes las que manifiestan un mayor interés por este incentivo fiscal.

TABLA 5. *Empresas que dotaron la RIC por intervalos de edad (1996).*

	Total	
	N.º	%
≤ 5 años	1	0,93
6-10 años	41	37,96
11-15 años	34	31,48
16-25 años	19	17,59
> 25 años	13	12,04
Total	108	100

FUENTE: *Elaboración propia. Datos obtenidos de la CBUL.*

En resumen, y atendiendo al perfil de las empresas que dotaron la RIC, se puede afirmar que, en general, se tratan de empresas de reducida dimensión, que llevan desarrollando su actividad en los sectores comercial y de otros servicios durante un periodo inferior o igual a diez años.

5.2. Evaluación de los efectos de la reserva

Seguidamente, se expondrá una valoración de sus consecuencias en la estructura financiera del conjunto de empresas que permanecen en la base de datos de la CBUL, durante el periodo 1990-1996.

En un análisis de la estructura financiera del conjunto de empresas que permanecen ¹⁶, observamos cómo rasgos básicos que la empresa canaria se ha financiado mayoritariamente durante el periodo 1990-1996 con recursos ajenos. Así, y tomando como referencia los datos del último ejercicio (1996), las empresas canarias dependen alrededor de un 52% de los recursos ajenos, destacando la importancia que en su financiación tienen los recursos ajenos a corto plazo, cuya participación relativa en el total de recursos de las empresas se sitúa en el 40%. Frente a lo anterior, la financiación ajena a largo plazo tan sólo representa en 1996 el 11% de los recursos totales. La financiación propia representa en torno al 48% del total de recursos de las empresas de la muestra.

En un estudio de la evolución de la estructura financiera de las empresas que permanecen durante el periodo 1990-1996, se observa cómo se ha registrado una disminución gradual de la financiación ajena en el total de recursos de las empresas, así durante el periodo dicha fuente de financiación ha descendido en un 11,42%, consecuencia de la mayor capitalización que han llevado a cabo las empresas canarias, registrando un crecimiento de su grado de autonomía financiera, del 15,86%.

¹⁶ Véase Fundación FYDE-CajaCanarias (2001, págs. 51-53).

Este aumento de los recursos propios tiene su origen, fundamentalmente, en la acumulación de reservas, cuya participación en el total de recursos de las empresas ha aumentado durante el periodo en un 42%.

En principio, la evolución de la estructura financiera, particularmente de las reservas, pone de manifiesto cómo este estímulo fiscal está respondiendo a uno de los fines para los que ha sido creado, promover la autofinanciación empresarial.

5.3. A modo de resumen

Por una parte, se pone de relieve cómo la reserva para inversiones dentro de los incentivos fiscales a la inversión en Canarias contribuye a la potencial generación de recursos financieros, producto de la menor presión fiscal que soportan las empresas que operan en las Islas.

Así, en la **tabla 6** se observa el paulatino descenso en la tasa impositiva (el peso del IS sobre los resultados) desde la entrada en vigor de la RIC, alcanzando un 9,71% en 1996.

TABLA 6. *Tasa impositiva de las empresas.*

	1994	1995	1996
Provincia de Santa Cruz de Tenerife	12,50%	11,79%	9,71%

FUENTE: *Elaboración propia. Datos obtenidos de la CBUL.*

Lo anterior podría significar que este estímulo fiscal no sólo fomenta el crecimiento económico y la iniciativa empresarial, sino que también contribuye a aumentar la financiación de las Administraciones públicas, por cuanto el previsible crecimiento económico y la supuesta creación de empresas generarían mayores bases impositivas.

Además, las modalidades de materialización definidas y establecidas por la normativa reguladora de la RIC contemplan la posibilidad de canalizar los fondos de esta reserva hacia la creación de infraestructuras públicas en el archipiélago canario.

Por otra parte, este incentivo fiscal es una fórmula idónea para las empresas de menor dimensión, más dependientes de la autofinanciación y con mayores dificultades para el acceso a los mercados de deuda, y las de reciente creación, por cuanto que por su propia naturaleza y por la definición de este incentivo constituye una fuente de autofinanciación y permite a este tipo de empresas afrontar en mejores condiciones financieras la realización de nuevos proyectos de inversión.

En principio, la evolución de la estructura financiera, particularmente de las reservas, pone de manifiesto cómo este estímulo fiscal está respondiendo a uno de los fines para los que ha sido creado, promover la autofinanciación empresarial.

Un desarrollo futuro de este análisis, condicionado a la disponibilidad de la información necesaria, consiste en contrastar si se mantiene la tendencia alcista en la evolución de la RIC o si, por el contrario, la limitación temporal para su materialización y las posibles alternativas de inversión estipuladas aminoran la aplicación del beneficio después de impuestos a la reserva para inversiones.

Asimismo, sería deseable que el estudio de la influencia de la reserva para inversiones debiera verificar si, efectivamente, las empresas radicadas en Canarias que dotaron la RIC han experimentado un crecimiento económico en términos reales. Este estudio exigiría disponer de información contable y fiscal de las partidas de la dotación a esta reserva, así como de los activos en que se ha materializado. Para lo cual, se debiera demandar, previamente, el cumplimiento de la elaboración de dicha información por las empresas.

Del mismo modo, la permanencia en el tiempo y el éxito de este incentivo fiscal en el cumplimiento de los cometidos para los que fue diseñado, servir de estímulo a la autofinanciación empresarial y fomentar la inversión productiva, pasaría por el diseño de unos mecanismos de control que aseguren que los recursos están siendo asignados eficientemente en unas inversiones que contribuyan a la generación de empleo y riqueza económica y social y a la mejora en la competitividad del tejido empresarial.

En este punto cabe decir que a través del texto del Real Decreto-Ley 12/2006 se incorpora la posibilidad de que el ahorro fiscal se canalice a la creación de empleo y se admite la suscripción de acciones o participaciones emitidas por las entidades de la Zona Especial Canaria como instrumento para materializar la RIC.

Se producen cambios importantes encaminados a restringir este beneficio fiscal respecto del suelo y las actividades inmobiliarias. El objetivo primordial es reorientar, en la medida de lo posible, las inversiones empresariales productivas hacia sectores de la economía menos intensivos en el consumo de suelo.

Además, se establecen reglas más precisas dirigidas a ofrecer mayor seguridad jurídica y a garantizar que el destino de las inversiones lo sean las Islas del archipiélago. También se refuerzan los mecanismos de control de la aplicación de esta ventaja fiscal, entre los que destacan la obligación de presentar un plan de inversiones, la inclusión de determinada información relevante a estos efectos en la memoria de las cuentas anuales ¹⁷ y el establecimiento de un régimen sancionador específico.

¹⁷ Así, los sujetos pasivos incluirán en la memoria de las cuentas anuales la información referida al importe de las dotaciones efectuadas a la reserva, el importe de la reserva pendiente de materialización y el importe, las fechas y la identificación de las inversiones o los activos en que se materializa, todo ello, con indicación del ejercicio en que se efectuaron las dotaciones de la reserva (art. 27.10 del RDL 12/2006).

6. CONCLUSIONES

La preferencia de las empresas analizadas por la financiación interna bien pudiera haberse visto incentivada por el ahorro fiscal que engendran las dotaciones a la reserva para inversiones. Al respecto, la evidencia encontrada vendría a refrendar el poder explicativo de la teoría del *pecking order* que justifica el recurso en primera instancia a la financiación interna por razones de información asimétrica entre los que están dentro de la empresa y los inversores externos a la misma con respecto a sus oportunidades de inversión. Más aún, en el caso de las empresas canarias, esta preferencia por la autofinanciación se vería acentuada tanto por las mayores restricciones financieras a que les sujeta su reducido tamaño y su dependencia de la financiación bancaria, como por el escudo fiscal –sustitutivo del de la deuda– que proporciona la RIC.

Asimismo, la decisión de dividendos respondería a otros factores como puede ser la reserva para inversiones. Ello demuestra que la política de dividendos constituiría una decisión residual sujeta a la decisión de financiar las inversiones con los fondos generados internamente, en particular, con los beneficios retenidos en forma de reservas.

Por otra parte, sin contextualizar en la teoría del PO, observamos cómo las sociedades generan rentas a partir del ahorro impositivo derivado tanto de la deducibilidad de los intereses de la deuda como de la reducción de la base imponible por la dotación a la reserva para inversiones en el IS.

Desde una perspectiva más institucional, la Ley del REF de Canarias contrarresta, a través de la RIC, el favorable tratamiento fiscal que la Ley del IS concede a los derechos de los proveedores de recursos ajenos a la empresa, en comparación con el otorgado a los derechos económicos de los accionistas. Con la deducción de la base imponible del IS de hasta el 90% de los beneficios después de impuestos no distribuidos que se asignen a financiar las inversiones requeridas para el desarrollo socio-económico y la creación de empleo en las Islas, la RIC instituye un escudo fiscal análogo al que se establece para los gastos financieros satisfechos en concepto de intereses sobre la deuda. De este modo, se equipara la protección fiscal de los derechos de los accionistas sobre los *cash-flow* de la empresa con la de los derechos de los demás inversores, en aras de dar continuidad en el tiempo a los efectos sobre la política financiera de las empresas canarias de los diferentes instrumentos que contempla el REF, como el Fondo de Previsión para Inversiones que precedió a la Reserva para Inversiones o como la Adquisición de Bienes de Inversión y Deducción por Inversiones que coexiste con la RIC actual.

Bibliografía

- ANG, J.S. [1991]: «Small Business Uniqueness and the Theory of Financial Management». *Journal of Small Business Finance*, vol. 1, n.º 1, págs. 1-13.
- [1992]: «On the Theory of Finance for Privately Held Firms». *Journal of Small Business Finance*, vol. 1, n.º 3, págs. 185-203.
- AYBAR ARIAS, C., CASINO MARTÍNEZ, A. y LÓPEZ GRACIA, J. [1999]: «Los determinantes de la estructura de capital de la pequeña y mediana empresa». *VII Foro de Finanzas* (AEFIN), Valencia, noviembre.
- BARTON, S.L. y GORDON, P.J. [1988]: «Corporate strategy and capital structure». *Strategic Management Journal*, vol. 9, págs. 623-632.
- BATES, J. [1971]: *The Financing of Small Business*. Sweet and Maxwell. London.
- BIAIS, B. y GOLLIER, C. [1997]: «Trade Credit and Credit Rationing». *The Review of Financial Studies*, vol. 10, n.º 4, págs. 903-937.
- BIAIS, B., GOLLIER, C. y VIALA, P. [1994]: «Why do Firms Use Trade Credits? A Signalling Model». *Industrial Organization and Finance*, 21/23 CEPR-Foundation BBV Conference, abril, San Sebastián, España.
- BOEDO, L. y CALVO, A.R. [1997]: «Un modelo de síntesis de los factores que determinan la estructura de capital óptima de las PYMES». *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 6, n.º 1, págs. 107-124.
- CHITTENDEN, F., HALL, G. y HUTCHINSON, P. [1996]: «Small Firm Growth, Access to Capital Markets and Financial Structure: Review of Issues and an Empirical Investigation». *Small Business Economics*, vol. 8, págs. 59-67.
- CHUNG, K.H. [1993]: «Asset characteristics and corporate debt policy: an empirical test». *Journal of Business Finance & Accounting*, vol. 20, n.º 1, págs. 83-98.
- COSH, A.D. y HUGHES, A. [1994]: «Size financial structure and profitability», en HUGHES, A. y STOREY, D.J. (eds.): *Finance and the Small Firm*. Routledge, London.
- CRUTCHLEY, C.E. y HANSEN, R.S. [1989]: «A test of the agency theory of managerial ownership, corporate leverage, and corporate dividends». *Financial Management*, vol. 18, invierno: 36-46.
- DEANGELO, H. y MASULIS, R.W. [1980]: «Optimal capital structure under corporate and personal taxation». *Journal of Financial Economics*, vol. 8, n.º 1, marzo: 3-29.
- ESTRADA, A. y VALLÉS, J. [1998]: «Investment and Financial Structure in Spanish Manufacturing Firms». *Investigaciones Económicas*, vol. 22, n.º 3, págs. 337-359.
- FAMA, E.F. y FRENCH, K.R. [2002]: «Testing trade-off and pecking order predictions about dividends and debt». *The Review of Financial Studies*, vol. 15, n.º 1, págs. 1-33.
- FRANK, M.Z. y GOYAL, V.K. [2003]: «Testing the Pecking Order Theory of Capital Structure». *Journal of Financial Economics*, vol. 67, n.º 2, págs. 217-248.
- FREIXAS, X. [1993]: «Short Term Credit vs. Account Receivables Financing». *Economic Working Papers Series*, marzo, Universidad Pompeu Fabra.

- Fundación Fyde-Cajacanarias [2001]: *Resultados de la empresa canaria. Informe de los ejercicios 1990-96. Central de Balances de la Universidad de La Laguna*. Fundación FYDE-CajaCanarias. Santa Cruz de Tenerife.
- GIBSON, B. [1992]: «Financial Information for Decision-Making: An Alternative Small Firm Perspective». *Journal of Small Business Finance*, vol. 1, n.º 3, págs. 221-232.
- HALL, G. y HUTCHINSON, P. [1993]: «A probit analysis of the changes in the Financial characteristics of newly quoted small firms, 1970-73 y 1980-83». *Small Business Economics*, vol. 5, págs. 207-214.
- HAMILTON, R.T. y FOX, M.A. [1998]: «The financing preferences of small firm owners». *International Journal of Entrepreneurial Behaviour & Research*, vol. 4, n.º 3, págs. 239-248.
- HARRIS, M. y RAVIV, A. [1991]: «The Theory of Capital Structure». *The Journal of Finance*, vol. 46, n.º 1, págs. 297-355.
- HERNANDO, I. y VALLÉS, J. [1992]: «Inversión y restricciones financieras: evidencia en las empresas manufactureras españolas». *Moneda y Crédito*, n.º 195, págs. 185-222.
- HOLMES, S. y KENT, P. [1991]: «An Empirical analysis of the financial structure of small and large Australian manufacturing enterprises». *Journal of Small Business Finance*, vol. 1, n.º 2, págs. 141-154.
- HOVAKIMIAN, A., OPLER, T. y TITMAN, H. [2001]: «The debt-equity choice». *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 36, n.º 1, marzo: 1-24.
- JENSEN, M.C. y MECKLING, W.H. [1976]: «Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure». *Journal of Financial Economics*, vol. 3, n.º 4, págs. 305-360.
- JORDAN, J., LOWE, J. y TAYLOR, P. [1998]: «Strategy and financial policy in UK small firms». *Journal of Business Finance & Accounting*, vol. 25, n.º 1, págs. 1-27.
- LEE, Y. y STOWE, J. [1993]: «Product Risk, Asymmetric Information and Trade Credit». *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, n.º 1, marzo: 285-300.
- LEMMON, M.L. y ZENDER, J.F. [2002]: «Debt Capacity and Tests of Capital Structure Theories». *Working paper*, septiembre 10, AFA 2003 Washington, DC Meetings.
- LEY 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias (BOE núm. 137, de 8 de junio de 1991).
- LEY 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias (BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994).
- LEY 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995).
- LEY 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias.
- LONG, M.S., MALITZ, I.B. y RAVID, A.S. [1993]: «Trade Credit, Quality Guarantees, and Product Marketability». *Financial Management*, vol. 22, n.º 4, págs. 117-127.
- LÓPEZ, J., RIAÑO, V. y ROMERO, M. [1999]: «Restricciones financieras y crecimiento: el caso de la pequeña y mediana empresa». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. 28, n.º 99, págs. 349-382.
- LÓPEZ GRACIA, J. y AYBAR ARIAS, C. [2000]: «An empirical approach to the financial behavior of small and medium sized companies». *Small Business Economics*, vol. 14, n.º 1, págs. 53-63.
- MAROTO ACÍN, J.A. [1996]: «Estructura financiera y crecimiento de las pymes». *Economía Industrial*, n.º 310, págs. 29-40.

- MELLE HERNÁNDEZ, M. [2001]: «Características diferenciales de la financiación entre las pyme y las grandes empresas españolas. Asimetrías informativas, restricciones financieras y plazos de endeudamiento». *Papeles de Economía Española*, n.º 89/90, págs. 140-160.
- MODIGLIANI, F. y MILLER, M.H. [1963]: «Corporate income taxes and the cost of capital: A correction». *The American Economic Review*, vol. 53, n.º 3, junio: 433-443.
- MYERS, S.C. [1984]: «The capital structure puzzle». *The Journal of Finance*, vol. 39, n.º 3, julio: 575-592.
- MYERS, S.C. y MAJLUF, N.S. [1984]: «Corporate financing and investment decisions when firms have information the investors do not have». *Journal of Financial Economics*, vol. 13, n.º 2, junio: 187-221.
- OCAÑA, C., SALAS, V. y VALLÉS, J. [1994]: «Un análisis empírico de la financiación de la pequeña y mediana empresa manufacturera española: 1983-1989». *Moneda y Crédito*, n.º 199, págs. 57-96.
- PETERSEN, M.A. y RAJAN, R.G. [1994]: «The benefits of lending relationships: Evidence from small business data». *The Journal of Finance*, vol. 49, n.º 1, marzo: 3-37.
- [1997]: «Trade Credit: Theories and Evidence». *The Review of Financial Studies*, vol. 10, n.º 3, págs. 661-691.
- PETERSON, R. y SHULMAN, J. [1987]: «Capital structure of growing small firms: a twelve country study on becoming bankable». *International Small Business Journal*, vol. 5, n.º 4, págs. 10-222.
- PETTIT, R. y SINGER, R. [1985]: «Small business finance: a research agenda». *Financial Management*, vol. 14, n.º 3, otoño: 47-60.
- REAL DECRETO 241/1992, de 13 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 94 de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias.
- REAL DECRETO 572/1997, de 18 de abril, por el que se revisan los límites contables de los artículos 181 y 190 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas [BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1997].
- REAL DECRETO LEGISLATIVO 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas [BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1989].
- REAL DECRETO-LEY 3/1996, de 26 de enero, de reforma parcial de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias [BOE núm. 24, de 27 de enero de 1996].
- REAL DECRETO-LEY 12/2006, de 29 de diciembre, por el que se modifican la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, y el Real Decreto-Ley 2/2000, de 23 de junio.
- REID, G. [1993]: *Small business enterprise: an economic analysis*. Routledge, London.
- REMMERS, L. [1975]: «Industry and size as debt ratio determinants in manufacturing internationally». *Financial Management*, vol. 36, n.º 3, págs. 879-888.
- ROBSON, G., GALLAGHER, C. y DALY, M. [1994]: «Diversification Strategy and Practice in Small Firms». *International Journal of Small Business Research*, vol. 11, n.º 2, págs. 37-53.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, O.M. [2002]: *Análisis económico de la financiación interempresarial: determinantes del crédito comercial para las empresas canarias*. Tesis Doctoral. Universidad de La Laguna.
- SCOTT, J.H. [1976]: «A theory of optimal capital structure». *The Bell Journal of Economics*, vol. 7, n.º 1, primavera: 33-54.
- SCOTT, D.F. y MARTÍN, J.D. [1976]: «Industry Influence on Financial Structure». *Financial Management*, vol. 4 (primavera).
- SMITH, J. [1987]: «Trade Credit and Informational Asymmetry». *The Journal of Finance*, vol. 42, n.º 4, septiembre: 863-872.

- STOREY, D. [1994]: *Understanding the small firm sector*. Routledge, London.
- TITMAN, S. y WESSELS, R. [1988]: «The Determinants of Capital Structure Choice». *The Journal of Finance*, vol. 43, n.º 1, marzo: 1-19.
- VAN DER WIJST, N. y THURIK, R. [1993]: «Determinants of small firm debt ratios: an analysis of retail panel data». *Small Business Economics*, vol. 5, n.º 1, marzo: 55-65.
- WESTON, J.F. y BRIGHMAN, E.F. [1981]: *Managerial Finance*. 7th ed., Hinsdale: Dryden Press.

¿ES POSIBLE UN RECONOCIMIENTO CONTABLE DE LOS INTANGIBLES?

YOLANDA RAMÍREZ CÓRCOLES

*Profesora de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.
Universidad de Castilla-La Mancha*

Extracto:

LA inversión en conocimiento, capital humano, tecnología disponible, actitud innovadora, redes de fidelidad con los consumidores, cultura de la organización, imagen de la empresa, relaciones con el exterior, etc., son ejemplos de factores de naturaleza intangible que determinan el éxito empresarial pero que, con la regulación contable vigente, son excluidos de los balances empresariales debido, entre otras causas, a la «incertidumbre» existente respecto a la generación de beneficios económicos futuros y a la dificultad de valoración fiable. Ante esta situación, nos planteamos si realmente dichas inversiones intangibles cumplen con la definición de activo y con los requisitos para ser reconocidas como tales en el balance. En nuestra opinión, los intangibles generados internamente cumplen la definición de activo en sentido económico, pero es la falta de una medición fiable de estos elementos lo que consideramos una limitación fundamental para su reconocimiento en el balance de las organizaciones. De este modo, nos decantamos por complementar los actuales estados contables con información no financiera relativa a estos elementos intangibles.

Palabras clave: intangibles, reconocimiento contable, relevancia y fiabilidad.

AN ACCOUNTING RECOGNITION OF INTANGIBLE ASSETS, MAY IT BE POSSIBLE?

YOLANDA RAMÍREZ CÓRCOLES

*Profesora de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.
Universidad de Castilla-La Mancha*

Abstract:

INVESTMENT in knowledge, human capital, available technology, innovative capacity, loyalty networks with consumers, organizational culture, company's image, external relations, etc. are examples of intangible factors that determine the company's success. However, with current accounting regulations, these elements are excluded from corporate balance sheets because, among other reasons, the «uncertainty» exists regarding the generation of future economic benefits and the difficulty of reliable measurement of these intangible elements. In this situation, we ask whether such intangible investments actually meet the definition intangible asset and the requirements to be recognized as assets in the balance. In our opinion, the internally generated intangible assets meet the definition in the economic sense, but it is the lack of a reliable measurement of these elements that we consider a fundamental limitation to its recognition in the balance of the organizations. Thus, we consider as most appropriate way to improve the accounting system to supplement the current financial statements with non-financial information on these intangibles.

Keywords: intangible assets, accounting recognition, relevance and reliability.

Sumario

1. Introducción.
2. Definición de activo.
3. Requisitos de reconocimiento de los activos.
4. Definición de activo intangible.
5. Requisitos de reconocimiento de los intangibles.
 - 5.1. Reconocimiento contable de los intangibles: postura de la actual normativa contable.
 - 5.2. Reconocimiento contable de los intangibles: planteamientos desde el ámbito académico.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La economía de las últimas décadas se ha caracterizado por una globalización de los mercados y por la desregularización de los sistemas económicos, lo que ha dado lugar a una intensificación de la competencia. Esta circunstancia, junto con la revolución tecnológica de las comunicaciones, ha transformado el paradigma tradicional de la economía, dando paso a lo que ha dado en denominarse Era del Conocimiento, donde éste se vuelve el recurso crucial de la economía y en el motor de la competitividad. Bajo este nuevo paradigma, los elementos intangibles están incrementando su importancia, convirtiéndose en uno de los principales protagonistas en la creación de valor de las organizaciones (CAÑIBANO y SÁNCHEZ, 2004).

Sin embargo, y a pesar de la trascendencia de los intangibles para el logro y mantenimiento de una posición competitiva relevante por parte de una organización, los actuales estados contables, encargados de mostrar la imagen fiel de la firma, no dan cabida a la totalidad de los mismos. De este modo, los actuales criterios de reconocimiento contable excluyen los recursos intangibles generados internamente del balance de las organizaciones.

Por otro lado, cabe señalar que actualmente la investigación contable está enmarcada en el paradigma de utilidad, el cual pone de manifiesto la necesidad de que la información contable que se suministre sea verdaderamente relevante para la toma de decisiones de los usuarios. En consecuencia, y ante las nuevas características del entorno socioeconómico actual, donde los intangibles son uno de los principales responsables del éxito de las organizaciones, consideramos que la contabilidad debe presentar información sobre los mismos, dando así respuesta a la creciente demanda por parte de los diferentes usuarios de la información contable. Ahora bien, para que la información sea útil debe ser relevante además de fiable. A través de la revisión de múltiples estudios empíricos se ha constatado que la información sobre elementos intangibles es relevante y es un indicador de la capacidad de creación de valor de las organizaciones. Sin embargo, un problema realmente difícil de resolver al plantearse el reconocimiento de buena parte de los intangibles es el de la fiabilidad.

Ante esta situación, en este trabajo se plantea si los intangibles deben ser activados, esto es, reconocidos por su valor como tales en el balance o no. Para ello, en primer lugar se hace necesario definir el concepto de activo, así como evidenciar las características que éstos presentan y los requisitos de reconocimiento de los mismos. Posteriormente, analizaremos si los intangibles cumplen con la definición de activo y con los requisitos de reconocimiento.

2. DEFINICIÓN DE ACTIVO

Tras revisar, tanto en la doctrina como en la normativa contable, las distintas acepciones del concepto de activo se puede establecer que básicamente han existido dos concepciones bajo las cuales dicho concepto ha sido presentado: la jurídica y la económica (ROJO y SIERRA, 2000) ¹.

La concepción jurídica de activo ha sido tradicionalmente empleada en un sistema contable legalista, donde se identificaba activos con bienes y derechos propiedad de la empresa. Esta concepción jurídica quedaba por ejemplo recogida en la American Accounting Association (1948:340), en RIVERO (1995:35) o en SAMUELSON (1996:153). Dentro de esta línea, SCHEUTZE (1993), citado en ZUBIAURRE (1998:113 y ss.), afirmaba que definiendo activo como derecho de propiedad, se produciría una mejora en la fiabilidad, relevancia y comparabilidad de la información financiera. Sin embargo, esta opinión no parece gozar en la actualidad de gran aceptación puesto que, aunque durante largos periodos de tiempo la concepción jurídica ha impregnado la filosofía de muchos sistemas contables, actualmente los organismos contables proponen una concepción económica de activo (CASTILLA, 2006:80).

Así pues, dadas las características del actual entorno en el que las empresas desarrollan su actividad, donde el principal objetivo de la contabilidad financiera es proporcionar información que sea útil para la toma de decisiones, y según se desprende de los actuales planteamientos efectuados por los organismos normalizadores, esta concepción jurídica de activo es superada por una concepción económica del mismo ².

Desde un punto de vista económico, lo importante no es la propiedad de las inversiones llevadas a cabo por una empresa, sino la contribución de las mismas a la obtención de beneficios económicos futuros para la empresa. Dentro de esta concepción estarían, entre otras, las definiciones de activo de CANNING (1929:22), American Accounting Association (1957:538), FASB (1985, pfo. 25), IASC (1989, pfo. 49a), AARF (1995, pfo. 14), AECA (1999, pfo. 196), PGC-2007 español, etc.

En la **figura 1** se presenta la definición de activo desarrollada en los marcos conceptuales de diferentes organismos contables, donde se puede observar que prevalece una concepción económica, frente a otra jurídica que tradicionalmente había sido considerada.

¹ MILLER e ISLAM (1988:11 y ss.) también plantean dos versiones para la definición de activo dentro del ámbito contable: i) la equiparación con derechos de propiedad y obligaciones que permiten decidir sobre el empleo del mismo y sobre su transmisibilidad (concepción jurídica), y ii) la identificación con recursos económicos con capacidad para generar rendimientos futuros (concepción económica).

² Sobre este punto cabe destacar que, bajo una concepción jurídica de activo se excluirían lo que tradicionalmente se entiende por activos inmateriales y, por supuesto, lo que actualmente se está interpretando como capital intelectual (ROJO y SIERRA, 2000).

FIGURA 1. Definición de activo según diferentes organismos contables ³.FUENTE: *Elaboración propia.*

De la revisión efectuada sobre la definición de activo se desprende que son tres las características esenciales de los mismos:

- Potencialidad de generar probables beneficios económicos futuros.
- Control en un sentido amplio, es decir, la entidad debe tener control sobre los beneficios futuros.
- Tienen que ser resultado de acontecimientos o transacciones pasadas.

3. REQUISITOS DE RECONOCIMIENTO DE LOS ACTIVOS

El proceso de reconocimiento supone la incorporación de una partida a los estados financieros de una entidad, ya sea como activo, pasivo, ingreso o gasto.

³ Especialmente relevante resulta la definición de activo ofrecida por el FASB (SFAC n.º 6), ya que desde su publicación –1985– han sido numerosos los organismos que, en forma de marco conceptual o bien sin una declaración tan solemne, han ofrecido definiciones sobre este término (ARCHEL, 1995:45) en una línea muy similar aunque con pequeños matices.

Los diferentes Marcos Conceptuales han establecido un mecanismo para la adscripción de una partida a los estados contables, donde se parte de la definición de los diferentes elementos y se añaden una serie de requisitos adicionales (véase **tabla 1**).

TABLA 1. *Definición del proceso de reconocimiento.*

Organismo contable	Definición de reconocimiento contable
AECA (1999, pfo. 246)	«Se entiende por reconocimiento el proceso por el que se incorpora una partida al balance o a la cuenta de pérdidas y ganancias, tras constatar que cumple la correspondiente definición y que satisface además las condiciones mínimas de relevancia y fiabilidad»
IASB (1989, pfo. 82)	«Se denomina reconocimiento al proceso de incorporación en el balance de situación general o en el estado de resultados de una partida que cumpla la definición del elemento correspondiente, satisfaciendo además los criterios para su reconocimiento»
PGC-2007	«El reconocimiento contable es el proceso por el que se incorporan al balance, la cuenta de pérdidas y ganancias o el estado de cambios en el patrimonio neto, los diferentes elementos de las cuentas anuales. El registro de los elementos procederá cuando, cumpliéndose la definición de los mismos, se cumplan los criterios de probabilidad en la obtención o cesión de recursos que incorporen beneficios o rendimientos económicos y su valor pueda determinarse con un adecuado grado de fiabilidad»

FUENTE: *Elaboración propia.*

En este sentido, el hecho de que un elemento cumpla con las características esenciales de activo no supone, necesariamente, que se incluya en los estados financieros, puesto que para que una partida sea reconocida como activo en el balance debe además cumplir un doble requisito (IASB, 1989, pfo. 89; FASB, 1985, pfo. 63; AARF, 1995, pfo. 38 y AECA, 1999, pfos. 83-84):

- a) Que sea probable que se obtengan del mismo beneficios económicos futuros para la empresa y,
- b) La partida tenga un coste o valor relevante que pueda medirse con fiabilidad.

Esto implica que se debe distinguir entre el concepto de activo y las condiciones que debe cumplir una partida para que la misma sea reconocida en el balance. Sin embargo, resulta conveniente aclarar que ambas operaciones –definición y reconocimiento– se encuentran relacionadas, ya que para poder iniciar el reconocimiento dentro de los estados contables de un recurso cualquiera resulta necesario que éste supere los requisitos exigidos en la definición de activo.

Como conclusión, se puede señalar que para el reconocimiento en los estados financieros de un elemento como activo es necesario que exista una probabilidad (grado suficiente de certeza) de que van a generar beneficios económicos futuros, que sea posible un control sobre su utilización

futura, que sean consecuencia de transacciones u otros hechos pasados y que exista la fiabilidad de que puedan ser evaluados, esto es, expresar su valor en términos monetarios.

4. DEFINICIÓN DE ACTIVO INTANGIBLE

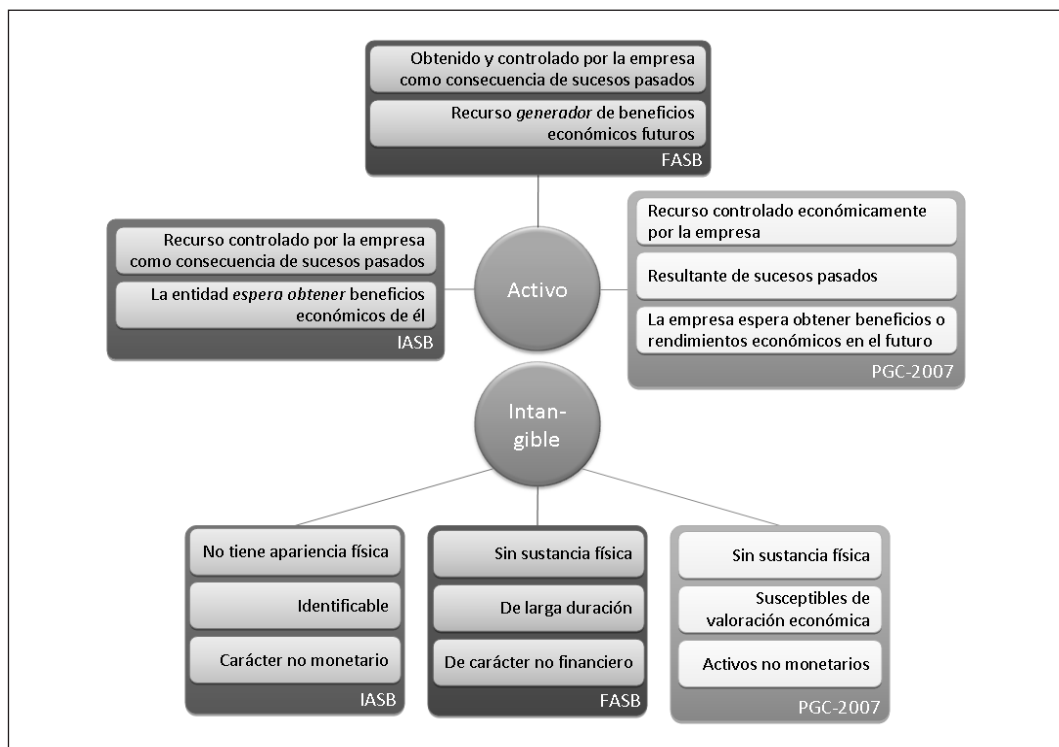
En la **figura 2** presentamos las distintas características derivadas de las definiciones de activo intangible ofrecidas por el IASB (IASB, 1989, pfo. 49 y NIIF 38, 2004, pfo. 8), el FASB (SFAS N.º 6, 1985 y SFAS 142, 2001, apéndice f) y el PGC-2007 español (1.ª y 5.ª parte del PGC).

El International Accounting Standards Board (IASB), a través de la NIIF 38 (2004, pfo. 8), define activo intangible como «un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física». De esta definición de activo intangible cabe destacar que de forma explícita se requiere que éste sea identificable para que se pueda reconocer separadamente del fondo de comercio. En cuanto al carácter no monetario de los activos intangibles, que posibilita desligarlos del inmovilizado financiero, decir que ni la NIC-38 ni la NIC-21 («Efectos de las variaciones en los tipos de cambio») definen los activos no monetarios, pero se entiende que son todos aquellos que no cumplan la definición de activo monetario. Los activos monetarios, conforme al párrafo 8 de la NIC-38, son tanto el dinero en efectivo como otros activos por los que se van a recibir unas cantidades fijas o determinadas de dinero.

Por su parte, el Financial Accounting Standards Board (FASB) norteamericano define los activos intangibles (SFAS 141 y SFAS 142: apéndice f) como «activos fijos (no incluidos los activos financieros) que carecen de sustancia física». Asimismo, se aclara que el término *activos intangibles* utilizado en estas normas (SFAS 141 y 142) se refiere a aquellos activos intangibles distintos del fondo de comercio. De esta definición sobre activos intangibles ofrecida por el FASB, cabe resaltar la reiteración expresa del largo plazo, su carácter inmaterial y, finalmente, una cuestión que difiere de los pronunciamientos del IASB: su carácter no financiero. Siguiendo a ROJO y SIERRA (2000:17), el término *no financiero* es más amplio que el término *no monetario*, y debe emplearse para evitar la inclusión dentro de esta partida de recursos que, sin sustancia física, no gozan de la consideración de activos inmateriales.

En España, el actual PGC de 2007 define el inmovilizado intangible como «activos no monetarios sin sustancia física susceptibles de valoración económica», recogiendo como partidas del inmovilizado intangible las siguientes: investigación, desarrollo, concesiones administrativas, propiedad industrial, fondo de comercio, derechos de traspaso y aplicaciones informáticas. No obstante, también pueden recibir la consideración de inmovilizado intangible otros elementos tales como los derechos comerciales, la propiedad intelectual o licencias, siempre que cumplan las condiciones señaladas en el Marco Conceptual de Contabilidad y los requisitos especificados en las normas de registro y valoración.

FIGURA 2. *Definiciones de activos intangibles ofrecidas por las principales normativas contables.*



FUENTE: *Elaboración propia.*

Si comparamos la definición de activo intangible ofrecida en las distintas normativas contables analizadas observamos que en esencia coinciden: son recursos no tangibles (esto es, sin sustancia física) controlados por las empresas, que proceden de transacciones pasadas y que permitirán a la empresa obtener beneficios en un futuro. Ahora bien, se detectan algunas divergencias, como por ejemplo, la presencia o no del requisito de identificabilidad dentro de la definición de activos intangibles. Así, en la definición de activo intangible del IASB se exige, entre otras características definitorias, que éstos sean identificables, mientras que esta característica no aparece en la definición del FASB⁴ ni en el PGC-2007 español, sino en su reconocimiento contable⁵.

⁴ No obstante, el propio FASB en la definición de activo intangible aclara que este término, empleado en el SFAS 141 y SFAS 142, se refiere a aquellos elementos inmateriales distintos al fondo de comercio (SFAS 142, apéndice f), estableciéndose posteriormente en la SFAS 141 (pfo. 39) que los activos intangibles pueden ser reconocidos de forma independiente del fondo de comercio cuando: a) procedan de derechos contractuales u otros derechos legales, o b) sean separables; es decir, cuando se cumplan los requisitos de identificabilidad.

⁵ Esta característica de identificabilidad de cualquier activo intangible se cumple cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: a) sean separables para poder ser vendidos, arrendados o intercambiados, o b) que surjan de derechos legales o contractuales (NIIF 38, 2004, pfo. 12; SFAS 141, pfo. 39; PGC-2007 español: norma 5.^a de registro y valoración).

5. REQUISITOS DE RECONOCIMIENTO DE LOS INTANGIBLES

A continuación se muestran las condiciones que deben satisfacer los intangibles para ser incorporados al balance como activos.

La normativa contable sólo permite reconocer como activo en el balance aquellos intangibles que, además de cumplir los requisitos relacionados con la definición de activo intangible (elementos para identificación), satisfagan los criterios para su reconocimiento (elementos para contabilización) ⁶.

Así, por ejemplo, el IASB, en su NIIF 38 (2004), se ocupa específicamente del reconocimiento de los intangibles, señalando que, para que una partida sea reconocida como activo intangible, debe cumplir tanto:

- a) La definición de activo intangible (es decir, identificable, carácter no monetario, sin apariencia física, controlable por la empresa, capacidad de generar beneficios económicos futuros) (pfs. 8 a 17); y
- b) Los dos criterios de reconocimiento establecidos en su marco conceptual (es decir, que sea probable que los beneficios económicos futuros que se han atribuido al activo lleguen a la empresa ⁷, y que el coste del mismo pueda ser medido de forma fiable) (pfs. 21 a 23).

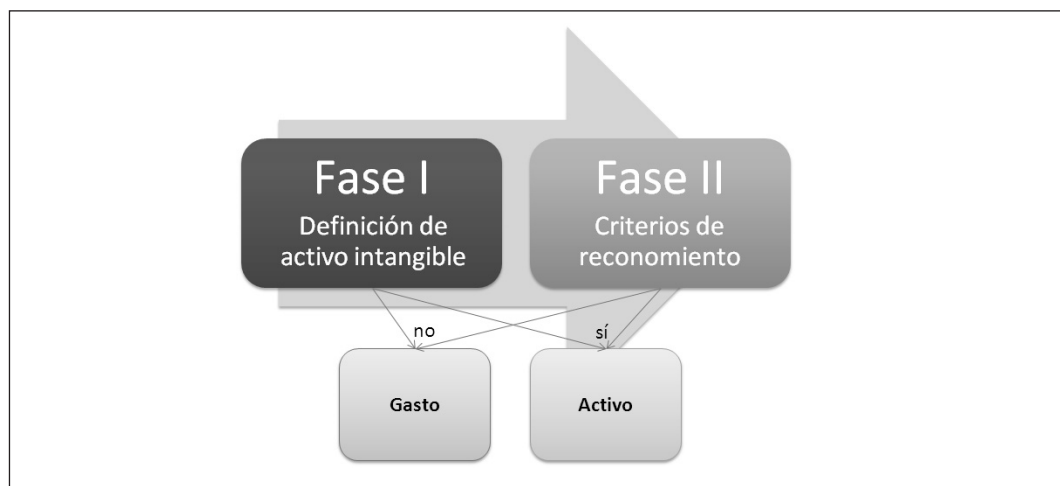
En esta misma línea, el PGC-2007 español señala específicamente que para el reconocimiento inicial de un inmovilizado de naturaleza intangible es preciso además de cumplir la definición de activo (recurso controlado económicamente por la empresa, resultante de sucesos pasados, del que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro) y los criterios de registro o reconocimiento contable contenidos en su Marco Conceptual (los activos deben reconocerse en el balance cuando sea probable la obtención a partir de los mismos de beneficios o rendimientos económicos para la empresa en el futuro, y siempre que se puedan valorar con fiabilidad), que cumpla también el criterio de identificabilidad.

Así pues, de acuerdo con las normas contables, cualquier recurso que no satisfaga la definición de activo intangible y los criterios de reconocimiento anteriormente expuestos no debería ser reconocido en el balance contable, debiéndose recoger contablemente como un gasto ⁸ (véase **figura 3**).

⁶ De este modo, no todas las partidas que cumplen la definición de activo intangible son susceptibles de ser incorporadas al balance, al no cumplir los criterios de reconocimiento. Así pues, la existencia de una valoración fiable del activo es lo que, en última instancia, hace posible su reconocimiento o no.

⁷ El IASB señala que la entidad deberá evaluar la probabilidad de obtener beneficios futuros utilizando hipótesis razonables y fundadas que representen las mejores estimaciones de la dirección respecto al conjunto de condiciones económicas que existirán durante la vida útil del activo (pfo. 22), y asignando un mayor peso a las evidencias que provengan de fuentes externas (pfo. 23).

⁸ Excepto en el caso concreto de los elementos adquiridos a través de una combinación de negocios que formarán parte del importe del fondo de comercio (NIIF 38, 2004, pfo. 10).

FIGURA 3. *Criterios generales de reconocimiento de los activos intangibles.*

FUENTE: *Elaboración propia.*

Estos requisitos que se establecen para su reconocimiento contable limitan en gran medida la posibilidad de reflejar en los estados financieros una buena parte de los elementos intangibles que influyen sobre la capacidad de la empresa para generar riqueza, en particular de los generados internamente (CAÑIBANO y GARCÍA-AYUSO, 2000).

5.1. Reconocimiento contable de los intangibles: postura de la actual normativa contable

Con base en los criterios de reconocimiento (probabilidad de generar beneficios económicos futuros y fiabilidad en la valoración del coste), y teniendo en cuenta las distintas modalidades de incorporación al patrimonio empresarial (adquisiciones externas o generados internamente)⁹, a continuación se muestra la posibilidad de reconocimiento de estos intangibles según las actuales normativas contables.

- **Intangibles adquiridos individualmente**

La adquisición individualizada de elementos intangibles facilita su reconocimiento contable al existir un precio que justifica tanto la probable obtención de beneficios como la fiabilidad de tal medición.

En concreto, la NIIF 38 indica que «el precio pagado para adquirir de forma independiente un activo intangible refleja las expectativas acerca de la probabilidad de que los beneficios económicos

⁹ Puede consultarse el trabajo de RAMÍREZ y TEJADA (2009), donde se recoge una clasificación de los intangibles.

futuros incorporados al activo fluyan a la entidad. En otras palabras, el efecto de la probabilidad se refleja en el coste del activo» (pfo. 25). Asimismo, «el coste de un activo intangible adquirido de forma independiente puede, habitualmente, ser valorado con fiabilidad. Esto es particularmente válido cuando la contrapartida por la compra adopta la forma de efectivo o de otros activos monetarios» (pfo. 26) ¹⁰.

Así pues, el precio de intercambio se acepta como valoración fiable del mismo, mientras que, por otro lado, el pago de ese importe justifica la obtención de resultados positivos (CASTILLA, 2006:97).

- **Intangibles adquiridos en una combinación de negocios**

El IASB señala que «el coste de los activos intangibles adquiridos en una combinación de negocios será su valor razonable en la fecha de adquisición, el cual refleja las expectativas del mercado acerca de la probabilidad de que los beneficios económicos futuros incorporados al activo fluyan a la entidad» (NIIF 38, 2004, pfo. 33). Por lo tanto, el primer requisito para su reconocimiento se considerará siempre satisfecho para este tipo de intangibles.

Por otro lado, también se señala que «la sociedad adquirente podrá reconocer en la fecha de adquisición, de forma independiente del fondo de comercio, un activo intangible de la entidad adquirida siempre que el valor razonable del activo en cuestión pueda ser valorado de forma fiable, independientemente de que el activo haya sido reconocido por la adquirida» (NIIF 38, pfo. 34). Añadiendo, en el párrafo 35, que este valor razonable, normalmente, puede medirse con suficiente fiabilidad, así como que, «si un activo intangible adquirido en una combinación de negocios tiene una vida útil finita, existe una presunción refutable de que su valor razonable puede medirse con fiabilidad». Y, por último, señala que «las únicas circunstancias en las que podría no ser aplicable de forma fiable el valor razonable de un activo intangible adquirido en una combinación de negocios se darán cuando el activo intangible surja de derechos legales o contractuales y, además, no sea separable; o sea separable, pero no exista un historial o evidencia de transacciones de intercambio para el mismo activo u otros similares, y la estimación del valor razonable dependa de variables que no se pueden medir» (NIIF 38, 2004, pfo. 38). Si no se supera el requisito de que el valor razonable del activo intangible adquirido en una combinación de negocios pueda ser valorado de forma fiable, también cabe reconocer un activo que recoja la diferencia entre el coste de adquisición y la participación de los activos y pasivos identificables de la empresa adquirida. Esta diferencia se corresponde con el fondo de comercio o plusvalía comprada y recoge, entre otros factores, el valor de los activos intangibles no identificados.

- **Intangibles identificables generados internamente**

En relación con los intangibles generados dentro de la propia entidad que sí pueden ser identificados de forma individual, en primer lugar, se debe evaluar si se encuentran en fase de investigación o de desarrollo. A este respecto, la NIIF 38 (2004, pfo. 54-55) establece que «no se reconocerán

¹⁰ Este párrafo 26 fue derogado en la revisión de la NIIF 38, de 2004.

activos intangibles surgidos de la investigación (o de la fase de investigación en proyectos internos)» porque «la entidad no puede demostrar que exista un activo intangible que pueda generar probables beneficios económicos en el futuro». Por tanto, todos los desembolsos realizados durante la fase de investigación se registrarán como gastos del ejercicio en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que se incurran. Mientras que un activo intangible surgido del desarrollo (o de la fase de desarrollo en un proyecto interno) se debe reconocer como tal si se puede demostrar que cumple todas las siguientes pautas que al efecto se establecen (NIIF 38, 2004, pfo. 57): viabilidad técnica para terminar el activo; intención de terminar el activo para utilizarlos o venderlo; capacidad para utilizarlo o venderlo; forma en que generará probables beneficios futuros; disponibilidad de recursos técnicos, financieros o de otro tipo para completar el desarrollo; capacidad para valorar, de forma fiable, los costes de desarrollo.

Por su parte, la normativa española (PGC-2007) sí que permite la activación de los gastos de las actividades de investigación y obliga a activar los de desembolso siempre que se cumplan una serie de condiciones: estén específicamente individualizados por proyectos, su coste pueda ser determinado claramente y distribuido en el tiempo y existan motivos fundados del éxito técnico y de la rentabilidad económico-comercial del proyecto.

• Intangibles no identificables generados internamente

Los mayores problemas para el reconocimiento de un intangible se presentan cuando éste se ha obtenido internamente.

En término generales, las actuales normativas contables imposibilitan el reconocimiento como activo de aquellos intangibles generados internamente que no pueden ser identificados por separado, y que han sido denominados como fondo de comercio interno ¹¹.

En este sentido, AECA (1999, pfo. 262) plantea específicamente que el fondo de comercio generado internamente constituye un ejemplo de partida que no satisface los criterios de reconocimiento a pesar de su relación con rendimientos futuros para una entidad.

Igualmente, la NIIF n.º 38 (pfo. 48) expresa directamente que «el fondo de comercio generado internamente no se reconocerá como un activo», añadiendo en el párrafo 49 que «en algunos casos, se incurre en desembolsos para generar beneficios económicos futuros, que contribuyen a formar un fondo de comercio generado internamente, el cual no se reconocerá como un activo porque no constituye un recurso identificable (es decir, no es separable ni surge de derechos contractuales o derechos legales de otro tipo), controlado por la entidad, que pueda ser valorado de forma fiable por su coste». En relación con el requisito de control, el IASB dispone que, normalmente, ni el conocimiento del

¹¹ A este respecto, puede consultarse el informe «Business and Financial Reporting. Challenges from the New Economy», elaborado por FASB (2001a), donde también se recogen diversos obstáculos conceptuales y prácticos para el reconocimiento en el balance de los activos intangibles generados internamente por la empresa, concluyendo que este reconocimiento es seriamente cuestionable si se examinan los marcos conceptuales del FASB y del IASB, encontrándose, por tanto, los organismos emisores de normas con fuertes oposiciones a este reconocimiento.

equipo humano, ni el equipo humano en sí, ni las relaciones con la clientela, ni la fidelidad del cliente, ni la cuota de mercado, etc., se pueden considerar como un activo, puesto que normalmente las empresas tienen un control insuficiente sobre los beneficios económicos derivados de los mismos para poder considerar que éstos cumplen la definición de activo intangible (véase NIIF 38, pfs. 14 a 16). Igualmente, y de manera explícita, la NIIF n.º 38 (pfs. 63-64) también establece la imposibilidad de reconocer como activos intangibles las marcas, cabeceras de periódicos o revistas, sellos o denominaciones editoriales, listas de clientes u otras partidas similares que se hayan generado internamente, puesto que su valor no puede distinguirse del derivado de desarrollar la actividad empresarial en su conjunto.

Por su parte, el FASB (SFAS n.º 142, pfo. 10) señala que «el coste de desarrollar internamente, mantener o restituir activos intangibles que no son específicamente identificables, con vidas indeterminadas o que son inherentes a la empresa en su totalidad, será reconocido como gasto».

A continuación, la **tabla 2** sintetiza si los distintos intangibles cumplen o no con estos dos requisitos de reconocimiento según el IASB (2004) ¹².

TABLA 2. *¿Cumplen los intangibles los requisitos para su reconocimiento contable.*

		Requisitos de reconocimiento	
Obtención del intangible		Probabilidad de generar beneficios económicos futuros	Fiabilidad en la valoración del coste
ADQUIRIDOS EXTERNAMENTE	De forma individual	✓ El precio pagado refleja las expectativas acerca de la probabilidad de generar beneficios económicos futuros.	✓ Siempre es fiable si la contrapartida por la compra es monetaria.
	En una combinación de negocios	✓ El coste de dicho intangible refleja las expectativas del mercado acerca de la probabilidad de que los beneficios económicos futuros incorporados al activo fluyan a la entidad.	✓ Normalmente, el valor razonable puede medirse con suficiente fiabilidad. Se considera que si este intangible tiene una vida útil finita, existe una presunción refutable de que su valor razonable puede medirse con fiabilidad.
	Mediante una subvención oficial	✓ Una asignación de una administración oficial confiere una alta seguridad de obtener beneficios económicos futuros.	✓ El coste se puede valorar con toda fiabilidad por el valor de la subvención.
		.../...	

¹² Del análisis de la NIIF 38, aprobada en el año 2004, podemos concluir que si bien ésta se caracteriza por una mayor flexibilidad en el reconocimiento de los intangibles con respecto a la NIC 38 (1998), los cambios son aún conservadores.

		Requisitos de reconocimiento	
Obtención del intangible		Probabilidad de generar beneficios económicos futuros	Fiabilidad en la valoración del coste
.../...			
	Mediante una permuta	✓ La probabilidad de generar beneficios económicos futuros queda reflejada en el valor razonable del activo.	✓ Cuando no existan transacciones comparables en el mercado, se considera su valor fiable si: La variabilidad en el rango de las estimaciones del valor razonable no es significativa. Las probabilidades de las diferentes estimaciones, dentro de ese rango, pueden ser evaluadas razonablemente y utilizadas en la estimación del valor razonable.
GENERADOS INTERNAMENTE	Fase de investigación	✗ No puede demostrarse que este intangible pueda generar probables beneficios económicos en el futuro.	
	Fase de desarrollo	✓ <i>pero en algunas circunstancias</i> La empresa puede, en algunos casos, identificar el activo intangible y estar en condiciones de demostrar que generará beneficios económicos en el futuro.	✓ <i>pero en algunas circunstancias</i> El coste se podrá valorar con fiabilidad por la suma de desembolsos que se realicen en el proyecto a partir de su reconocimiento como activo.
	Fondo de comercio interno	✗ No puede determinarse.	✗ No puede determinarse.

FUENTE: *Elaboración propia a partir de RODRÍGUEZ et al. (2006:125) e IASB (NIIF 38, 2004).*

De este modo, la normativa contable actual (tanto la española como la del IASB y FASB) permite registrar como activos los intangibles adquiridos a terceros (tanto individualmente como fruto de una combinación de empresas)¹³. Mientras que para el caso de los intangibles generados internamente sólo se reconocerán aquellos que sean identificables y que satisfagan unas condiciones muy estrictas (caso de las actividades de investigación y desarrollo si satisfacen unos determinados requisitos), mientras que los intangibles generados internamente no identificables (el fondo de comercio generado internamente) no pueden, en ningún caso, ser contabilizados como un activo, principalmente por la incertidumbre que rodea su valoración.

¹³ Lo que ocurre es que si éstos no son identificables se emplea una denominación, que podíamos llamar «cajón de sastre», para agruparlos (fondo de comercio externo o fondo de comercio adquirido).

Así pues, los diferentes organismos emisores de normas contables limitan en gran medida la posibilidad de reconocer en el balance los recursos intangibles que las empresas desarrollan internamente ¹⁴, justificando tal decisión en la dificultad de valoración fiable.

5.2. Reconocimiento contable de los intangibles: planteamientos desde el ámbito académico

En el epígrafe anterior se ha mostrado la postura de la actual normativa contable respecto a la activación o no de los intangibles; a continuación se muestra cuál es nuestra opinión y la de otros autores respecto a si los intangibles deben ser incorporados en el balance de las compañías o no. Para ello, nos centraremos en comentar únicamente el caso de los intangibles generados internamente, puesto que son los que no figuran en el activo del balance según la actual normativa contable.

En nuestra opinión, estos elementos que conforman parte del capital intelectual de una empresa satisfacen la definición de activo (en su sentido económico), puesto que cumplen con los requisitos de potencialidad de generar beneficios económicos futuros para la empresa y son susceptibles de control por parte de la misma como resultado de acontecimientos pasados.

En cuanto a la capacidad de generar beneficios económicos futuros, cabe señalar que los elementos de capital intelectual son claves para el éxito de las empresas que compiten en el actual contexto económico, político, social y tecnológico, sustentando la posición competitiva de una entidad. En concreto, son numerosos los estudios empíricos que han corroborado la relevancia de los intangibles para la obtención de beneficios superiores en un futuro (véase CAÑIBANO *et al.*, 1999). Asimismo, NEVADO (1999:25) indica que estos elementos contribuyen, de forma directa o indirecta, a futuras entradas netas de tesorería, las cuales se pueden manifestar de distintas formas, como por ejemplo, facilitar la disminución de pagos futuros (la formación o competencias tienen un efecto positivo en la productividad y calidad) o la entrada de tesorería por el aumento de las ventas (cartera de clientes). Así pues, no existe ninguna duda de que los intangibles contribuyen a la generación de beneficios económicos en el futuro.

En cuanto al control económico de estos elementos, cabe recordar que este concepto de control no hace referencia al derecho legal de propiedad sobre la partida sino a la capacidad de la empresa para obtener los beneficios económicos futuros procedentes del activo y poder restringir el acceso de terceras personas a tales beneficios. En este sentido, si se pone el énfasis en la propiedad de los beneficios futuros que generan (y se considera que eso implica la propiedad del activo), entonces intangibles tales como los recursos humanos podrían ser reconocidos como activos, porque aunque la empresa no sea la propietaria de sus empleados, sí controla los beneficios futuros que ellos generan (CAÑIBANO *et al.*, 1999:38). Comparte esta opinión el «Intangibles Research Center» de la Universidad de Nueva York, donde se considera que el poseer los beneficios derivados de un activo supone poseer el mismo, por lo que se deja una puerta abierta para la consideración de los «recursos humanos» como activo empresarial (la empresa es propietaria de los beneficios que genera).

¹⁴ El problema de fondo es que los sistemas de medición financieros se centran, muy influenciados por la legislación mercantil, en aproximar la solvencia empresarial, lo que hace que la mayor parte de las inversiones en intangibles se lleven a gastos, desapareciendo así del balance.

Respecto a si cumplen o no los requisitos para su reconocimiento como un activo de la empresa (probabilidad de obtener beneficios económicos futuros y medición fiable de su valor), en primer lugar cabe señalar la postura de RODRÍGUEZ (2006), quien en su opinión resulta necesario evidenciar el grado real de incertidumbre de los intangibles, puesto que si la incertidumbre de los futuros beneficios no resultase tan elevada que descalificase el criterio de reconocimiento de los activos exigido en los pronunciamientos contables, se podría sugerir el uso de la capitalización; en cambio, si los futuros beneficios fueran arriesgados e impredecibles, el tratamiento contable como gastos del ejercicio sería más apropiado. Sin embargo, la escasa evidencia empírica relativa a esta cuestión no resulta concluyente. Así, por ejemplo, estudios como los realizados por GIVOLY y SHI (2003) para los intangibles en general y DENG y LEV (2004) para el caso de los recursos humanos, han mostrado que la incertidumbre en el caso de los intangibles no es superior a la derivada de los activos tangibles convencionalmente recogidos en los estados contables. Mientras que RODRÍGUEZ (2006) ha encontrado, a partir de una muestra de empresas europeas, que las compañías más intensivas en intangibles muestran una volatilidad superior en la cifra de resultados.

En nuestra opinión, la incertidumbre sobre los intangibles se deriva más que de las dudas sobre la probabilidad de beneficios futuros, de la dificultad de medir y concretar esos beneficios económicos futuros, lo cual es fundamentalmente debido a que éstos no suelen tener un valor de mercado y a que es difícil determinar con exactitud qué parte de los resultados de la empresa son consecuencia de la inversión efectuada en intangibles. Por lo tanto, somos conscientes de que a aquellos intangibles que no pueden separarse de toda la empresa en su conjunto será difícil asignarles de forma fiable un coste o valor y, en consecuencia, no podrán ser reconocidos como activos en el balance. Por tanto, nos decantamos por la propuesta de incorporar información sobre estos elementos intangibles a través de un nuevo informe complementario a los actuales estados financieros —el Informe de Capital Intelectual—.

En esta misma línea se manifiestan HENDRIKSEN y VAN BREDÁ (1992:636) y KAPFERER (1992:323), quienes señalan que es precisamente esta incertidumbre en la valoración de los beneficios económicos futuros la que impide el reconocimiento como activo de ciertos intangibles ya que, debido al problema de su separabilidad del resto de activo de la empresa, parece poco razonable autorizar la inclusión de los intangibles creados internamente en el balance. Igualmente, el Comité de Normas Contables de la Asociación Americana de Contabilidad (American Accounting Association, 2003) señaló como las principales razones que impiden la capitalización de los intangibles: a) la falta de separabilidad y capacidad para valorarlos de forma independiente del conjunto de activos de la empresa; b) la ausencia de mercados activos para este tipo de bienes ¹⁵; c) la dificultad para establecer contratos de propiedad sobre estos activos que permitan asignar y asegurar el control sobre los beneficios económicos futuros.

Sin embargo, cabe destacar que otros autores promueven el reconocimiento del valor de los intangibles, impulsando la reducción de los requisitos hoy establecidos para la activación de estos elementos. Así, por ejemplo, autores como CAIRNS (1995) o GRANT (1996) critican los requisitos de reconocimiento por considerarlos excesivamente restrictivos. Igualmente, en el «Informe sobre la situación actual de la Contabilidad en España y líneas básicas para abordar la reforma» (Libro Blanco) (ICAC,

¹⁵ Convenimos con ROJO y SIERRA (2000) que la existencia de un valor de mercado viene a reducir la incertidumbre en cuanto a su medición, lo cual afectará al reconocimiento en sí de la partida, pero no a su propia definición de activo.

2002:12-13) también se consideraba conveniente que se revise el tratamiento contable actual de los intangibles, entendiendo que se deberían reducir las restricciones establecidas para su activación. En esta misma línea se pronuncia CAÑIBANO *et al.* (2000) al afirmar que hasta el momento la información suministrada por las diferentes empresas «refleja mal lo más importante», circunstancia que redundaría en la aparición de un gran interés por reflejar mejor lo que actualmente se considera imprescindible para el éxito y la supervivencia de las empresas, lo que nos conduce a la necesidad de efectuar reformas contables que lleven a un reflejo adecuado de los recursos intangibles en la información financiera.

Asimismo, como consecuencia de la imputación de los intangibles como gastos del ejercicio, tiene lugar una sorprendente paradoja, llamada por EDVINSSON y MALONE (1999:63) *la paradoja fundamental de la inversión en los negocios modernos*, según la cual, si una empresa invierte en las cosas que la hacen competitiva, como capital humano, a corto plazo sufre un deterioro de su cuenta de pérdidas y ganancias, lo cual reduce el valor del balance de situación y, en consecuencia, reduce el valor en libros de la organización. Así pues, el no reflejo de los intangibles en el balance de las empresas, sino su contabilización como gasto del ejercicio en que se realizan, conlleva que tanto los resultados como el valor contable de los recursos propios aparezcan infravalorados en los estados financieros, por lo que se incumpliría el objetivo de reflejar fielmente el valor de una empresa.

En términos similares se expresa CEA (2000:16), quien señala que «En general, para bastantes de las inversiones en inmateriales modernas se les pone un veto demasiado severo para su reconocimiento en los balances de las empresas, con lo que incluso puede salir perjudicada la imagen numérica de aquellas empresas que más esfuerzo realizan para asegurar su futuro, lo que sería un puro sarcasmo». También NOMEN (1996:22-23) es muy drástico en sus aseveraciones sobre este tema, y afirma que la normativa contable está hecha contra natura de los elementos intangibles, concluyendo que la contabilidad mide con una perfecta exactitud pero se equivoca en lo que mide, ya que no mide el núcleo de la empresa (los intangibles).

Por su parte, NORVERTO y VILLACORTA (2001) señalan que los intangibles que cumplan con la definición de activo deben ser considerados como tales, aunque no puedan ser valorados de forma exacta, ya que una estimación razonable siempre será mejor que la ausencia de contabilización de una operación.

En nuestra opinión, los intangibles generados internamente cumplen la definición de activo en sentido económico, pero no en sentido contable. Es precisamente la necesidad de tener una certidumbre razonable en la medición, es decir, es la falta de una medición fiable de estos elementos lo que consideramos una limitación fundamental para el reconocimiento de ciertos intangibles como activos.

Sobre este punto, VÁZQUEZ y BONGIANINO (2001) afirman que la respuesta a la conveniencia de incluir o no los intangibles en los estados contables depende del objetivo principal que se haya marcado para la información contable. En este sentido, si el objetivo primario fuera la defensa de los intereses en las empresas de sus propietarios y acreedores, serían de total importancia la prudencia y la fiabilidad, por lo que los intangibles no adquiridos no se recogerían (contabilidad marcadamente patrimonialista). Mientras que si el objetivo primario fuera el de ofrecer utilidad, tendría mayor peso la relevancia frente a la fiabilidad y, por lo tanto, debería informarse sobre todo elemento que aumentara la utilidad de la información, debiéndose recoger, por tanto, información sobre los intangibles.

En nuestra opinión, la relevancia de la información contable debe jugar un papel preponderante ¹⁶, mostrándonos a favor de un incremento de la información sobre intangibles que resulte útil a los usuarios. Si bien estos esfuerzos en pro de la relevancia de la información contable han de llevarse a cabo manteniendo un equilibrio con el resto de características cualitativas como la fiabilidad. De este modo, nuestra propuesta de cara a mejorar la relevancia de la información contable pasa por la obligación de que las organizaciones presenten un informe de capital intelectual. En este sentido, estamos de acuerdo con ZUBIAURRE (1998:294) en que habrá que emitir información, cumpliendo unos niveles aceptables de fiabilidad, dado que si el error o sesgo potencial de la información ofrecida a los usuarios es alto, ésta pierde toda capacidad de representación y valor de predicción. De esta manera, dado que algunos intangibles son difíciles de registrar de forma objetiva, la relevancia de los estados financieros sería menor en un escenario en el que las empresas pudieran libremente contabilizar activos dudosos o, incluso, inexistentes (IÑIGUEZ y LÓPEZ, 2003). Igualmente, GARCÍA y ARIAS (2002) plantean que la problemática de la representación contable de los intangibles debe partir de la premisa de que «ninguna información es menos relevante que un dato poco fiable».

Por todo ello, abogamos por la conveniencia de un nuevo modelo informativo que se adecue a las características del entorno actual y atienda las nuevas necesidades informativas de los usuarios, el cual otorgue un mayor peso a la relevancia de la información contable, evitando la miopía informativa sobre los recursos intangibles, pero siempre asegurando cierta fiabilidad. De este modo, nos decantamos por la incorporación de un nuevo informe complementario a los actuales estados financieros —el Informe de Capital Intelectual—, el cual completaría el contenido de los actuales estados financieros mediante la revelación de otro tipo de información de carácter no financiero relativo a los elementos intangibles de las organizaciones.

6. CONCLUSIONES

La disyuntiva fiabilidad-relevancia se encuentra en el centro del debate de los intangibles. De este modo, bajo el actual paradigma de utilidad se establece la necesidad de que la información contable que se suministre sea verdaderamente relevante para la toma de decisiones de los usuarios. Ahora bien, para que la información sea útil debe ser relevante además de fiable. A través de la revisión de múltiples estudios empíricos parece indiscutible que la información sobre elementos intangibles es relevante y es un indicador de la capacidad de creación de valor de las organizaciones. Sin embargo, un problema sin resolver es la necesaria fiabilidad en el reconocimiento contable de ciertos intangibles.

A través del análisis de los requisitos de reconocimiento establecidos por la normativa contable, los cuales exigen en términos generales una probabilidad razonable de contar con beneficios futuros asignables a dicho elemento a la vez que la fiabilidad de sus respectivas mediciones, se ha obtenido que sólo un número muy reducido de recursos intangibles los cumplen. En nuestra opinión, la incertidumbre sobre los intangibles se deriva más que de las dudas sobre la probabilidad de gene-

¹⁶ El incremento de la relevancia y de la comparabilidad de la información es uno de los objetivos básicos del proceso de normalización en el que nos vemos envueltos en Europa, como muestran los últimos acontecimientos institucionales en materia de regulación contable (GARCÍA y MORA, 2004:14).

rar beneficios futuros, de la dificultad de medir y concretar esos beneficios, lo cual es fundamentalmente debido a que éstos no suelen tener un valor de mercado y a que es difícil determinar con exactitud qué parte de los resultados de la empresa son consecuencia de la inversión efectuada en intangibles. Por lo tanto, resulta evidente que para aquellos intangibles que no pueden separarse de toda la empresa en su conjunto será difícil asignarles de forma fiable un valor y, en consecuencia, no podrán ser reconocidos como activos en el balance. Asimismo, consideramos que la incorporación de los intangibles generados internamente en el balance conllevaría serios problemas de valoración que minarían la fiabilidad de la información y consecuentemente su utilidad, lo cual podría tener incidencia en la confianza de los usuarios de la información contable.

En este sentido, consideramos que la información no financiera de carácter complementario es la vía más apropiada para proveer información acerca de los elementos intangibles de una organización. Por tanto, nuestra propuesta para incorporar información sobre estos elementos intangibles sería a través de un nuevo informe complementario a los actuales estados financieros –el Informe de Capital Intelectual–. Este informe de capital intelectual será un instrumento de comunicación y presentación de información a los *stakeholders* externos sobre los recursos intangibles de la organización, permitiendo incrementar la transparencia y controlar el proceso de valor añadido dentro de la organización.

Por tanto, nos mostramos partidarios de que se lleve a cabo una reforma de las regulaciones contables en las que se establezca la necesidad de que las organizaciones presenten este informe de capital intelectual, con el fin de aportar una información contable que no sólo resulte fiable, sino también relevante de cara a la toma de decisiones por parte de los usuarios de la información contable.

Bibliografía

- American Accounting Association (AAA) [1948]: «Accounting concepts and standards underlying corporate financial statements». *The Accounting Review*, vol. XXIII, n.º 4, octubre, págs. 536-546.
- [1957]: «Accounting and reporting standards for corporate financial statements». *The Accounting Review*, vol. XXXII, octubre, págs. 536-546.
 - [2003]: «Implications of Accounting Research for the FASB's Initiatives on Disclosure of Information about Intangible Assets». *Accounting Horizons*, vol. 17, n.º 2, págs. 175-185.
- ARCHEL DOMENCH, P. [1995]: «Activos intangibles: Análisis de algunas partidas polémicas». *Revista Técnica*, n.º 7, tercera época.
- Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA) [1999]: *Marco conceptual de la información financiera*. Principios Contables. AECA, Madrid.
- Australian Accounting Research Foundation (AARF) [1995]: *Definition and Recognition of the Elements of Financial Statement*. Statement of Accounting Concepts N.º 4.
- CAIRNS, D. [1995]: «Only vaulting intangible need apply». *Accountancy*, vol. 116, n.º 1.223, pág. 112.

- CAÑIBANO, L. y GARCÍA-AYUSO, M. [2000]: «El papel de los intangibles en el análisis de la situación financiera de la empresa». VI Jornadas de Análisis Contable. Almería, 2000.
- CAÑIBANO, L., GARCÍA-AYUSO, M. y SÁNCHEZ, M.P. [1999]: «La relevancia de los intangibles para la valoración y la gestión de empresas: revisión de la literatura». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*. Extraordinario, n.º 100, págs. 17-88.
- [2000]: «Accounting for intangibles: A literature review», *Journal of Accounting Literature*, vol. 19, págs. 102-130.
- CAÑIBANO, L. y SÁNCHEZ, P. [2004]: «Measurement, Management and Reporting on Intangibles: State of the Art». *Accounting and Business Review*, págs. 56-68.
- CASTILLA POLO, F. [2006]: «La gestión de intangibles en el sector del aceite de oliva». Tesis Doctoral. Universidad de Jaén.
- CEA, J.L. [2000]: Versión actualizada del trabajo «El Balance», incluido en la obra: *Cómo aplicar el Plan de Contabilidad*. AECA Expansión. 1991.
- DENG, Z. y LEV, B. [2004]: «In-Process R&D: To Capitalize or Expense?», *Working Paper*, New York University.
- EDVINSSON, L. y MALONE, M. [1999]: *El capital intelectual. Cómo identificar y calcular el valor de los recursos intangibles de su empresa*. Barcelona, Gestión 2000. 1.ª ed.
- Financial Accounting Standards Board (FASB) [1985]: «Elements of Financial Statements, Statement of Financial Accounting Concepts», n.º 6, Stamford, CT, FASB.
- [2001a]: «Business and Financial Reporting, Challenges from the New Economy». *Financial Accounting Series* del FASB.
 - [2001b]: «Goodwill and Intangible Assets», *Statement of Financial Accounting Standards*, n.º 142, Connecticut.
 - [2007]: «Business Combinations», *Statement of Financial Accounting Standards*, n.º 141, Connecticut.
- GARCÍA LARA, J.M. y MORA ENGUÍDANOS, A. [2004]: «El conservadurismo contable versus el reconocimiento de los activos intangibles». *Análisis Financiero*, n.º 95, 2.º cuatrimestre, págs. 14-26.
- GARCÍA SUÁREZ, J.L. y ARIAS ÁLVAREZ, A.M. [2002]: «Una propuesta para la inclusión de los intangibles en la información financiera: el estado de capital intelectual». X Encuentro de Profesores Universitarios de Contabilidad. ASEPUC. Santiago de Compostela, 30 mayo-1 junio.
- GIVOLY, D. y SHI, C. [2003]: «Accounting Choice for Software Development Costs and the Cost of Capital: Evidence from Underpricing of Initial Public Offerings in the Software Industry», *Working Paper*, University of California at Irvine, enero.
- GRANT, R.M. [1996]: «Toward a knowledge-based theory of the firm». *Strategic Management Journal*, vol. 13, págs. 135-144.
- HENDRIKSEN, E.S. y VAN BREDÁ, M.F. [1992]: *Accounting Theory*. Irwin, Inc. Boston.
- ÍNIGUEZ SÁNCHEZ, R. y LÓPEZ ESPINOSA, G. [2003]: «Valoración de los activos intangibles en el mercado de capitales español». XII Congreso AECA. Cádiz, 29 septiembre-1 octubre.
- Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) [2002]: «Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma (Libro Blanco para la reforma de la contabilidad en España)». Madrid.
- International Accounting Standards Board (IASB) [2004]: «Intangible Assets», *International Accounting Standard*, IAS, n.º 38 revisada. Londres, IASB.

- International Accounting Standards Committee (IASC) [1989]: *Marco conceptual para la preparación y presentación de estados financieros*. Instituto de Censores Jurados de Cuentas.
- KAPFERER, J.N. [1992]: *La marca capital de la Empresa*. Ed. Deusto S.A.
- MILLER, M.C. e ISLAM, M.A. [1988]: «The definition and recognition of assets». *Accounting theory monograph*, n.º 7, Australia Accounting Research Foundation.
- NEVADO PEÑA, D. [1999]: *La valoración de los activos intangibles ocultos y su presentación en los estados contables*. Universidad de Castilla-La Mancha.
- NOMEN, E. [1996]: «Activos intangibles y política de empresa». *Harvard Deusto Business Review*, n.º 71, págs. 21-26.
- NORVERTO LABORDA, M.C. y VILLACORTA HERNÁNDEZ, M.A. [2001]: «Necesidad de reconocimiento de los intangibles». VII Congreso del Instituto Internacional de Costos y II Congreso de la Asociación Española de Contabilidad Directiva. León, 4-6 julio.
- RAMÍREZ CÓRCOLES, Y. y TEJADA PONCE, A. [2009]: «Activos intangibles identificables. ¿Se ha logrado alcanzar una convergencia internacional en su tratamiento contable?». *RCyT. CEF*, n.º 310, págs. 169-184.
- Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
- RIVERO ROMERO, J. [1995]: *Contabilidad financiera*, Editorial Trivium, S.A., Madrid.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, L. [2006]: «Elementos intangibles y riesgo empresarial». Congreso ASEPUC. Burgos.
- RODRÍGUEZ PÉREZ, G.; SLOF, J.; SOLÁ TEY, M.; TORRENT CANALETA, M. y VILARDELL RIERA, I. [2006]: *Contabilidad Europea. Análisis y aplicación de las NIIF*. Ed. McGraw-Hill. Capítulo 6. «Activos Intangibles», págs. 107-141.
- ROJO RAMÍREZ, A. y SIERRA FERNÁNDEZ, M. [2000a]: *Los activos intangibles (capital intelectual) en Contabilidad Financiera*. IV Premio Carlos Cubilo Valverde.
- SAMUELSON, R.A. [1996]: «The concept of assets in accounting theory». *Accounting Horizons*, vol. 10, n.º 3, septiembre, págs. 147-157.
- SCHUETZE, W.P. [1993]: «What is an asset?». *Accounting Horizons*, vol. 7, n.º 3, septiembre, págs. 66-70.
- VÁZQUEZ, R. y BONGIANINO DE SALGADO, C.A. [2001]: «Los intangibles y la información contable». XXIV Conferencia Interamericana de Contabilidad. Punta del Este (Uruguay), 18-21 noviembre.
- ZUBIAURRE ARTOLA, M.A. [1998]: «Evolución del reconocimiento contable de los activos intangibles». Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco.

EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS EMPRESAS COTIZADAS ESPAÑOLAS

JOAQUINA LAFFARGA BRIONES

Catedrática del Departamento de Contabilidad y Economía Financiera. Universidad de Sevilla

PILAR DE FUENTES RUIZ

Profesora Titular del Departamento de Contabilidad y Economía Financiera. Universidad de Sevilla

NURIA REGUERA ALVARADO

Profesora colaboradora del Departamento de Contabilidad y Economía Financiera. Universidad de Sevilla

Extracto:

EN los últimos tiempos han surgido una serie de trabajos en los que se pone de manifiesto que la representación femenina en los consejos de administración y en la alta dirección de las empresas es todavía pequeña en la mayoría de los países. El objetivo del presente trabajo es mostrar la situación en la que se encuentran las mujeres en dichos consejos de administración de las empresas cotizadas españolas, así como la evolución sufrida entre los años 2004 y 2008.

Del estudio se desprende que existen obstáculos que impiden la promoción de las mujeres a las cúpulas directivas de las empresas. Estos obstáculos, aunque en algún caso puedan deberse a las preferencias de las propias mujeres, son barreras de carácter «cultural» y normas no escritas que circulan dentro de las empresas y que son las que impiden el desarrollo de la carrera profesional de las mujeres dentro de las empresas.

Palabras clave: diversidad de género y consejos de administración.

DEVELOPMENT OF THE SITUATION OF WOMEN IN THE BOARD OF DIRECTORS OF THE SPANISH LISTED COMPANIES

JOAQUINA LAFFARGA BRIONES

Catedrática del Departamento de Contabilidad y Economía Financiera. Universidad de Sevilla

PILAR DE FUENTES RUIZ

Profesora Titular del Departamento de Contabilidad y Economía Financiera. Universidad de Sevilla

NURIA REGUERA ALVARADO

Profesora colaboradora del Departamento de Contabilidad y Economía Financiera. Universidad de Sevilla

Abstract:

THE aim of this paper is showing current situation of women in board of directors. This study is focused on quoted companies in Spain, and we analyze its development from 2004 to 2008. We pay attention to board of directors and Top Managers, all of them responsible of making decisions in companies.

We find out that there are almost no women in these levels and we conclude that many barriers impede women to promote to high making decisions levels. Sometimes these barriers may be themselves, sometimes cultural obstacles that represent no-written norms.

Keywords: gender diversity and board of directors.

Sumario

1. Introducción.
2. Muestra, datos y metodología.
 - 2.1. Muestra y datos.
 - 2.2. Metodología.
3. Análisis de resultados.
 - 3.1. Situación global y evolución de las mujeres en los consejos de administración.
 - 3.2. Situación global y evolución de los diferentes tipos de consejeras.
 - 3.3. Situación global y evolución de las mujeres en las diferentes comisiones delegadas.
 - 3.4. Situación global y evolución de las mujeres en la alta dirección empresarial.
4. Resumen y conclusiones.

Bibliografía.

Anexos.

1. INTRODUCCIÓN

La incorporación de las mujeres al mercado de trabajo ha sido paulatina pero sin pausa, y en la actualidad ocupan cargos que hasta el momento habían sido reservados para los hombres. Las mujeres han alcanzado niveles de formación y cualificación muy elevados, pero aún el hecho de pertenecer a uno u otro sexo sigue condicionando las posibilidades que tienen las personas a acceder a determinados puestos (CASTAÑO *et al.*, 2009 y BARBERÁ, 2000).

En los últimos tiempos han surgido una serie de trabajos en los que se pone de manifiesto que la representación femenina en los consejos de administración y en la alta dirección de las empresas es todavía pequeña en la mayoría de los países, aunque este porcentaje ha aumentado en Estados Unidos y varios países europeos (CATALYST, 2004). DAILY *et al.* (1999) concluyen en un estudio de las empresas de la lista Fortune 500 que las mujeres han realizado un avance significativo en términos de ocupar posiciones directivas, pero no en términos de posiciones de liderazgo. SNIGH y VINNICOMBE (2004) muestran incluso una pequeña disminución en el porcentaje de mujeres en la alta dirección dentro de las 100 mayores empresas británicas en el periodo 1999-2002, y ofrecen argumentos basados en la teoría de la exclusión social para explicar por qué hay tan pocas mujeres que logren romper el denominado «techo de cristal» de los consejos de administración. BILIMORIA (2000) señala que aunque el número de mujeres en los consejos de administración ha aumentado ligeramente, son muy pocas las empresas que están incorporando de forma activa a mujeres y persisten todavía sesgos de género y estereotipos en los consejos de administración en los que participan ellas.

BURKE (1997) estudió a las mujeres que formaban parte de los consejos de administración en las empresas privadas y organizaciones del sector público en Canadá y encontró que la principal razón para la falta de progreso era la incertidumbre que tenían los directores seniors sobre la capacidad de las mujeres ejecutivas para desempeñar su trabajo a este nivel debido a su falta de experiencia. La forma más habitual de que los nombres de las mujeres llegasen a oídos de los presidentes de los consejos de administración era por recomendación de miembros del consejo y/o porque las conocieran personalmente. Los presidentes de consejo creían que había muy pocas mujeres que cumplieran los criterios para pertenecer a un consejo de administración, y que tenían dificultades para encontrar candidatas adecuadas. Las mujeres directivas, por su parte, atribuían la ausencia de mujeres en los consejos de administración principalmente a las actitudes de los miembros y presidentes masculinos de los consejos; ellas consideraban que los presidentes masculinos pensaban que las mujeres no estaban cualificadas, y que tenían miedo de admitir a una mujer sin experiencia o que pudiese tener una «agenda femenina», que implica una prioridad para los asuntos familiares y domésticos sobre los laborales. Algunos miembros masculinos de los consejos de administración no se sentían cómodos con una mujer directiva. Además, las mujeres directivas creían que las organizaciones no estaban interesadas en tener mujeres en el consejo de administración o no sabían dónde encontrar mujeres cualificadas. Similares resultados evidencian los estudios de RAGINS *et al.* (1998).

Algunos gobiernos, como los de Suecia y Noruega, han regulado ya la composición de género en los consejos de administración de las empresas privadas para mejorar la igualdad de oportunidades, implantando un sistema de cuotas. Pero aunque el nombramiento de mujeres en los consejos de administración de las empresas es ciertamente un paso importante para dar a la mujer responsabilidad y

reconocimiento en las organizaciones, es necesario un análisis más profundo que el de la cuantificación del número de mujeres en los consejos de administración. ZELECHOWSKI y BILIMORIA (2004) analizaron las cualificaciones de los hombres y mujeres que formaban parte de los consejos de administración en las empresas listadas en Fortune 1000. Sus resultados indican que existían diferencias entre hombres y mujeres sobre un conjunto de características relevantes en su doble papel de directivos y miembros del consejo. Si bien no existían diferencias en las cualificaciones de experiencia como miembro del consejo o de la organización, las mujeres desempeñaban menos cargos directivos, acumulaban títulos corporativos con menos poder, ocupaban desproporcionadamente un mayor número de funciones de *staff* y ganaban mucho menos dinero que sus colegas masculinos del consejo de administración. Según los autores, parecía que la inclusión de mujeres en los consejos aumentaba la representación femenina pero sin el asociado prestigio, influencia e impacto. Los autores también sugieren que es menos probable que las mujeres vayan a desempeñar cargos de presidente y director general en el futuro, no sólo debido a su menor presencia en la alta dirección y en los consejos de administración, sino también por su menor estatus en posiciones directivas.

Similarmente, SHERIDAN y MILGATE (2005) estudiaron las opciones de hombres y mujeres sobre los factores cruciales para conseguir un puesto en los consejos de administración de las empresas australianas. Ambos consideraban que era importante disponer de un buen currículum y experiencia, así como de contactos empresariales, pero las mujeres también señalaban la importancia de ser muy conocidas y tener contactos familiares para conseguir ser nominadas. Parece que la competencia de las mujeres tiene que estar ampliamente reconocida en público o a través de conexiones familiares antes de que los consejos de administración o sus comités de nombramiento estén preparados para arriesgarse a tener una mujer en el consejo.

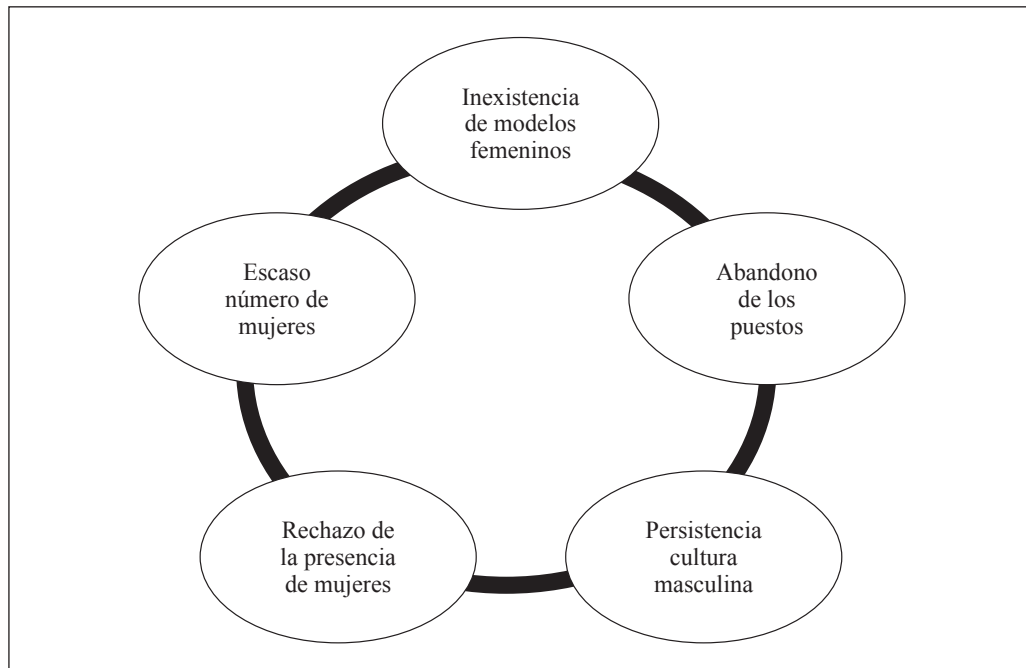
ADAMS y FLYM (2005) analizaron 815 directivos estadounidenses de las 100 empresas públicas de Massachussets con mayores ingresos. El resultado principal del estudio era que las mujeres seguían caminos diferentes que los hombres para llegar a los consejos de administración. La consultoría y el desempeño de puestos académicos universitarios daban a las mujeres las credenciales y contactos necesarios para ser consideradas como candidatas de un puesto en los consejos de administración, a diferencia del camino tradicional a través de la experiencia en trabajos corporativos a nivel senior. La naturaleza de las empresas en Massachussets con un gran número de empresas de alta tecnología centradas en la experiencia de ingeniería supone una barrera para la incorporación de la mujer en los consejos de administración. Sin embargo, los consultores –tanto hombres como mujeres– que han trabajado con las empresas de alta tecnología desde el sector privado o desde la universidad pueden ser considerados como potenciales candidatos para los consejos de administración de estas empresas.

FARRELL y HERSCH (2005) estudiaron las empresas listadas en Fortune 500 en el periodo 1990-1999 y encontraron que en esa década la probabilidad de que una empresa incluyera a una mujer en su consejo de administración en cualquier año era menor cuanto mayor fuese ya el número de mujeres presentes en el consejo. Las mujeres tendían a formar parte, en mayor medida, de los consejos de administración de empresas con mejores resultados, de menor riesgo y con políticas que favorecían la conciliación de la vida familiar y laboral. Los autores señalan que en la medida en que existe una mayor demanda de mujeres, éstas pueden ser más selectivas en los consejos de administración. Si existe escasez de mujeres directivas que sean candidatas para ocupar puestos en los consejos de administración, será más difícil que las empresas con malos resultados o alto riesgo logren atraerlas.

Se argumenta que hay pocas mujeres candidatas, que no hay muchas que posean la formación y la experiencia necesaria. La realidad es que la escasa presencia de mujeres en los puestos directivos se convierte en un círculo vicioso: como hay pocas mujeres, es poco probable que haya más mujeres (**gráfico 1**). Lo anterior es resultado, en gran medida, de la escasez de modelos positivos de mujeres triunfadoras en los puestos directivos de máximo nivel, que se retroalimenta en el siguiente círculo vicioso:

- Como hay pocas mujeres, las posibles candidatas no se deciden a dar el paso, no se sienten cómodas y descartan colocarse en los puestos de salida.
- Como hay pocas mujeres, las que se deciden a ascender se ven obligadas a moverse en una cultura masculina que las rechaza, sometidas a un escrutinio intenso que puede desalentar a otras mujeres.
- Como hay pocas mujeres, la cultura no cambia. Las chicas jóvenes perciben esos problemas y no se deciden a incorporarse a la vía de la alta dirección, por la que, en otras condiciones, se sentirían atraídas.

GRÁFICO 1. *El círculo vicioso de la presencia minoritaria femenina en consejos de administración y cúpulas directivas.*



FUENTE: CASTAÑO *et al.* (2009)

El objetivo del presente trabajo es mostrar la situación en la que se encuentran las mujeres en los consejos de administración de las empresas cotizadas españolas, así como la evolución sufrida entre los años 2004 y 2008. Para el caso español existen trabajos en los que se aborda esta situación y entre los que destacamos el realizado por ECODES en 2004 para las empresas del IBEX, el informe de CWDI en 2002 sobre las 300 empresas españolas de mayor tamaño, el realizado en 2005 por GÓMEZ ANSÓN para la Fundación de Estudios Financieros, el de REDONDO y JIMENO (2005) para empresas de la Comunidad de Castilla y León, el de CHINCHILLA y LEÓN (2004) y el de CASTAÑO *et al.* (2009) para empresas del IBEX, entre otros. Todos los trabajos anteriores han puesto de manifiesto la escasa presencia femenina en los consejos de administración de las empresas españolas en general y en las del IBEX en particular, siendo una de las principales conclusiones de los mismos la necesidad de darle visibilidad a ese problema.

Aunque nuestro trabajo se encuadra dentro de los anteriores da un paso adelante por dos cuestiones distintas: en primer lugar, por el horizonte temporal 2004-2008, ello va a permitir comprobar la eficiencia de la recomendación del Código Conthe sobre Buen Gobierno Corporativo, aprobado el 19 de mayo de 2006 definitivamente en España. Uno de los puntos más debatidos fue el relacionado con la diversidad en los consejos de administración. Bajo el principio de «cumple o explica», las empresas que no consiguieran en 2007 la diversidad recogida en su articulado y en concreto la diversidad de género, deberán explicar el motivo, así como los esfuerzos para mejorarla. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 75 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el que se señala que las empresas que presenten cuentas de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en el plazo de ocho años. Y en segundo lugar, por extender el trabajo tanto a las comisiones derivadas del consejo de administración como a la alta dirección de las empresas, ya que entendemos que la toma de decisiones no se queda sólo en el consejo de administración.

2. MUESTRA, DATOS Y METODOLOGÍA

2.1. Muestra y datos

Para la realización de nuestro trabajo hemos elaborado una base de datos que está formada por empresas cotizadas. La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) facilita los Informes de Gobierno Corporativo de las mismas que nos permiten conocer en profundidad las características de los consejos de administración de las empresas. Realizamos una búsqueda individualizada por compañía y repasamos todos los Informes de Gobierno Corporativo desde el año 2004 al 2008 y clasificamos para cada una de ellas mediante sus nombres de pila, a los consejeros y a las consejeras. De este modo, en caso de que estén todos los años disponibles, contaremos con un histórico de cinco años para estudiar la evolución de los datos.

El motivo de la elección de esos años radica en que es a partir de 2004 cuando las empresas tienen obligación de presentar los Informes de Gobierno Corporativo y se trata de identificar si hay una

evolución visible respecto al tema desarrollado. Posteriormente, se consultaron los Informes Anuales de Gobierno Corporativo para esos mismos años, y se identificó la situación, en cuanto a la responsabilidad tanto en el consejo de administración como en la alta dirección de las mujeres en las empresas cotizadas, de este modo pudimos identificar a las mujeres que participaban en las diferentes comisiones, qué tipo de consejeras eran (dominicales, ejecutivas, independientes), o bien, si eran presidentas o vicepresidentas. En el caso de la alta dirección, gracias a la obligatoriedad que tienen las empresas de publicar en su Informe de Gobierno Corporativo información sobre la remuneración de alta dirección empresarial, hemos podido identificar, también a través de sus nombres de pila, las mujeres que ocupaban cargos en este nivel.

Partimos de la lista de empresas obtenida en la página web *www.infobolsa.com*. Realizamos una consulta en febrero de 2009 del listado de empresas que cotizan en el mercado continuo y el resultado se encuentra en la **tabla 11 del anexo** (149 empresas).

Tras consultar la página web de la CNMV obtenemos los informes de Gobierno Corporativo, seleccionando para realizar nuestro trabajo sólo aquellas empresas de las que obtuvimos tres o más Informes de Gobierno Corporativo. El número de empresas definitivo aparece recogido en el cuadro que aparece más abajo (**tabla 1**).

TABLA 1. *Número de empresas de la muestra cada año.*

	2004	2005	2006	2007	2008
Número de informes	116	120	129	124	123

Como se puede observar en la **tabla 1**, en este estudio se utiliza una muestra de empresas que se sitúa entre las 116 del año 2004 y las 129 del año 2006. Esta variación es debida a la no disponibilidad de los Informes de Gobierno Corporativo de todas las empresas para los cinco años de estudio, tal y como se ha señalado anteriormente.

2.2. Metodología

Una vez obtenidos los Informes de Gobierno Corporativo para cada uno de los cinco años y para poder conocer la situación y evolución de las mujeres en los consejos de administración de las empresas cotizadas españolas, hemos definido 27 variables tal y como aparecen recogidas a continuación.

- EMPRESA, se seleccionaron las compañías que cotizan en la bolsa de Madrid.
- AÑO, tomamos como referencia a ser posible para todas las empresas consideradas 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008.
- C, es el número total de consejeros en el consejo de administración (hombres y mujeres).
- CM, número de mujeres en el consejo de administración.

- %, porcentaje de mujeres en el consejo de administración.
- P, si existe presidente y es hombre tiene una x.
- PM, si la presidenta es mujer tiene una x.
- V, si aparece en el informe de gobierno corporativo un hombre como vicepresidente.
- VM, si la vicepresidenta es mujer.
- CE, recoge el número de consejeros ejecutivos.
- CEM, número consejeros ejecutivos mujeres.
- CD, número consejeros dominicales
- CDM, número consejeras dominicales mujer
- CI, número consejeros independientes.
- CIM, número consejeras independientes mujer.
- OC, número otros consejeros.
- OCM, número otros consejeros mujeres.
- EJ, número de miembros en la comisión ejecutiva.
- EJM, número de mujeres de la comisión ejecutiva.
- CA, número de miembros del comité de auditoría.
- CAM, mujeres en comité de auditoría.
- CN, número de miembros del comité de nombramientos y retribuciones.
- CNM, mujeres en el comité de nombramientos y retribuciones.
- OTCOM, número de miembros en otros comités.
- MOC, mujeres en otros comités.
- AD, número de miembros de la alta dirección.
- ADM, número de mujeres en la alta dirección.

Las variables han sido definidas teniendo en cuenta:

- a) Las diferentes categorías de consejeras/os existentes: dominicales, ejecutivos e independientes, además se destina un apartado a otros consejeros. La inclusión en una u otra categoría se ha realizado con la información que suministran las empresas en sus informes de

gobierno corporativo; esto quiere decir que son las propias empresas la que incluyen a sus consejeros en una u otra categoría.

- b) Las distintas comisiones que derivan del consejo de administración; en este sentido hemos distinguidos sólo las comisiones ejecutivas, el comité de auditoría y la comisión de nombramientos y retribuciones. Aunque en algunas sociedades existen otras comisiones al ser éstas específicas de cada empresa ha parecido más conveniente incluirlas dentro del epígrafe «otras comisiones».
- c) La alta dirección de las empresas. Igualmente que los datos anteriores, esta información ha sido obtenida de los Informes de Gobierno Corporativo en el que las empresas deben informar tanto de la remuneración global de lo que ellos consideran sus altos directivos, como los nombres y cargos de los miembros de la alta dirección.
- d) Los presidentes y vicepresidentes de las sociedades.

Con todo lo anterior se realizó un análisis descriptivo, identificando el valor de cada una de las 27 variables y estimando los estadísticos descriptivos para cada una de las empresas que componen la muestra y para cada uno de los cinco años. Todo ello aparece en las tablas recogidas en el anexo II.

3. ANÁLISIS DE RESULTADOS

3.1. Situación global y evolución de las mujeres en los consejos de administración

La situación, durante el periodo de estudio, de los diferentes consejeros/as en las sociedades que componen la muestra así como la situación resumida de las mujeres aparece recogida en las **tablas 2 y 3**.

TABLA 2. *Situación global de los consejos de administración.*

	2004	2005	2006	2007	2008
Número de consejeros/as	1.241	1.291	1.406	1.328	1.394
Mujeres consejeras	55	67	95	91	105
	4,43%	5,19%	6,76%	6,85%	7,53%
Total de consejeros ejecutivos	249	261	283	249	260
Consejeras ejecutivas	5	8	12	9	7
	2,01%	3,07%	4,24%	3,61%	2,69%
Total de consejeros dominicales	541	562	610	614	622
.../...					

	2004	2005	2006	2007	2008
.../...					
Consejeras dominicales	33	37	50	54	52
	6,10%	6,58%	8,20%	8,79%	8,36%
Total de consejeros independientes	414	431	459	408	432
Consejeras independientes	14	17	26	25	43
	3,38%	3,94%	5,66%	6,13%	9,95%
Miembros comité ejecutivo	326	327	364	316	348
Mujeres en comité ejecutivo	11	13	17	19	22
	3,37%	3,98%	4,67%	6,01%	6,32%
Miembros comité auditoría	437	451	482	435	446
Mujeres en comité auditoría	17	20	25	32	47
	3,89%	4,43%	5,19%	7,36%	10,54%
Comité de nombramientos	312	341	391	387	401
Mujeres en el comité de nombramientos	16	16	21	19	37
	5,13%	4,69%	5,37%	4,91%	9,23%
Alta dirección	826	885	1.042	977	1.099
Mujeres en la alta dirección	37	50	57	70	95
	4,48%	5,65%	5,47%	7,16%	8,64%

TABLA 3. *Número mujeres en el consejo de administración.*

	2004	2005	2006	2007	2008
Total de empresas	116	120	129	124	123
Sin mujeres	76	73	61	64	52
1 mujer	30	35	53	42	49
2 mujeres	7	7	8	11	14
3 mujeres	1	3	3	3	4
4 mujeres	2	1	3	2	4
5 mujeres		1	1	2	
% sin mujeres	65,5%	60,8%	47,3%	51,6%	42,3%
% con mujeres	34,5%	39,2%	52,7%	48,4%	57,7%

De la observación de las dos tablas anteriores, lo que más llama la atención es la escasa presencia de mujeres en los puestos de toma de decisiones de las empresas que cotizan en bolsa, 4,48%-8,64% en el caso de los consejos de administración y 4,43%-7,53% en el caso de la alta dirección.

Todo lo anterior pone de manifiesto que la toma de decisiones en las empresas cotizadas españolas está en manos de los hombres.

Esta situación se agrava aún más cuando nos detenemos en la **tabla 3** y observamos que la mayoría de las empresas que cuentan con mujeres en los consejos cuentan con sólo 1, siendo la media de consejeras inferior a esta cantidad, aunque se trata de una media con desviación típica muy alta, esto es, poco significativa (como puede comprobarse en las tablas del anexo II). Esta cuestión es muy importante ya que la existencia de más de una consejera favorecerá el efecto contagio, lo que quiere decir que la presencia de mujeres en los consejos de administración facilita la incorporación de nuevas mujeres a los mismos.

En los consejos analizados, el número máximo de mujeres consejeras fue 5 y sólo se produjo en dos empresas: Fomento de Construcciones y Contratas (2005, 2006, 2007) y en Cementos Portland (2007).

Sin embargo, la lista de empresas que no tiene ninguna mujer en su consejo es amplísima. El año con menor presencia de mujeres fue 2004 con un 65% de empresas que no contaban con ninguna mujer en sus consejos, y el año con mayor número de mujeres fue 2008, con un 42,3%. Todo ello quiere decir que la mayoría de los consejos de las empresas cotizadas españolas prefieren la homogeneidad, lo que implica una menor diversidad de género.

Cuando observamos el horizonte de los cinco años comprobamos que existe una tendencia al alza. El número de mujeres casi se duplica, ya que se pasa de 55 mujeres a 105, aunque en términos porcentuales no se alcanza el 8% de asientos en los consejos ocupados por mujeres. El incremento del número de mujeres se ha producido a partir del año 2006 coincidiendo con la elaboración del Código Unificado de Buen Gobierno y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En ambas disposiciones se aboga por equilibrar la presencia de mujeres y hombres en los consejos de administración y por la integración del talento femenino en los consejos ya que la no integración supondría una irracionalidad económica. El Código de Buen Gobierno, en concreto, recomienda que se busquen consejeras «deliberadamente» y obliga, por un parte, a que los procedimientos no sean sesgados y, por otra, a explicar los motivos de la ausencia de mujeres en los consejos y porque no se ocupan las vacantes con consejeras.

Esta escasa presencia de mujeres llama mucho la atención, ya que la CNMV en su informe de Gobierno Corporativo de 2007, animaba a las empresas a impulsar la presencia de mujeres en los órganos de gobierno de las compañías. Y señala que alcanzar la diversidad de género en los consejos es, más allá de una cuestión de ética o de política, un objetivo de eficiencia.

La situación en la alta dirección de las empresas no es muy diferente que la de los consejos.

3.2. Situación global y evolución de los diferentes tipos de consejeras

Es interesante observar si la evolución positiva se produce en todos los tipos de consejeras o existe diferente evolución dependiendo del tipo de consejera de que se trate. Para ellos se han elaborado las **tablas 4, 5 y 6** que se recogen a continuación:

TABLA 4. *Situación de las consejeras ejecutivas.*

	2004	2005	2006	2007	2008
Total de empresas	109	112	120	113	118
Sin mujeres	104	105	109	104	111
1 mujer	5	6	10	9	7
2 mujeres		1	1		
% sin mujeres	95,4%	93,8%	90,8%	92%	94,1%
% con mujeres	4,6%	6,2%	9,2%	8%	5,9%

Las consejeras ejecutivas son las que desempeñan funciones de alta dirección o están empleadas por la compañía. Como puede comprobarse en la **tabla 4** el número de consejeras ejecutivas apenas ha aumentado. Incluso podría decirse que en los años 2005 y 2006 ha experimentado un retroceso. Queda también patente a nivel de cifras absolutas, pues estamos hablando de que en un total de 260 consejeros y consejeras en 2008 sólo había 7 mujeres, o 12 sobre un total de 283 como se destaca en 2006, el año en que el porcentaje es mayor. El escaso número de mujeres consejeras ejecutivas está en relación con el escaso porcentaje de presencia de mujeres en la alta dirección empresarial, este escaso porcentaje reduce la posibilidad de que las mujeres sean elegidas como consejeras ejecutivas.

Sólo la empresa Renta Corporativa tiene más de una consejera ejecutiva. De la tabla se concluye que más del 90% de las empresas no cuentan con mujeres consejeras ejecutivas.

TABLA 5. *Situación de las consejeras dominicales.*

	2004	2005	2006	2007	2008
Total de empresas	110	115	120	118	116
Sin mujeres	85	87	83	81	77
1 mujer	19	22	30	28	31
2 mujeres	5	5	4	5	5
3 mujeres			1	1	1
4 mujeres	1		1	2	2
5 mujeres		1	1	1	
% sin mujeres	77,3%	75,7 %	69,2%	68,6%	66,4%
% con mujeres	22,7%	24,3%	30,8%	31,4%	33,6%

Las consejeras dominicales son las que están ligas a la propiedad de la empresa. La presencia de mujeres consejeras dominicales es mayor que en el caso de las consejeras ejecutivas, y ha experimentado un ligero ascenso en los últimos cinco años (del 6,1% al 8,38%). Destacamos a FCC que

es la única compañía que tiene cinco consejeras dominicales en su consejo de administración, durante 2005, 2006 y 2007. Las otras dos empresas con cuatro consejeras dominicales son Vocento y Cementos Portland (sin olvidar que las muestras superan las 100 observaciones). Es interesante destacar que estas consejeras pertenecen a una misma familia, lo que nos induce a pensar que el carácter familiar de las empresas tiene relación con las consejeras dominicales.

TABLA 6. *Situación de las consejeras independientes.*

	2004	2005	2006	2007	2008
Total de empresas	99	106	116	113	112
Sin mujeres	86	90	92	90	78
1 mujer	12	15	23	21	26
2 mujeres	1	1		2	7
3 mujeres			1		1
% sin mujeres	86,9%	84,9%	79,3%	79,6%	69,6%
% con mujeres	13,1%	15,1%	20,7%	20,4%	30,4%

Las consejeras independientes son las que no están relacionadas con ningún negocio u otra actividad que pueda interferir sustancialmente en su capacidad para actuar en interés de la sociedad o para su criterio independiente. A la vista de la **tabla 6** comprobamos cómo el incremento mayor, en presencia de mujeres, se da en esta categoría de consejeras que pasa de un 3,38% al 9,95%. Esta evolución refleja que el mayor número de mujeres que se incorporan a los consejos lo hacen por su perfil profesional y no por su vinculación a la empresa. De cualquier forma, la mayor parte de consejeras independientes son testimoniales, ya que la mayor parte de los consejos cuenta con una sola consejera. Sólo dos empresas, Vocento e Indra, en diferentes años tienen un máximo de tres consejeras independientes en sus consejos de administración, mientras que alrededor de 90 empresas no tienen ninguna representación en esta categoría. Con este dato se destaca, una vez más, la escasa presencia de mujeres en los consejos de administración.

3.3. Situación global y evolución de las mujeres en las diferentes comisiones delegadas

Hemos creído conveniente, para poder conocer la situación total de las mujeres en los consejos de administración, introducir la situación de las mismas en las diferentes comisiones delegadas del consejo, como hemos señalado anteriormente hemos incluido las tres que se repiten en mayor número de empresas. Es necesario destacar que únicamente el comité de auditoría es obligatorio por el momento, siendo éste el motivo por el que el mismo tenga el mayor número de compañías. Igualmente hay que tener en cuenta que en las comisiones el número de miembros oscila entre 1 y 12 miembros con una media de aproximadamente seis personas para la comisión ejecutiva, cuatro en el comité de auditoría y en la comisión de nombramientos. Los resultados aparecen recogidos en las **tablas 7, 8 y 9**.

La primera visión de las tablas nos hace comprobar cómo el resultado es bastante similar a la situación de los diferentes tipos de consejeras, y también se observa un ligero incremento a lo largo de los años.

TABLA 7. *Mujeres en la comisión ejecutiva.*

	2004	2005	2006	2007	2008
Total de empresas	53	53	58	54	60
Sin mujeres	43	41	42	39	42
1 mujer	9	11	15	11	14
2 mujeres	1	1	1	4	4
% sin mujeres	81,1%	77,4%	72,4%	72,2%	70%
% con mujeres	18,9%	22,6%	27,6%	27,8%	30%

La comisión ejecutiva es donde la presencia de mujeres se hace más escasa, pasando del 3,37% de 2004 al 6,32% de 2008. El comité con más miembros de media es a su vez el que arroja un porcentaje inferior de presencia femenina. La mayoría de las empresas no cuenta con mujeres en esta comisión y cuando tienen hay solo una. El número máximo de mujeres en la Comisión Ejecutiva es de dos en un total de cuatro empresas, que son Cementos Portland (2007 y 2008), FCC (2008), Vocento (2007), Indra (2007 y 2008) y Prosegur (2004 al 2008).

TABLA 8. *Mujeres en el comité de auditoría.*

	2004	2005	2006	2007	2008
Total de empresas	115	120	129	122	122
Sin mujeres	98	101	105	91	83
1 mujer	17	18	23	30	33
2 mujeres		1	1	1	5
4 mujeres					1
% sin mujeres	85,2%	84,2%	81,4%	74,6%	68%
% con mujeres	14,8%	15,8%	16,6%	25,4%	32%

El comité de auditoría es el que consigue mayor representación femenina con un 10,54%, aunque comienza con cifras inferiores que la comisión de nombramientos en 2004. Lo normal es que no haya mujeres en este comité y en el caso de haya, hay una sola. Sólo Abertis en 2008 cuenta con cuatro mujeres en su comité de auditoría, ninguna empresa tuvo tres mujeres en el citado comité en los últimos cinco años. Con dos miembros destaca el Banco de Valencia (2007 y 2008), Cementos Portland (2008), Indra (2008), REE (2008), Banco Etchevarria (2005 y 2006) y Service Point Solutions (2008).

TABLA 9. *Mujeres en la comisión de nombramientos.*

	2004	2005	2006	2007	2008
Total de empresas	78	86	101	107	109
Sin mujeres	62	71	82	90	80
1 mujer	16	14	17	15	24
2 mujeres		1	2	2	2
3 mujeres					3
% sin mujeres	79,5%	82,6%	81,2%	84,1%	73,4%
% con mujeres	20,5%	17,4%	18,8%	15,9%	26,6%

Igual que ocurre en las otras comisiones, lo normal es la no existencia de mujeres en la misma y en el caso de que haya, hay una sola. FCC (2008), junto con Acciona y Sotogrande, son las compañías que más mujeres tienen en sus comités de nombramientos y retribuciones. Este comité redujo su porcentaje hasta 2007 con menor proporción de empresas con representantes femeninas, salvo en 2008 que ha mejorado la diversidad pero aún sigue siendo una presencia escasa.

3.4. Situación global y evolución de las mujeres en la alta dirección empresarial

TABLA 10. *Mujeres en la alta dirección.*

	2004	2005	2006	2007	2008
Total de empresas	89	96	111	109	112
Sin mujeres	63	66	76	62	56
1 mujer	17	18	24	33	30
2 mujeres	7	9	8	9	18
3 mujeres	2	1	1	2	4
4 mujeres				2	3
5 mujeres		1	1	1	1
6 mujeres		1			
9 mujeres			1		
% sin mujeres	70,8%	68,8%	68,5%	56,9%	50%
% con mujeres	29,2%	31,2%	31,5%	43,1%	50%

En el caso de la cúpula directiva se puede observar cómo el número de mujeres ha aumentado de 37 a 95 a lo largo de estos últimos cinco años, lo que en términos relativos supone un aumento de el 100%, pero que no alcanza ni siquiera el 9% dentro del total de altos directivos y directivas. Si

bien al terminar 2008 la mitad de las empresas analizadas que ofrecían datos sobre la composición de su alta dirección tiene alguna mujer.

En la alta dirección de las empresas analizadas hay una media de entre 9 y 10 miembros, este dato tiene muy baja significación, debido a la alta dispersión de las observaciones, puesto que encontramos casos con un número bastante elevado de consejeros, como el caso de Acciona en 2006 con 53 altos directivos, a la vez que otras empresas como Aisa (2004), Cartera Hotelera (2008), Inmobiliaria Colonial (2006), Jazztel (2005), Montebalito (2006), Natraceutical (2007 y 2008), Tavex (2006) y Urbas (2004). Con un solo alto directivo en su cúpula, y todas coinciden en que en ningún caso es mujer.

En el lado opuesto, la empresa con mayor número de mujeres fue Renta Corporativa que tenía 9 directivas en 2006 en un total de 15 miembros de la alta dirección.

4. RESUMEN Y CONCLUSIONES

En este trabajo hemos tratado dar visibilidad a la situación de las mujeres en los consejos de administración en las empresas cotizadas españolas en los últimos cinco años. Los datos ponen de manifiesto la escasa presencia femenina en los puestos de toma de decisiones, aunque en los últimos años se haya casi duplicado el número de mujeres en los consejos. En el año 2008, 52 de las 123 empresas objeto de estudio no contaban con ninguna mujer en el consejo y 49 sólo tenían una representante femenina. Todo lo anterior implica que existen obstáculos que impiden la promoción de las mujeres a las cúpulas directivas de las empresas. Estos obstáculos, aunque en algún caso puedan deberse a las preferencias de las propias mujeres, son barreras de carácter «cultural» y normas no escritas que circulan dentro de las empresas y que son las que impiden el desarrollo de la carrera profesional de las mujeres dentro de las empresas.

Una buena noticia es la tendencia creciente que a lo largo del trabajo se ha puesto de manifiesto, a partir de 2007 con respecto a 2004, lo cual puede deberse a la aplicación del Código de Buen Gobierno, pues obliga a las grandes empresas a partir de 2007 a conseguir la diversidad recogida en su articulado y en concreto la diversidad de género, pues en caso contrario deberían explicar el motivo, así como los esfuerzos para mejorarla.

La solución al problema de la escasa presencia de mujeres en los puestos del consejo no radica únicamente en establecer un sistema de cuotas como establece la ley, sino en estrategias que fomenten un buen número de altas ejecutivas que puedan competir en igualdad de condiciones con el talento masculino, y que, por otra parte, las que ya existen logren alcanzar la cumbre empresarial sin encontrarse con el techo de cristal. Por ejemplo, en España, los criterios para acceder a un consejo exigen al menos 30 años en puestos directivos de responsabilidad y, por ahora, hay pocas mujeres que cumplan estos requisitos. Como consecuencia de ello, la edad media de los consejeros se sitúa en 57 años. En este sentido debería ampliarse el perfil de los consejeros y abrir el espectro de elección a universidad, despachos profesionales, firmas de auditoría, etc.

Otra cuestión relevante es promover una mayor transparencia y objetividad de las comisiones de nombramientos de forma que se promueva la diversidad y la igualdad de oportunidades, para ello es necesario impulsar la presencia de consejeras en esta comisión.

Bibliografía

- ADAMS, R.B. y FLYNN, P. [2005]: «Local knowledge advances women's access to corporate boards», *Corporate Governance: An International Review*, 13 (6), 836-846.
- BARBERÁ, E. [2000]: «Género y organización laboral: intervenciones y cambio», en J. FERNÁNDEZ (ed.) *La intervención en los ámbitos de la sexología y la generología*, Madrid, Pirámide.
- BILIMORIA, D. [2000]: «Building the business case for women corporate directors», en R. BURKE y M. MATTIS (ed.), *Women on Corporate Boards of Directors: International Challenges and Opportunities*. Amsterdam, Holanda, Kluwer Academic, 25-40.
- BURKE, R.J. [1997]: «Women on corporate boards of directors: a needed resources», *Journal of Business Ethics*, 16 (9), 909-915.
- CASTAÑO, C.; LAFFARGA, J.; IGLESIAS, C.; DE FUENTES, P.; MARTÍN, J.; LLORENTE, R.; CHARLO, M.J.; GINER, Y.; VÁZQUEZ, S.; NÚÑEZ, M. y MARTÍNEZ, J.L. [2009]: *Mujeres y poder empresarial en España*, Instituto de la Mujer, Serie Estudios, 108.
- CASTAÑO, C.; LAFFARGA, J. y DE FUENTES, P. [2009]: «Diversidad de género en puestos de responsabilidad. El caso de las empresas del Ibex-35», *Partida Doble*, 207, 92-100.
- CATALYST [2004]: *The Bottom line: Connecting corporate performance and gender diversity*, Catalyst, Nueva York, www.catalyst.org.
- CHINCHILLA, N. y LEÓN, C. [2004]: *Cómo reconciliar trabajo y familia. La ambición femenina*. Aguilar. Madrid.
- DAILY, C.M.; CERTO, S.T. y DALTON, D.R. [1999]: «A decade of corporate women: some progress in the boardroom, none in the executive suite», *Strategic Management Journal*, 20 (1), 93-99.
- FARRELL, K.A. y HERSCH, P.L. [2005]: «Additions to corporate boards: the effect of gender», *Journal of Corporate Finance*, 11 (1-2), 85-106.
- GÓMEZ, S. [2005]: «Diversidad de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas y cajas de ahorros españolas», *Papeles de la fundación* n.º 12 Fundación de Estudios Financieros.
- RAGINS, B.; TOWNSEND, B. y MATTIS, M. [1998]: «Gender gap in the executive suite: CEOs and female executives report on breaking the glass ceiling», *Academy of Management Executive*, 12 (1), 28-42.
- REDONDO, M. y JIMENO, F.J. [2005]: «Perfil económico-financiero de la empresa y perspectiva de género en el gobierno corporativo». XIV Congreso de AECA.
- SHERIDAN, A. y MILGATE, G. [2005]: «Accessing board positions: a comparison of female and male board members' views», *Corporate Governance: An International Review*, 13 (6), 847-855.
- SINGH, V. y VINNICOMBE, S. [2004]: «Why so few women directors in top UK boardrooms? Evidence and the initial explorations», *Corporate Governance: An International Review*, 12 (4), 479-488.
- ZELECHOSKI, D. y BILIMORIA, D. [2004]: «Characteristics of women and men corporate inside directors in the US», *Corporate Governance: An International Review*, 12 (3), 337-342.

ANEXOS

Anexo 1. Empresas de la muestra y años del Informe de Gobierno Corporativo disponibles

TABLA 11. *Relación de empresas y año del Informe de Gobierno Corporativo disponible.*

Nombre de la empresa	2004	2005	2006	2007	2008
ABENGOA	X	X	X	X	X
ABERTIS	X	X	X	X	X
ADOLFO DOMÍNGUEZ	X	X	X	X	X
ACCIONA	X	X	X	X	X
ACERINOX	X	X	X	X	X
ACS	X	X	X	X	X
AFIRMA			X	X	X
AGUAS DE BARCELONA	X	X	X	X	X
AISA	X	X	X	X	
ALMIRALL				X	
ALTADIS	X	X	X		
AMPER	X	X	X	X	X
AZKOYEN	X	X	X	X	X
ANTENA 3	X	X	X	X	X
ASROC MEDITERRÁNEO			X	X	
AVANZIT	X	X	X	X	X
BABIERA			X		
BANCA MARCH	X	X	X	X	
BANCO ANDALUCÍA	X	X	X	X	X
BANCO ETCHEVERRIA	X	X	X	X	X
BANCO DE GALICIA	X	X	X	X	
BANCO GUIPUZCOANO	X	X	X	X	X
BANCO PASTOR	X	X	X		X
BANCO POPULAR	X	X	X	X	X
BANCO SABADELL	X	X	X	X	X
BANCO DE VALENCIA	X	X	X	X	X

.../...

Nombre de la empresa	2004	2005	2006	2007	2008
.../...					
BANESTO	X	X	X	X	X
BANKINTER	X	X	X	X	X
BARON DE LEY	X	X	X	X	X
BBVA	X	X	X	X	X
BEFESA	X	X	X	X	X
BME			X	X	X
BODEGAS RIOJANAS	X	X	X	X	X
CAF	X	X	X	X	X
CAMPOFRÍO	X	X	X	X	X
CARTERA HOTELERA	X	X	X	X	X
CEMENTOS MOLINS	X	X	X	X	X
CEMENTOS PORTLAND	X	X	X	X	X
CEPSA	X	X	X	X	X
DISTRIBUCIÓN LOGÍSTICA	X	X	X	X	
CIE AUTOMOTIVE	X	X	X	X	X
CINTRA	X	X	X	X	X
CÍRCULO VALORES MOBILIARIOS	X	X	X	X	
CLEOP	X	X	X	X	
CODERE				X	X
CORP. FINANCIERA ALBA	X	X	X	X	X
CORP. DERMOESTÉTICA		X	X	X	X
CRITERIA				X	X
CUNE	X	X	X	X	X
DINAMIA	X	X	X	X	X
DOGI INTERNACIONAL	X	X	X	X	X
DURO FELGUERA	X	X	X	X	X
EBRO PULEVA	X	X	X	X	X
ERCROS	X	X	X	X	X
ENAGAS	X	X	X	X	X
ENDESA	X	X	X	X	X
ELECNOR	X	X	X	X	X
ESPÑ. VIVIENDAS ALQUILER	X	X	X	X	X
.../...					

Nombre de la empresa	2004	2005	2006	2007	2008
.../...					
ESPAÑOLA CINC	X	X	X	X	X
EUROPAC	X	X	X	X	X
EUROPISTAS	X	X	X		
EXIDE	X	X	X	X	X
FAES FARMA	X	X	X	X	X
FCC	X	X	X	X	X
FEDERICO PATERNINA	X	X	X	X	X
FERROVIAL	X	X	X	X	X
FERSA	X	X	X	X	X
FLUIDRA				X	
FUNESPAÑA	X	X	X	X	X
GAMESA	X	X	X	X	X
GAS NATURAL	X	X	X	X	X
GEN. ALQUILER MAQ. (GAM)			X	X	X
GRIFOLS			X	X	X
GRUPO CATALANA OCC.	X	X	X	X	X
GRUPO EMPRESARIAL ENCE	X	X	X	X	X
IBERIA	X	X	X	X	X
IBERPAPEL	X	X	X	X	X
INBESOS	X	X	X	X	
INDITEX	X	X	X	X	X
INDO	X	X	X	X	X
INDRA	X	X	X	X	X
INM. COLONIAL	X	X	X	X	X
INM. DEL SUR	X	X	X	X	X
INYPSA	X	X	X	X	X
JAZZTEL	X	X	X	X	X
LA SEDA DE BARCELONA	X	X	X	X	X
LINGOTES ESPECIALES	X	X	X	X	X
MAPFRE		X	X		X
MARTINSA				X	
.../...					

Nombre de la empresa	2004	2005	2006	2007	2008
.../...					
MECALUX	X	X	X	X	X
METROVACESA	X	X	X	X	X
MIQUEL Y COSTAS	X	X	X	X	X
MONTEBALITO	X	X	X	X	X
NATRA	X	X	X	X	X
NATRACEUTICAL	X	X	X	X	X
N.H.	X	X	X	X	X
NICOLÁS CORREA	X	X	X	X	X
O.H.L.	X	X	X	X	X
PARQUESOL			X	X	X
PESCANOVA	X	X	X	X	X
PRIM	X	X	X	X	X
PRISA		X	X	X	X
PROSEGUR	X	X	X	X	X
PULEVA	X	X	X	X	X
REALIA				X	X
REE	X	X	X	X	X
RENTA 4				X	X
RENTA CORPORACIÓN		X	X	X	X
REPSOL	X	X	X	X	X
REYAL URBIS				X	X
ROVI				X	X
RÚSTICAS	X	X	X	X	X
SACYR	X	X	X	X	X
SCH	X	X	X	X	X
SERVICE POINT SOLUTIONS	X	X	X	X	X
SNIACE	X	X	X	X	X
SOLARIA				X	
SOL MELIÁ	X	X	X	X	X
SOS CUÉTARA	X	X	X	X	X
SOTOGRADE	X	X	X	X	X
.../...					

Nombre de la empresa	2004	2005	2006	2007	2008
.../...					
TAVEX ALGODONERA	X	X	X	X	X
TÉCNICAS REUNIDAS			X	X	X
TECNOCOM	X	X	X	X	X
TELECINCO	X	X	X	X	X
TELEFÓNICA	X	X	X	X	X
TESTA	X	X	X	X	
TUBACEX	X	X	X	X	X
TUBOS	X	X	X	X	X
UNIPAPEL	X	X	X	X	X
UNIÓN FENOSA	X	X	X	X	X
URBAS	X	X	X	X	X
URBAR	X	X	X	X	X
URALITA	X	X	X	X	X
VIDRALA	X	X	X	X	X
VISCOFAN	X	X	X	X	X
VOCENTO			X	X	X
VUELING			X	X	X
ZARDOYA	X	X	X	X	X
ZELTIA	X	X	X	X	X

TABLA 12. Estadística descriptiva año 2004.

2004	N	Mín.	Máx.	Suma	Media	Desv. típ.
Número de consejeros/as	116	3	21	1.241	10,7	3,966
Mujeres consejeras	116	0	4	55	0,47	0,796
Total de consejeros ejecutivos	109	1	5	249	2,28	1,163
Consejeras ejecutivas	109	0	1	5	0,05	0,21
Total de consejeros dominicales	110	1	15	541	4,92	3,077
Consejeras dominicales	110	0	4	33	0,3	0,643
Total de consejeros independientes	99	1	15	414	4,18	2,593
Consejeras independientes	99	0	2	14	0,14	0,378
Miembros comité ejecutivo	53	2	11	326	6,15	2,239
.../...						

2004	N	Mín.	Máx.	Suma	Media	Desv. típ.
.../...						
Mujeres en comité ejecutivo	53	0	2	11	0,21	0,454
Miembros comité auditoría	115	2	7	437	3,8	0,966
Mujeres en comité auditoría	115	0	1	17	0,15	0,356
Comité de nombramientos	78	3	6	312	4	0,993
Mujeres en el comité de nombramientos	78	0	1	16	0,21	0,406
Alta dirección	89	1	42	826	9,28	6,666
Mujeres en la alta dirección	89	0	3	37	0,42	0,736

TABLA 13. Estadística descriptiva año 2005.

2005	N	Mín.	Máx.	Suma	Media	Desv. típ.
Número de consejeros/as	120	3	20	1.291	10,8	3,964
Mujeres consejeras	120	0	5	67	0,56	0,887
Total de consejeros ejecutivos	112	1	7	261	2,33	1,196
Consejeras ejecutivas	112	0	2	8	0,07	0,291
Total de consejeros dominicales	115	1	15	562	4,89	3,134
Consejeras dominicales	115	0	5	37	0,32	0,695
Total de consejeros independientes	106	1	14	431	4,07	2,546
Consejeras independientes	106	0	2	17	0,16	0,394
Miembros comité ejecutivo	53	1	11	327	6,17	2,268
Mujeres en comité ejecutivo	53	0	2	13	0,25	0,477
Miembros comité auditoría	120	2	8	451	3,76	1,069
Mujeres en comité auditoría	120	0	2	20	0,17	0,396
Comité de nombramientos	86	2	7	341	3,97	1,057
Mujeres en el comité de nombramientos	86	0	2	16	0,19	0,42
Alta dirección	96	1	48	885	9,22	7,217
Mujeres en la alta dirección	96	0	6	50	0,52	1,015

TABLA 14. Estadística descriptiva año 2006.

2006	N	Mín.	Máx.	Suma	Media	Desv. típ.
Número de consejeros/as	129	3	22	1.406	10,9	3,814
Mujeres consejeras	129	0	5	95	0,74	0,948
.../...						

2006	N	Mín.	Máx.	Suma	Media	Desv. típ.
.../...						
Total de consejeros ejecutivos	120	1	8	283	2,36	1,314
Consejeras ejecutivas	120	0	2	12	0,1	0,328
Total de consejeros dominicales	120	1	16	610	5,08	3,053
Consejeras dominicales	120	0	5	50	0,42	0,795
Total de consejeros independientes	116	1	13	459	3,96	2,263
Consejeras independientes	116	0	3	26	0,22	0,477
Miembros comité ejecutivo	58	3	12	364	6,28	2,167
Mujeres en comité ejecutivo	58	0	2	17	0,29	0,496
Miembros comité auditoría	129	1	8	482	3,74	1,042
Mujeres en comité auditoría	129	0	2	25	0,19	0,416
Comité de nombramientos	101	1	8	391	3,87	1,101
Mujeres en el comité de nombramientos	101	0	2	21	0,21	0,454
Alta dirección	111	1	53	1.042	9,39	8,294
Mujeres en la alta dirección	111	0	9	57	0,51	1,135

TABLA 15. Estadística descriptiva año 2007.

2007	N	Mín.	Máx.	Suma	Media	Desv. típ.
Número de consejeros/as	124	3	22	1.328	10,7	3,938
Mujeres consejeras	124	0	5	91	0,73	1,021
Total de consejeros ejecutivos	113	1	6	249	2,2	1,119
Consejeras ejecutivas	113	0	1	9	0,08	0,272
Total de consejeros dominicales	118	1	17	614	5,2	3,262
Consejeras dominicales	118	0	5	54	0,46	0,874
Total de consejeros independientes	113	1	11	408	3,61	2,085
Consejeras independientes	113	0	2	25	0,22	0,458
Miembros comité ejecutivo	54	2	12	316	5,85	2,302
Mujeres en comité ejecutivo	54	0	2	19	0,35	0,619
Miembros comité auditoría	122	2	8	435	3,57	0,909
Mujeres en comité auditoría	122	0	2	32	0,26	0,46
Comité de nombramientos	107	2	7	387	3,62	0,928
.../...						

2007	N	Mín.	Máx.	Suma	Media	Desv. típ.
.../...						
Mujeres en el comité de nombramientos	107	0	2	19	0,18	0,43
Alta dirección	109	1	40	977	8,96	6,415
Mujeres en la alta dirección	109	0	5	70	0,64	0,958

TABLA 16. *Estadística descriptiva año 2008.*

2008	N	Mín.	Máx.	Suma	Media	Desv. típ.
Número de consejeros/as	123	3	24	1.394	11,3	3,806
Mujeres consejeras	123	0	4	105	0,85	0,972
Total de consejeros ejecutivos	118	1	8	260	2,2	1,278
Consejeras ejecutivas	118	0	1	7	0,06	0,237
Total de consejeros dominicales	116	1	14	622	5,36	3,008
Consejeras dominicales	116	0	4	52	0,45	0,773
Total de consejeros independientes	112	1	11	432	3,86	2,044
Consejeras independientes	112	0	3	43	0,38	0,647
Miembros comité ejecutivo	60	3	12	348	5,8	2,015
Mujeres en comité ejecutivo	60	0	2	22	0,37	0,61
Miembros comité auditoría	122	2	8	446	3,66	0,986
Mujeres en comité auditoría	122	0	4	47	0,39	0,649
Comité de nombramientos	107	2	10	401	3,75	1,108
Mujeres en el comité de nombramientos	109	0	3	37	0,34	0,656
Alta dirección	113	1	50	1.099	9,73	7,505
Mujeres en la alta dirección	112	0	5	95	0,85	1,084

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

ÁNGEL MONTES CARRILLO

Profesor del CEF

BOICAC núm. 77, marzo 2009. Consulta 4. Instrumentos financieros. NRV 9.^a Deterioro de valor de acciones.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable del deterioro de valor de unas acciones incluidas en la categoría de activos financieros disponibles para la venta.

Respuesta:

1. La primera cuestión que se plantea es cómo opera la presunción de deterioro de valor de las acciones, a efectos de lo previsto en la norma de registro y valoración 9.^a Instrumentos financieros, apartado 2.6.3, del Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC). En particular, si los requisitos del 40% y del año y medio de descenso en la cotización deben cumplirse de forma conjunta o, por el contrario, el cumplimiento de uno solo de los dos requisitos es indicio suficiente de deterioro.

Según lo previsto en la norma, la falta de recuperabilidad de valor del activo puede venir evidenciada por un descenso prolongado o significativo de su valor razonable, sin perjuicio de que pudiera ser necesario reconocer una pérdida por deterioro antes de que haya transcurrido dicho plazo o descendido la cotización en el mencionado porcentaje, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que existe indicio de deterioro cuando el descenso se produce de forma prolongada durante un año y medio o de forma significativa si la cotización de la acción cae en un 40%.

En consecuencia, el descenso en la cotización en un 40% constituye por sí solo indicio de deterioro. Del mismo modo, la caída durante un año y medio en un porcentaje inferior al 40% también constituirá indicio de deterioro.

En ambos casos, al menos al cierre del ejercicio, deberá analizarse si se han cumplido o no estas circunstancias.

Sin embargo, en aquellos supuestos en que se produce una disminución del valor razonable de la acción con una posterior recuperación del mismo por encima del precio de cotización de referencia, el año y medio empezará a computar a partir de la fecha en que, después de dicha recuperación, el valor razonable empiece a disminuir de nuevo de forma prolongada, salvo que la recuperación del valor razonable hubiera sido un hecho aislado y poco significativo, en cuyo caso el año y medio se computará desde la primera disminución. Este mismo criterio será aplicable para apreciar si se ha producido un descenso en el valor razonable del 40%.

2. La segunda cuestión suscitada es qué precio de cotización debe tomarse como referente para computar los citados parámetros.

El umbral del deterioro identificado por una caída del 40% en el valor razonable de las acciones o de un año y medio en la cotización debe calcularse a partir de su valoración inicial, o valor medio ponderado por grupos homogéneos, en el supuesto de que se hayan producido varias adquisiciones.

3. Importe por el que debe registrarse la corrección valorativa por deterioro.

El importe por el que se deberá registrar la corrección valorativa por deterioro será la diferencia entre el coste de las acciones, es decir, su precio de adquisición, y su valor razonable, salvo que previamente se hubiera contabilizado una pérdida por deterioro, en cuyo caso se tomará como referencia el coste menos cualquier corrección valorativa por deterioro previamente reconocida en la cuenta de pérdidas y ganancias.

En particular, cuando el deterioro se ponga de manifiesto por un descenso prolongado en el valor razonable de la acción, el deterioro se calculará por diferencia entre el coste, o el coste menos cualquier corrección valorativa previamente reconocida, y el valor razonable en la fecha en que se cumpla el plazo de un año y medio.

Sin perjuicio, tal y como se ha señalado más arriba, de que pudiera ser necesario reconocer una pérdida por deterioro en cualquier momento anterior en el que la empresa tenga evidencia de la falta de recuperabilidad del valor de las acciones debido a otras circunstancias.

EJEMPLO:

La sociedad «AMC», que tributa por el régimen general del Impuesto sobre Sociedades, adquiere en bolsa el 01-04-20X8 1.000 acciones de la sociedad «CBL» a un precio de 9,8 euros/acción y unos gastos de la operación de 200 euros. La sociedad «AMC» califica la inversión como disponible para la venta.

A 31-12-20X8 las acciones «CBL» cotizan a 7 euros/acción y a 31-12-20X9 a 5 euros/acción.

.../...

.../...

Se pide:

1. Contabilizar lo que proceda en el momento de la adquisición.
2. Contabilizar lo que proceda el 31-12-20X8.
3. Contabilizar lo que proceda el 31-12-20X9.
4. Contabilizar lo que proceda el 31-12-20X10 si en esa fecha las acciones cotizan a 8 euros/acción.

Solución:

Los activos financieros disponibles para la venta se regulan en el apartado 2.6 de la norma de registro y valoración 9.^a del PGC, no contemplándose esta categoría en el plan de PYMES. En esta categoría, que tiene carácter residual, se integrarán las acciones que no formen parte de la cartera de negociación, ni sean inversiones en empresas del grupo, multigrupo o asociadas.

Las acciones integradas en esta categoría se valorarán tanto inicial como posteriormente por su valor razonable, registrándose los ajustes de valoración directamente en el patrimonio neto.

Por lo que se refiere al deterioro, que es objeto de análisis en la consulta que nos ocupa, se tienen que dar las siguientes condiciones:

1. Valor razonable inferior al coste de adquisición.
2. Evidencia objetiva de falta de recuperabilidad del valor en libros del activo, evidenciada, por ejemplo, por un descenso prolongado o significativo en su valor razonable.

Si no se cumplen ambas condiciones, el ajuste se realizará directamente en patrimonio neto y no se registrará ningún deterioro.

A continuación, el PGC establece dos condiciones que pueden hacer presumir el cumplimiento de la segunda condición:

- Caída de un año y medio.
- Caída de un 40% en su cotización.

En relación con el deterioro, la consulta del ICAC dispone:

- a) Basta el cumplimiento de una de las dos condiciones anteriores para que se pueda presumir la existencia de deterioro.
- b) Si hay recuperaciones de valor significativas, el cumplimiento del plazo o el descenso en la cotización se computarán desde la recuperación.

.../...

.../...

- c) El umbral del deterioro identificado por una caída del 40% en el valor razonable de las acciones o de un año y medio en la cotización debe calcularse a partir de su valoración inicial.
- d) El importe por el que se deberá registrar la corrección valorativa por deterioro será la diferencia entre el coste de las acciones, es decir, su precio de adquisición menos correcciones valorativas por deterioro previamente registradas, y su valor razonable.

1. Contabilizar lo que proceda en el momento de la adquisición.

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	10.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		10.000

2. Contabilizar lo que proceda el 31-12-20X8.

El 31-12-20X8 dado que no se cumple ninguna de las dos condiciones que establece el PGC y la Consulta 4 del BOICAC 77 (descenso prolongado de su cotización durante un año y medio y caída de un 40%) imputamos el ajuste de valoración a patrimonio neto.

Valor contable	10.000
Valor razonable	7.000
Ajuste	3.000

- Por el ajuste a valor razonable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta	3.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		3.000

- Por la regularización del gasto imputado a patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	3.000	
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta		3.000

.../...

.../...

- Efecto impositivo.

Dado que el ajuste de valoración se ha imputado directamente a cuentas de patrimonio neto y no tiene incidencia fiscal en tanto que no se impute a resultados, surge una diferencia temporalmente deducible (valor contable de las acciones: 7.000, valor fiscal de las acciones: 10.000) que revertirá cuando se recupere el valor, se enajenen las acciones o se registre una pérdida por deterioro.

Por el registro del efecto impositivo realizaremos la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles (3.000 × 30%)	900	
8301	Impuesto diferido		900

Por la regularización de la cuenta de patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	900	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		900

3. Contabilizar lo que proceda el 31-12-20X9.

En el año 20X9 tenemos:

1. Descenso superior a un 40% respecto a la cotización de las acciones en el momento de la adquisición.
2. Transcurso de un periodo de tiempo superior a 1,5 años.

Por consiguiente, procede registrar una corrección valorativa por deterioro por la diferencia entre su coste, 10.000, y su valor razonable en dicho momento, 5.000.

La pérdida por deterioro se registrará en una cuenta de gastos de pérdidas y ganancias con abono a las pérdidas imputadas previamente en patrimonio neto y a la cuenta representativa de las acciones por la diferencia.

En el caso que nos ocupa tenemos:

Corrección valorativa por deterioro	5.000
Pérdidas imputadas en patrimonio neto	3.000
Minoración del valor de las acciones	2.000

.../...

.../...

Por consiguiente, realizaremos la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
696	Pérdidas por deterioro de participaciones y valores representativos de deuda a largo plazo	5.000	
902	Transferencia de pérdidas de activos financieros disponibles para la venta		3.000
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		2.000

- Por la regularización de la cuenta del grupo 8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
902	Transferencia de pérdidas de activos financieros disponibles para la venta	3.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		3.000

- Efecto impositivo:

Dado que la pérdida por deterioro, si se trata de acciones que cotizan, tiene la consideración de fiscalmente deducible, y la valoración contable y fiscal de las acciones coincide, revierte la diferencia temporaria deducible surgida el año anterior.

Por la reversión de la diferencia temporaria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	900	
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles		900

Por la regularización de la cuenta del grupo 8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	900	
8301	Impuesto diferido		900

4. Contabilizar lo que proceda el 31-12-20X10 si en esa fecha las acciones cotizan a 8 euros/acción.

El apartado 2.6.3. de la norma 9.^a dispone que en el caso de que se incrementase el valor razonable correspondiente a un instrumento de patrimonio, la corrección valorativa reconocida en ejercicios anteriores no revertirá con abono a la cuenta de pérdidas y ganancias y se registrará el incremento de valor razonable directamente contra el patrimonio neto.

.../...

.../...

Por consiguiente, procede realizar las siguientes anotaciones:

- Por la recuperación de valor:

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumen- tos de patrimonio	3.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		3.000

- Por la regularización del ingreso de patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	3.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros dispo- nibles para la venta		3.000

- Efecto impositivo:

La reversión del deterioro con independencia de la cuenta en la que se registre se integrará en la base imponible (art. 19.6 LIS).

Por lo que se refiere al registro contable hay que indicar que en 20X10 dado que el ingreso contable se registra en el patrimonio neto, habrá que registrar la cuota líquida derivada del mismo ($3.000 \times 30\% = 900$) en la cuenta Impuesto corriente (8300).

Por la cuota líquida derivada del ingreso en patrimonio neto que se integra en la base imponible:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8300	Impuesto corriente	900	
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		900

Por la regularización de la cuenta del grupo 8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros dispo- nibles para la venta	900	
8300	Impuesto corriente		900

Por la reversión del deterioro previamente registrado no surge una diferencia temporal dada que el valor contable y fiscal de las acciones coincide (valor contable: 8.000, valor fiscal: 8.000).

MIGUEL ÁNGEL GÁLVEZ LINARES

Profesor del CEF

BOICAC núm. 80, diciembre 2009. Consulta 1. Marco conceptual. Concesiones administrativas. Activos objeto de reposición.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de los activos que deben revertir a la Administración Pública que ha otorgado una concesión administrativa, cuya reposición se va a realizar en los últimos años de la concesión, y cuyo plazo residual de uso desde dicho momento es muy inferior a su vida económica.

Respuesta:

A raíz de la entrada en vigor del Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, la «inversión» que realiza una empresa en un proyecto concesional debe seguir luciendo de acuerdo con su naturaleza que, con carácter general, será la de inmovilizado material.

El tratamiento contable del fondo de reversión ha sido objeto de interpretación por parte de este Instituto en la consulta n.º 2 publicada en su Boletín (BOICAC) n.º 74, de junio de 2008, cuya correcta aplicación exige que la empresa realice un análisis de los «componentes» del citado fondo en la fecha de transición.

Para los activos cuya reposición se va a realizar en los últimos años de la concesión, y cuyo plazo residual de uso desde dicho momento es muy inferior a su vida económica, el resultado de este análisis lleva a calificar el fondo de reversión dotado en su día por dicho concepto como una provisión.

La cuestión que ahora se plantea es qué criterio debe seguirse conforme al nuevo Plan para reconocer este pasivo.

Considerando la especial naturaleza económica del negocio concesional, salvo un comportamiento antieconómico, una empresa «invertirá» en un proyecto siempre que mediante la utilización de estas «inversiones» obtenga ingresos suficientes para su recuperación, por lo que habrá que analizar si esto se produce en cada caso, de forma que puedan identificarse al inicio de la concesión los

activos y pasivos que el PGC exige reconocer, así como el plazo de amortización de los citados activos, en principio, equivalente al plazo de vida útil que económicamente corresponda.

Desde una perspectiva económica racional, y en sintonía con el criterio recogido en el apartado 6.º 10 del Marco Conceptual de la Contabilidad (MCC), debería concluirse que el coste que correspondería recuperar en el plazo que transcurre entre la fecha de reversión y el término de la vida económica, ha sido objeto de recuperación a lo largo del periodo concesional, circunstancia que pone de manifiesto al inicio un coste del proyecto concesional similar a los costes de desmantelamiento o retiro, cuyo tratamiento contable debe traerse a colación por analogía para resolver la cuestión planteada.

En definitiva, si a la vista del análisis del proyecto concesional en su conjunto existe evidencia en el momento inicial de que se van a generar ingresos que garanticen la recuperación de toda la inversión, las inversiones que por el momento en que se lleven a cabo tengan una vida económica superior a su vida útil (periodo concesional restante en cada caso) motivarán el reconocimiento de un activo intangible y de una provisión por el mismo importe, el valor actual de la obligación asumida, equivalente al valor en libros que teóricamente luciría al término de la concesión en el supuesto de que el activo no tuviese que ser entregado a la Administración concedente, es decir, considerando su vida económica y no el plazo concesional.

De acuerdo con lo anterior, el desembolso que se realiza como consecuencia de la última renovación tendrá dos componentes. En primer lugar, la contrapartida de la cancelación del coste de «retiro» pagado por anticipado en la fecha de la reposición, que trae causa de la obligación que asume la empresa de entregar los activos afectos a la concesión en el estado de uso acordado con la Administración concedente; y, en segundo lugar, la inversión en un inmovilizado material que desde una perspectiva económica racional realizaría cualquier empresa considerando el plazo de aprovechamiento económico que media entre el momento de la renovación y la fecha de reversión.

Sin embargo, si la renovación de los activos afectos a la concesión origina una revisión de las condiciones del acuerdo, por ejemplo a través de una ampliación del plazo concesional o cuando por otro medio el concesionario pueda recuperar el importe total de su inversión con la generación de ingresos suficientes desde la fecha de renovación, el planteamiento expuesto decae, sin que proceda en este caso el registro de la mencionada provisión.

Adicionalmente, se formula consulta sobre los criterios que deben aplicarse en la amortización de estos activos, cuya reposición se va a realizar en los últimos años de la concesión, y cuyo plazo residual de uso desde dicho momento es muy inferior a su vida económica.

El tratamiento contable de la amortización de los activos revertibles, sean o no objeto de reposición, está recogido en el apartado 6 del MCC incluido en la primera parte del PGC y concretado en la consulta n.º 2 del BOICAC n.º 74, a cuya respuesta nos remitimos.

No obstante, con el ánimo de aclarar, a continuación se recogen los criterios generales que deben aplicarse para contabilizar los activos cuya reposición se va a realizar en los últimos años de la concesión.

- a) El activo intangible que surge como contrapartida de la obligación que asume la empresa (coste asimilable a los de desmantelamiento o retiro) deberá ser objeto de amortización en el plazo de vida útil que económicamente corresponda y, en su caso, de corrección valorativa por deterioro.

Por tanto, sobre la base de los argumentos expuestos, la vida útil de este activo será el plazo concesional, y el criterio de depreciación será lineal, salvo que el patrón de uso del inmovilizado intangible pueda estimarse con fiabilidad por referencia a la «demanda o utilización» del servicio público medida en unidades físicas, en cuyo caso este método podría aceptarse como criterio de amortización siempre que sea el patrón más representativo de la utilidad económica del citado activo.

- b) La provisión que surge como contrapartida del activo intangible deberá actualizarse cada año hasta la fecha de su efectiva cancelación, circunstancia que originará el reconocimiento de un gasto financiero.
- c) La diferencia entre el desembolso efectuado en la última renovación y la citada provisión (valor en libros del activo en la fecha de reversión considerando su vida económica) se contabilizará aplicando los criterios recogidos en el PGC para el inmovilizado material. En consecuencia, deberá amortizarse tomando como plazo de vida útil el periodo que reste hasta que finalice la concesión.
- d) Los cambios en las estimaciones sobre el valor del activo y la provisión se tratarán de acuerdo con los criterios recogidos en el PGC para los costes de desmantelamiento, retiro o rehabilitación.

En cualquier caso, conviene precisar que la depreciación es una cuestión técnica, por lo que ésta, así como los parámetros necesarios para su cuantificación, deberá justificarse bajo dicho planteamiento, sin que se consideren admisibles los criterios fiscales, financieros o de reparto de resultados que pudieran afectar.

EJEMPLO:

La sociedad «X» ha obtenido a principios del año 2010 una concesión administrativa por un periodo de 10 años, por la que ha pagado 100.000 euros.

Para realizar la explotación del servicio adquiere un conjunto de máquinas por 200.000 euros que tienen una vida útil de ocho años por lo que habrán de ser renovadas a comienzos del año 2018 y revertirán a la administración al final del periodo concesional.

La sociedad estima que el coste de renovación de las máquinas ascenderá a 250.000 euros y considera adecuado un tipo de interés del 3%.

.../...

.../...

Se pide:

Contabilizar las operaciones de los años 2010 y 2018.

Solución:

Año 2010.

Por el pago de la concesión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
202	Concesiones administrativas	100.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

Por la adquisición de la maquinaria inicial:

Código	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	200.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	32.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		232.000

La sociedad deberá renovar la maquinaria adquirida, siendo el plazo residual de uso (dos años) muy inferior a su vida económica (ocho años) por lo que no podrá recuperar su coste mediante su uso. No obstante, la sociedad «X» estará dispuesta a realizar esta inversión siempre que su importe se recupere por la generación de ingresos suficientes durante el periodo concesional. Esta circunstancia, de acuerdo con el criterio establecido en la consulta 1 del BOICAC 80, pone de manifiesto al inicio un coste del proyecto concesional similar a los costes de desmantelamiento o retiro, cuyo tratamiento contable debe traerse a colación por analogía para resolver la cuestión planteada.

Estas inversiones que por el momento en que se realizan tienen una vida económica superior a su vida útil motivarán el reconocimiento de un activo intangible y de una provisión por el mismo importe, el valor actual de la obligación asumida, equivalente al valor en libros que teóricamente luciría al término de la concesión en el supuesto de que el activo no tuviese que ser entregado a la Administración concedente, es decir, considerando su vida económica y no el plazo concesional.

El cálculo del importe de este activo y de la provisión se realizará de la siguiente forma:

Coste estimado de reposición	250.000
Amortización acumulada en función de la vida económica $(250.000/8 \times 2)$	(62.500)
Valor contable que tendría el activo si no se entregase a la Administración	187.500

.../...

.../...

El valor actual de este importe sería: $187.500/1,03^8 = 148.014,23$

Código	Cuenta	Debe	Haber
20X ¹	Inmovilizado intangible por activos revertibles	148.014,23	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado		148.014,23

Cierre de 2010

Por la amortización de la concesión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible (100.000/10)	10.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible		10.000

Por la amortización del activo intangible surgido como consecuencia de la obligación que asume la empresa. La vida útil de este activo será el periodo concesional (10 años) y el criterio de amortización lineal, salvo que el patrón de uso del inmovilizado intangible pueda estimarse con fiabilidad por referencia a la «demanda o utilización» del servicio público medida en unidades físicas, en cuyo caso este método podría aceptarse como criterio de amortización siempre que sea el patrón más representativo de la utilidad económica del citado activo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible (148.014,23/10)	14.801,42	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible		14.801,42

Por la amortización de la maquinaria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (200.000/8)	25.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		25.000

Por la actualización de la provisión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	4.440,43	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado		4.440,43

¹ Cuenta no desarrollada en el PGC, si bien se podría considerar como un coste de la concesión.

.../...

.../...

Año 2018

A principios del año 2018 la sociedad realizará la renovación de las máquinas. En ese momento los saldos de los activos y pasivos relacionados con la concesión serán:

Concesiones administrativas	100.000
Amortización acumulada ($100.000/10 \times 8$)	80.000
Inmovilizado intangible por activos revertibles	148.014,23
Amortización acumulada ($148.014,23/10 \times 8$)	118.411,38
Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado ($148.014,23 \times 1,03^8$)	187.500

En este instante la sociedad cumplirá la obligación asumida en el momento de obtención de la concesión por lo que el desembolso que se realiza en el momento de la renovación tiene dos componentes:

1. La cancelación del coste de «retiro» pagado por anticipado.
2. La inversión en un inmovilizado material que desde una perspectiva económica racional realizaría cualquier empresa considerando el plazo de aprovechamiento económico que media entre el momento de la renovación y la fecha de reversión, es decir, una maquinaria con vida de dos años.

Código	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	62.500	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado	187.500	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	40.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		290.000

Cierre de 2018

Por la amortización de la concesión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible ($100.000/10$)	10.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible		10.000

Por la amortización del activo intangible surgido como consecuencia de la obligación que asume la empresa:

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible (148.014,23/10)	14.801,42	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible		14.801,42

Por la amortización de la maquinaria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (62.500/2)	31.250	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		31.250

**SEGUNDO EJERCICIO DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS PARA EL
INGRESO EN EL CUERPO SUPERIOR DE INTERVENCIÓN
Y CONTABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN
DE LA SEGURIDAD SOCIAL (II)**

**SECOND EXAM OF THE SELECTIVE EXAMINATION FOR THE
ADMISSION TO THE SUPERIOR BODY OF INTERVENTION AND
ACCOUNTING OF THE SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION (II)**

JAVIER GONZÁLEZ SAINZA

Profesor del CEF

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso por el sistema de acceso libre y promoción interna en el Cuerpo Superior de Intervención y Contabilidad de la Administración de la Seguridad Social, convocada por Orden TAS/877/2008, de 24 de marzo (BOE de 1 de abril)].

Sumario

Caso 2. Contabilidad financiera y de sociedades. Completar balance de comprobación, contabilidad de operaciones pendientes y de cierre de ejercicio, regularización, cierre. Balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias.

Caso 3. Contabilidad de sociedades. Combinaciones de negocios, fusión por absorción.

El **caso 1** se publicó en *RCyT*. CEF, núm. 327, junio 2010.

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

CONTABILIDAD FINANCIERA Y DE SOCIEDADES

ENUNCIADO

La sociedad «LEONSA» presenta al 31-12-20XX las siguientes cuentas que forman parte de su balance de comprobación, antes de efectuar el asiento de la regularización contable:

Cuentas	Saldo	Saldo deudor	Saldo acreedor
Compras de mercaderías (100.000 unidades)	100.000		
Terrenos y bienes naturales	100.000		
Construcciones	400.000		
Intereses por descuento de efectos	3.000		
Reserva legal	50.000		
Exceso de provisiones	5.000		
Devoluciones de compras y operaciones similares	2.000		
Deudas por efectos descontados	40.000		
Ventas de mercaderías (90.000 unidades)	300.000		
Hacienda Pública, acreedora por conceptos fiscales	50.000		
Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio	35.000		
Proveedores	30.000		
Rappels sobre ventas	15.000		
Primas de seguros	2.900		
Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	10.000		
Publicidad, propaganda y relaciones públicas	12.000		
Diferencias positivas de cambio	3.000		
Pérdidas de créditos comerciales incobrables	6.000		
Maquinaria	100.000		
Amortización acumulada del inmovilizado material	100.000		
Amortización acumulada del inmovilizado intangible	40.000		
Sueldos y salarios	100.000		
Seguridad Social a cargo de la empresa	39.000		
.../...			

Cuentas	Saldo	Saldo deudor	Saldo acreedor
.../...			
Mercaderías (1.000 unidades)	1.000		
Clientes, efectos comerciales a cobrar	50.000		
Fondo de comercio	50.000		
Amortización del inmovilizado material	15.000		
Amortización del inmovilizado intangible	20.000		
Desembolsos pendientes sobre participaciones en el patrimonio neto a largo plazo	2.500		
Investigación	100.000		
Desarrollo	100.000		
Tesorería	–		
Totales			

DATOS PARA COMPLETAR EL BALANCE DE COMPROBACIÓN

1. La sociedad, que no cotiza en bolsa, se constituyó con la emisión de dos series de acciones de 1 euro de valor nominal, que fueron emitidas al 120 por 100: la serie «A», formada por 150.000 acciones ordinarias, y la serie «B», formada por 50.000 acciones sin voto a las que se reconoce un dividendo mínimo del 3 por 100 de su valor nominal. Posteriormente realizó una ampliación de capital, emitiendo 200.000 acciones ordinarias de la serie «C», de igual valor nominal para recibir una aportación no dineraria al valor del 140 por 100. Estas acciones fueron totalmente desembolsadas. El 1 de enero del presente ejercicio realizó una ampliación de capital, con derecho preferente de suscripción, emitiendo acciones ordinarias de la serie «D», de igual valor nominal a la par en la proporción de una nueva por una antigua, quedando pendiente de desembolso el 50 por 100 del valor nominal y no se ha fijado fecha para el desembolso pendiente. Estas acciones comienzan a generar derechos a partir de su emisión.
2. La sociedad tiene reconocido en sus estatutos una reserva con las mismas características que la reserva legal.
3. El fondo de comercio se generó hace cinco años, siendo este quinto ejercicio económico.
4. La sociedad en el mes de octubre, por acuerdo de la junta general, ha adquirido acciones propias por la cuantía máxima permitida al 180 por 100.
5. La sociedad ha adquirido el 1 de noviembre 10.000 títulos de renta fija de la SA «T» de 1 euro de valor nominal, con la finalidad de mantenerlos hasta su vencimiento. Estos valores generan una rentabilidad del 6 por 100 anual, pagadero por años vencidos el 1 de marzo de

cada año, el precio pagado fue de 1,05 euros/título, y los gastos de la operación ascendieron a 100 euros. Al cierre del ejercicio los valores cotizan a 1,03 euros.

6. En el mes de diciembre se ha repartido un dividendo a cuenta del 5 por 100 del valor nominal y el dividendo mínimo correspondiente a las acciones sin voto.
7. La inversión financiera que tiene es una cartera disponible para la venta formada por 10.000 acciones de la sociedad «M» de 0,50 euros de valor nominal, la cual ha reconocido un dividendo a cuenta del 8 por 100 del valor nominal. Al cierre del ejercicio su cotización permanece constante.

TRABAJO A REALIZAR POR EL OPOSITOR:

- a) Completar el balance de comprobación.
- b) Efectuar los asientos de regularización contable y cierre.
- c) Elaborar el balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias.
- d) Contabilizar el acuerdo de reparto del beneficio. Después de cumplir todas las obligaciones legales, la sociedad fija repartir un dividendo complementario del 2 por 100 del valor nominal; el resto, si lo hubiera, quedaría pendiente de distribución.
- e) Contabilizar la exigencia del desembolso pendiente de distribución. Transcurrido el plazo fijado, resultaron morosos los tenedores de 4.000 títulos.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

A) COMPLETAR EL BALANCE DE COMPROBACIÓN

Saldos deudores	Importe	Saldos acreedores	Importe
Compras de mercaderías	100.000	Reserva legal	50.000
Terrenos y bienes naturales	100.000	Exceso de provisiones	5.000
Construcciones	400.000	Devoluciones de compras y operaciones similares	2.000
Intereses por descuento de efectos y operaciones de <i>factoring</i>	3.000	Deudas por efectos descontados	40.000
<i>Rappels</i> sobre ventas	15.000	Ventas de mercaderías	300.000
Primas de seguros	2.900	Hacienda Pública, acreedora por conceptos fiscales	50.000
			.../...

Saldos deudores	Importe	Saldos acreedores	Importe
.../...			
Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	10.000	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio	35.000
Publicidad, propaganda y relaciones públicas	12.000	Proveedores	30.000
Pérdidas de créditos comerciales incobrables	6.000	Diferencias positivas de cambio	3.000
Maquinaria	100.000	Amortización acumulada del inmovilizado material	100.000
Sueldos y salarios	100.000	Amortización acumulada del inmovilizado intangible	40.000
Seguridad Social a cargo de la empresa	39.000	Desembolsos pendientes sobre participaciones en el patrimonio neto a largo plazo	2.500
Mercaderías	9.000	Capital social	750.000
Clientes efectos comerciales a cobrar	50.000	Prima de emisión o asunción	110.000
Fondo de comercio	50.000	Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros	60.000
Amortización del inmovilizado material	15.000	Reservas estatutarias	50.000
Amortización del inmovilizado intangible	20.000	Reserva por fondo de comercio	10.000
Investigación	100.000	Ingresos de valores representativos de deuda	95
Desarrollo	100.000	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio	200
Tesorería ¹	-116.500	Variación de existencias de mercaderías	8.000
Socios por desembolsos no exigidos, capital social	200.000		
Acciones o participaciones propias en situaciones especiales	288.000		
Valores representativos de deuda a largo plazo	10.195		
Intereses a corto plazo de valores representativos de deuda	500		
Dividendo activo a cuenta	30.000		
Dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros	1.500		
Dividendo a cobrar	200		
Total	1.645.795	Total	1.645.795

¹ El importe de la Tesorería es negativo, por lo que se podría poner en los saldos acreedores como Deudas a corto plazo.

DATOS PARA COMPLETAR EL BALANCE DE COMPROBACIÓN

Punto 1.

Serie A (150.000 ordinarias $\times 1 \times 120\%$)	180.000
Capital social (150.000 $\times 1$)	150.000
Prima (150.000 $\times 0,2$)	30.000
 Serie B (50.000 sin voto $\times 1 \times 120\%$)	 60.000
Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros	60.000
 Serie C (200.000 ordinarias $\times 1 \times 140\%$)	 280.000
Capital social (200.000 $\times 1$)	200.000
Prima (200.000 $\times 0,4$)	80.000
 Serie D (400.000 ordinarias $\times 1 \times 100\%$)	 400.000
Capital social (400.000 $\times 1$)	400.000
Socios por desembolsos no exigidos, capital social (400.000 $\times 1 \times 50\%$)	-200.000

Capital social (150.000 + 200.000 + 400.000)	750.000
Prima de emisión o asunción (30.000 + 80.000)	110.000
Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros	60.000
Socios por desembolsos no exigidos, capital social	200.000

Punto 2.

Reservas estatutarias = Reserva legal = 50.000

Punto 3.

Estará constituida la Reserva por fondo de comercio por la siguiente cuantía:

$$50.000 \times 5\% \times 4 \text{ años} = 10.000$$

Punto 4.

Al tratarse de una sociedad, no cotizada el límite es del 20% del valor nominal de las acciones –incluidas las acciones sin voto–.

$$800.000^2 \times 20\% = 160.000 \text{ euros}$$

$$160.000 \text{ acciones} \times 1 \text{ euro} \times 180\% = 288.000$$

La cuenta Acciones o participaciones propias en situaciones especiales estará por 288.000 y suponemos que pertenecen a la serie C, la cual queda con 60.000 en circulación.

Punto 5.

Los asientos que ha realizado la sociedad son los siguientes:

1 de noviembre 20XX.

Código	Cuenta	Debe	Haber
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deuda ($10.000 \times 1 \times 6\% \times 8/12$)	400	
251	Valores representativos de deuda a largo plazo ($10.000 \times 1,05 + 100 - 400$)	10.200	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros ($10.000 \times 1,05 + 100$)		10.600

31 de diciembre 20XX.

Código	Cuenta	Debe	Haber
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deuda ($10.000 \times 1 \times 6\% \times 2/12$)	100	
761	Ingresos de valores representativos de deuda ($10.600 \times 5,37736\% \times 2/12$)		95
251	Valores representativos de deuda a largo plazo		5

Valor contable ($400 + 10.200 + 100 - 5$) 10.695

Importe recuperable ($10.000 \times 1,03$) 10.300

Pérdida 395

No obstante, no se dota deterioro porque suponemos que la cotización no incide en la falta de recuperabilidad de la inversión.

² 800.000 euros se obtienen de la suma de toda la cifra escriturada como Capital social, por lo que se incluyen las acciones sin voto: $750.000 + 50.000 = 800.000$.

Punto 6.

El *dividendo privilegiado* que les corresponde a las acciones sin voto al tratarse de una obligación de la sociedad para con estos accionistas se contabiliza como gasto financiero.

Código	Cuenta	Debe	Haber
664	Gastos por dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros ($50.000 \times 1 \times 3\%$)	1.500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.500

Por el *dividendo ordinario*.

Este dividendo se trata como aplicación del resultado. En este supuesto la cuantía total será: $(150.000 \times 1 + 50.000 \times 1 + 200.000 \times 1 + 400.000 \times 1 \times 50\%) 5\% = 30.000$. Hemos de tener en cuenta que al existir acciones propias a cada acción le llegará más del 5% como consecuencia de ello.

Código	Cuenta	Debe	Haber
557	Dividendo activo a cuenta	30.000	
57	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		30.000

Punto 7.

La inversión fue:

10.000 acciones 0,5 valor nominal $\times 200\% = 10.000$

Desembolso pendiente 2.500

Nominal desembolsado ($5.000 - 2.500$) 2.500

Es decir, que el nominal desembolsado es de 50%.

Código	Cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo a cobrar	200	
761	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio ($10.000 \times 0,5 \times 50\% \times 8\%$)		200

Las existencias finales se pueden obtener a partir de los datos que figuran en balance:

Existencias iniciales (1.000 × 1)	1.000
Más compras (100.000 × 1)	100.000
Menos devolución de compras (2.000 × 1)	-2.000
Menos ventas (90.000 × 1)	-90.000
Existencias finales (9.000 × 1)	9.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías	1.000	
300	Mercaderías		1.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías [(1.000 + 100.000 - 2.000 - 90.000) × 1]	9.000	
610	Variación de existencias de mercaderías		9.000

B) EFECTUAR LOS ASIENTOS DE REGULARIZACIÓN Y CIERRE CONTABLE

REGULARIZACIÓN

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	314.400	
600	Compras de mercaderías		100.000
665	Intereses por descuento de efectos y operaciones de <i>factoring</i>		3.000
709	<i>Rappels</i> sobre ventas		15.000
625	Primas de seguros		2.900
627	Publicidad, propaganda y relaciones públicas		12.000
650	Pérdidas de créditos comerciales incobrables		6.000
640	Sueldos y salarios		100.000
642	Seguridad Social a cargo de la empresa		39.000
681	Amortización del inmovilizado material		15.000
680	Amortización del inmovilizado intangible		20.000
664	Dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros		1.500

Código	Cuenta	Debe	Haber
795	Exceso de provisiones	5.000	
608	Devoluciones de compras y operaciones similares	2.000	
700	Ventas de mercaderías	300.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio	35.000	
768	Diferencias positivas de cambio	3.000	
761	Ingresos de valores representativos de deuda	95	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio	200	
610	Variación de existencias de mercaderías	8.000	
129	Resultado del ejercicio		353.295

$$\text{Resultado} = 353.295 - 314.400 = 38.895$$

El enunciado no proporciona datos acerca del cálculo de gasto devengado por el Impuesto sobre Sociedades, por lo que a efectos de solución se prescinde del mismo.

Asiento de cierre

Código	Cuenta	Debe	Haber
112	Reserva legal	50.000	
5208	Deudas por efectos descontados	40.000	
475	Hacienda Pública, acreedora por conceptos fiscales	50.000	
400	Proveedores	30.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado material	100.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado intangible	40.000	
259	Desembolsos pendientes sobre participaciones en el patrimonio neto a largo plazo	2.500	
100	Capital social	750.000	
110	Prima de emisión o asunción	110.000	
150	Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros	60.000	
1141	Reservas estatutarias	50.000	
1143	Reserva por fondo de comercio	10.000	
129	Resultado del ejercicio	38.895	
210	Terrenos y bienes naturales		100.000
.../...			

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
211	Construcciones		400.000
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		10.000
213	Maquinaria		100.000
300	Mercaderías		9.000
431	Cientes efectos comerciales a cobrar		50.000
204	Fondo de comercio		50.000
200	Investigación		100.000
201	Desarrollo		100.000
57	Tesorería		-116.500
103	Socios por desembolsos no exigidos, capital social		200.000
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales		288.000
251	Valores representativos de deuda a largo plazo		10.195
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deuda		500
557	Dividendo activo a cuenta		30.000
545	Dividendo a cobrar		200

C) ELABORAR EL BALANCE DE SITUACIÓN Y LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS

CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS

A) OPERACIONES CONTINUADAS		
1. Importe neto de la cifra de negocios		285.000
a) Ventas		285.000
4. Aprovisionamientos		-90.000
a) Consumo de mercaderías		-90.000
6. Gastos de personal		-139.000
a) Sueldos, salarios y asimilados		-100.000
b) Cargas sociales		-39.000
7. Otros gastos de explotación		-20.900
a) Servicios exteriores		-14.900
b) Tributos		
c) Pérdidas, deterioro y variación de provisiones por operaciones comerciales		-6.000
d) Otros gastos de gestión corriente		
8. Amortizaciones del inmovilizado		-35.000
9. Imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras		35.000
10. Excesos de provisiones		5.000
A.1) RESULTADO DE EXPLOTACIÓN (1+2+3+4+5+6+7+8+9+10+11)		40.100
12. Ingresos financieros		295
a) De participaciones en instrumentos de patrimonio		200
a1) En empresas del grupo y asociadas		200
a2) En terceros		
b) De valores negociables y otros instrumentos financieros		95
b1) De empresas del grupo y asociadas		
b2) De terceros		95
13. Gastos financieros		-4.500
a) Por deudas en empresas del grupo y asociadas		
b) Por deudas con terceros		
15. Diferencias de cambio		-4.500
A.2) RESULTADO FINANCIERO (12+13+14+15+16)		3.000
A.3) RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS (A.1+ A.2)		-1.205
17. Impuesto sobre beneficios		38.895

700,701,702,703,704,(760),(708),(709)

(600), 606,608,609,610*

(640),(641),(645)

(642),(643),(649)

(62)

(631),(634),636,639

(650),(694),(695),794,7954

(651),(659)

(68)

746

79,51,7952,7955,7956

7600,7601

7602,7603

7610,7611,76200,76201,76210,76211

7612,7613,76202,76203,76212,76213,767,769

(6610),(6611),(6615),(6620),(6621),(6640),

(6641),(6650),(6651),(6654),(6655)

(6612),(6613),(6617),(6618),(6622),(6623),(6624),

(6642),(6643),(6652),(6653),(6656),(6657),(669)

(668),768

(6300)*,6301*,633,638

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
ACTIVO NO CORRIENTE		PATRIMONIO NETO	
Investigación	100.000	Capital social	750.000
Desarrollo	100.000	Socios por desembolsos no exigidos, capital social	-200.000
Fondo de comercio	50.000	Prima de emisión o asunción	110.000
Terrenos y bienes naturales	100.000	Reserva legal	50.000
Construcciones	400.000	Reservas estatutarias	50.000
Maquinaria	100.000	Reserva por fondo de comercio	10.000
Amortización acumulada del inmovilizado intangible	-40.000	Resultado del ejercicio	38.895
Amortización acumulada del inmovilizado material	-100.000	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales	-288.000
Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	10.000	Dividendo activo a cuenta	-30.000
Desembolsos pendientes sobre participaciones en el patrimonio neto a largo plazo	-2.500	PASIVO NO CORRIENTE	
Valores representativos de deuda a largo plazo	10.195	Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros	60.000
ACTIVO CORRIENTE		PASIVO CORRIENTE	
Mercaderías	9.000	Deudas por efectos descontados	40.000
Clientes efectos comerciales a cobrar	50.000	Hacienda Pública, acreedora por conceptos fiscales	50.000
Intereses a corto plazo de valores representativos de deuda	500	Proveedores	30.000
Dividendo a cobrar	200		
Tesorería	-116.500		
Total	670.895	Total	670.895

D) CONTABILIZAR EL REPARTO DEL BENEFICIO

La propuesta del reparto del beneficio no es correcta, ya que el importe de beneficio no es suficiente para repartir los dividendos complementarios que propone el enunciado del supuesto, por lo que se omite la realización de este punto, aunque se podría plantear pagar los dividendos con cargo a reservas de libre disposición.

E) CONTABILIZAR LA EXIGENCIA DEL DIVIDIENDO PASIVO PENDIENTE

Código	Cuenta	Debe	Haber
5580	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias ($400.000 \times 1 \times 50\%$)	200.000	
103	Socios por desembolsos no exigidos, capital social		200.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
5581	Socios por desembolsos exigidos, accionistas morosos ($4.000 \times 1 \times 50\%$)	2.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros ($396.000 \times 1 \times 50\%$)	198.000	
5580	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias		200.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

CONTABILIDAD DE SOCIEDADES

ENUNCIADO

La sociedad «DARRO» absorbe a la sociedad «GENIL» el 31 de diciembre de 2008. Se sabe que la sociedad «DARRO» es la empresa adquirida conforme a la norma de registro y valoración 19.^a del PGC.

Los balances en esa fecha de las indicadas sociedades, antes de la fusión, son esquemáticamente los siguientes:

Balance de «GENIL»					
Activo	Importe	Valor razonable	Patrimonio neto y pasivo	Importe	Valor razonable
Activos financieros «A»	104.000	104.000	Capital (900 acciones)	90.000	
Activos financieros «B»	12.000	12.300	Reservas	331.000	96.000
Participación en «DARRO»	10.000	¿?	Ajustes por valoración	11.300	
Otro activo	414.000	478.700	Pérdidas y ganancias	12.500	
			Pasivos financieros «A»	95.200	
Total	540.000		Total	540.000	

Activos financieros «A»: están clasificados como activos financieros disponibles para venta.

Activos financieros «B»: son cuentas a cobrar.

Pasivos financieros «A»: son débitos y partidas a pagar.

Participación en «DARRO»: 10% de las acciones emitidas por esa sociedad.

Balance de «GENIL»					
Activo	Importe	Valor razonable	Patrimonio neto y pasivo	Importe	Valor razonable
Activos financieros «A»	4.000	4.000	Capital (100 acciones)	100.000	46.000
Activos financieros «B»	2.000	2.200	Reservas	89.000	
Participación en «GENIL»	50.000	¿?	Ajustes de valoración	1.300	
Activos no corrientes mantenidos para la venta	34.000	65.000	Pérdidas y ganancias	9.200	
Otro activo	154.700	190.800	Pasivos financieros «A»	45.200	
Total	244.700		Total	244.700	

Activos financieros «A»: están clasificados como activos financieros disponibles para la venta.

Activos financieros «B»: son cuentas a cobrar.

Pasivos financieros «A»: son débitos a pagar.

En la fusión se tendrá en cuenta lo siguiente:

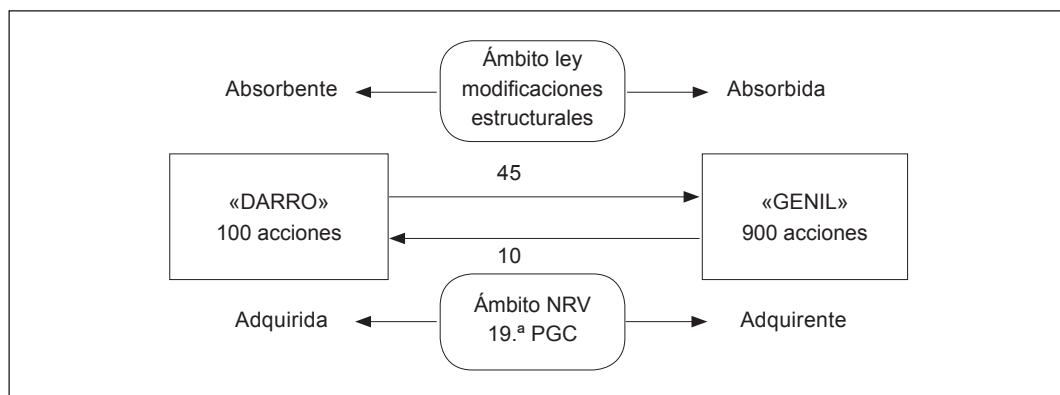
- La ecuación de canje es: tres acciones de «GENIL» por una acción de «DARRO».
- La sociedad «DARRO» en la fecha de la adquisición mantiene un contrato de arrendamiento operativo en condiciones favorables, cuyo valor es: 1.200 u.m.
- La sociedad «GENIL» en la fecha de adquisición mantiene un contrato de arrendamiento operativo en condiciones desfavorables, cuyo importe es: -2.000.
- La inversión en la participación de la sociedad «GENIL», en el capital social de la sociedad «DARRO», se realizó en el año 2005, fecha en la que se constituyó esta última sociedad por aportaciones dinerarias de los socios.
- La participación de la sociedad «DARRO» en el capital de la sociedad «GENIL» es de 45 acciones de esa sociedad, adquiridas el día anterior a la fusión.
- Activos no corrientes mantenidos para la venta de la sociedad «DARRO»: el coste de venta estimado es de 2.500 u.m.
- En los cálculos y registros contables se prescindirá de impuesto.

TRABAJO A REALIZAR POR EL OPOSITOR:

- a) Con la información proporcionada, proponga los asientos para contabilizar la fusión.
- b) Elabore el balance de la sociedad «DARRO», una vez realizada la fusión.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

El diagrama de la relación y la calificación a efectos contables de las sociedades es el siguiente:

**Valor razonable de «GENIL»**

La sociedad «DARRO» ha adquirido su participación en «GENIL» el día anterior a la combinación de negocios por lo que, a partir de este dato, se puede obtener el valor razonable de «GENIL».

El coste unitario fue:

$$50.000/45 = 1.111,11 \text{ u.m./acción}$$

Y el valor razonable de «GENIL» a efectos de la fusión, ya que la adquisición ha sido el día inmediato anterior será:

$$900 \text{ acciones} \times 1.111,11 = 1.000.000 \text{ u.m.}$$

Valor razonable de «DARRO»

A partir de los datos de la relación de canje, y considerando las relaciones entre ambas sociedades, se puede determinar el número de acciones que emitirá para «pagar» su participación en «GENIL» y que asciende a $855 \text{ acciones} \times 1.111,11 = 950.000 \text{ u.m.}$

El número de acciones que emite la sociedad absorbente es:

$$\begin{array}{rcl} 1 \text{ acción «DARRO»} & \text{—————} & 3 \text{ acciones «GENIL»} \\ X & \text{—————} & 855 \text{ acciones} \\ X = & & 285 \text{ acciones} \end{array}$$

El valor de emisión de estas acciones se obtiene dividiendo el patrimonio que se adquiere de la sociedad absorbida entre el número de acciones:

$$950.000/285 = 3.333,33 \text{ u.m./acción}$$

Una vez obtenido el valor de emisión de las acciones de la sociedad absorbente se obtiene su valor razonable, que será su número de acciones multiplicado por el valor de emisión:

$$100 \times 3.333,33 = 333.333,33 \text{ u.m.}$$

Cálculo del fondo de comercio en la sociedad adquirida («DARRO»)

Según la NRV 19.^a del PGC, el fondo de comercio se determina:

- Coste de la combinación de menos.
- Menos el valor razonable de los activos y pasivos identificables.

El coste de la combinación es 90% del valor de la sociedad «DARRO», dado que «GENIL» tenía un 10%. Su valor: $90\% \times 333.333,33 = 300.000 \text{ u.m.}$

El valor razonable de los activos identificables y de los pasivos asumidos en la combinación de negocios de la sociedad adquirida «DARRO» es el siguiente:

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Activos financieros «A»	4.000	Pasivos financieros «A»	46.000
Activos financieros B	2.200		
Participación en «GENIL» (45 × 1.111,11)	50.000		
Activos no corrientes mantenidos para la venta (65.000 – 2.500)	62.500		
Otro activo	190.800		
Arrendamiento operativo en condiciones favorables	1.200		
Total	310.700	Total	46.000
310.700 – 46.000 = 264.700			

Conceptos	Importe
Coste de la combinación de negocios (90 acciones $\times$ 3.333,33)	300.000
Menos 90% valor razonable activos identificables y pasivos asumidos (90% $\times$ 264.700)	238.230
Diferencia	61.770

La diferencia inasignable entre las magnitudes anteriores es el fondo de comercio generado en la combinación de negocios.

Contabilidad del proceso de fusión

Disolución de la sociedad absorbida «GENIL»

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
–	Cuentas deudoras	540.000	
–	Cuentas acreedoras		540.000

Por el traspaso del activo y del pasivo:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
–	Pasivos financieros «A»	95.200	
5531	Socios, cuenta de fusión (90.000 + 331.000 + 11.300 + 12.500)	444.800	
–	Activos financieros «A»		104.000
–	Activos financieros «B»		12.000
–	Participación en «DARRO»		10.000
–	Otro activo		414.000

Por la fijación del haber social y cierre de la contabilidad:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	90.000	
11	Reservas	331.000	
–	Ajustes por valoración	11.300	
129	Pérdidas y ganancias	12.500	
5531	Socios, cuenta de fusión		444.800

Contabilidad de la sociedad absorbente «DARRO»

Hay que tener en cuenta que estamos ante una fusión inversa, por la que la absorbente «DARRO» es la sociedad adquirida y su patrimonio debe ser ajustado razonable, en tanto que la sociedad absorbida «GENIL es la adquirente, por lo que su patrimonio se incorpora a valor contable.

Por la apertura de la contabilidad:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
–	Cuentas deudoras	244.700	
–	Cuentas acreedoras		244.700

Por la emisión de las acciones:

Se emiten 285 acciones con un valor de emisión de 3.333,33 y un valor nominal 1.000, por lo que la prima es de 2.333,33.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas (285 × 3.333,33)	950.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		950.000

Por la valoración a valor razonable de los activos y pasivos de «DARRO» que han sido objeto de rectificación:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
–	Activos financieros «B» (2.200 – 2.000)	200	
–	Activos no corrientes mantenidos para la venta (62.500 – 34.000)	28.500	
–	Otro activo (190.800 – 154.700)	36.100	
–	Arrendamientos financieros	1.200	
204	Fondo de comercio	61.770	
204	Pasivos financieros (46.000 – 45.200)		800
113	Reservas voluntarias		127.770

Por la recepción del patrimonio de la sociedad absorbida, que al ser al adquirente entra a valor contable:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
–	Activos financieros «A»	104.000	
–	Activos financieros «B»	12.000	
.../...			

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales	10.000	
–	Otro activo	414.000	
–	Pasivos financieros «A»		95.200
5530	Socios de sociedad disuelta		444.800

Por la entrega de las acciones emitidas por «DARRO» a los accionistas de «GENIL»:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
5530	Socios de sociedad disuelta	444.800	
–	Participación en «GENIL»		50.000
108	Acciones o participaciones emitidas		950.000
110	Prima de emisión o asunción	555.200	

Por la inscripción en el registro mercantil:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Capital emitido pendiente de inscripción ($285 \times 3.333,33$)	950.000	
100	Capital social (285×1.000)		285.000
110	Prima de emisión o asunción ($285 \times 2.333,33$)		665.000

Recensiones Bibliográficas

Derecho fiscal internacional

Ramón FALCÓN y TELLÁ y Elvira PULIDO GUERRA
Marcial Pons, Madrid, 2010, 389 págs.

No son buenos los tiempos que corren, aquejados como estamos por una imponente crisis económica y financiera internacional –la peor que se ha vivido desde el fin de la primera guerra mundial, según reconociera hace bien poco el presidente del Banco Central Europeo, Jean Claude TRICHET–, en cuya superación no sirven las viejas y simples recetas, o la apuesta por estrechos tratamientos nacionales, como reparación de lo *diabólicamente ineficaz* que se revela el proceso de toma de decisiones en Europa, como ha señalado el presidente del «Grupo de Reflexión sobre el futuro de la UE en 2030», Felipe GONZÁLEZ. La debilidad de la política frente al dinero y la falta de autoridad y organización de aquélla frente a los inefables mercados, descartan la conveniencia de ensayar remedios caseros para poner fin a la situación.

En el mundo del Derecho, se extendió desde hace ya tiempo –fenómeno que se apreciará aún más cuando tomen cuerpo y se contrasten en la práctica los nuevos planes de estudio universitarios plenamente adaptados al «Espacio Europeo de Educación Superior»– la necesaria consideración de la dimensión europea e internacional, donde los problemas fiscales adquieren una relevancia nada desdeñable. Así lo prueba la amplísima y variada colección de estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria que han ido dando a la luz las principales empresas editoriales.

Desde las páginas de esta misma revista, aparte lógicamente de estudios monográficos de diversos autores, se ha ido dando cuenta de la aparición de importantes obras que han cultivado esa compleja parcela –por citar tan sólo algunos de los trabajos reseñados: *Libre circulación de capitales en la Unión Europea: problemas tributarios* (n.º 203/2000); *La cooperación internacional para la recaudación de tributos: el procedimiento de asistencia mutua* (n.º 214/2001); *Intercambio de información y fraude fiscal internacional* (n.º 215/2001); las tres ediciones que lleva la obra del CEF sobre *Fiscalidad internacional* (n.º 228/2002, 265/2005 y 289/2007); *El IVA en las operaciones intracomunitarias* (n.º 242/2003); *Tributación de la empresa en la Unión Europea* (n.º 244/2003); *La asistencia mutua en materia de liquidación tributaria en la Unión Europea* (n.º 271/2005); *Fiscalidad del no residente* (n.º 304/2008)...–, a la que se suma ahora, y estoy seguro que tendrá un puesto destacado, más allá de aspectos coyunturales o de interés comercial, el *Manual* que han escrito Ramón FALCÓN y Elvira PULIDO, Catedrático él de la Universidad Complutense y ella profesora de la Universidad Rey Juan Carlos.

El primero de los autores ha demostrado una incansable atención a los más variados problemas que plantea el ordenamiento tributario desde una perspectiva académica y profesional. Interesa traer a colación el magnífico acercamiento que realizara, al poco de ingresar nuestro país en la Comunidad Europea, y que sirvió a muchos para comenzar a conocer la trascendencia del Derecho Financiero Comunitario (*Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*, Ci-

vitás, Madrid, 1988), adoptando una amplia representación del contenido de aquél, por cuanto que no lo dejaba reducido a la exposición del ordenamiento jurídico de la Hacienda comunitaria, sino que extendía su mirada hacia aquellos aspectos de los ordenamientos jurídicos internos que resultan afectados por la normativa europea.

Una perspectiva similar, en la que se conjugan el rigor, la ambición y generosidad de tratamiento –que de manera acertada destacaba el prologuista de aquel libro– se adopta ahora en esta obra sobre el *Derecho Fiscal Internacional* –regulación de situaciones a las que puede resultar de aplicación el ordenamiento tributario de dos o más Estados–, cuyo estudio se ha de producir «desde la perspectiva de un determinado sistema fiscal, o más precisamente, desde la perspectiva de cada uno de los distintos sistemas fiscales que pueden resultar de aplicación». Esto conlleva, como advierten los autores, un enfoque necesariamente comparado y superador de visiones algo simples de aquél –que lo convertirían en un estudio del sistema tributario español con el mero añadido de los convenios de doble imposición–, procurando dar cuenta de los criterios aplicables en otros países en los casos más significativos.

Esta configuración es especialmente provechosa, ya que responde a necesidades reales de colaboración de profesionales de diferentes Estados, que no sólo han de poseer un conocimiento especializado de su propio ordenamiento jurídico-tributario, sino que a la vez tienen que contar con unas mínimas nociones de los criterios que se aplican en otros sistemas tributarios.

En las primeras páginas quedan reflejados los fines de ese Derecho Fiscal Internacional, que ha de evitar la elusión impositiva –ámbito este de la planificación fiscal internacional–, así como la doble imposición; aspecto este último en el que los autores apuestan por que nuestro Legislador llegue al convencimiento de que no puede actuar como si no existieran otros sistemas tributarios. Así, desde el libro, se defiende que «los artículos 9.3 y 31.1 de la Constitución obligan a tener en cuenta los sistemas tributarios de los demás Estados, cuando éstos se ajustan a los criterios comúnmente aceptados, lo que entre otras cosas supone que las medidas internas que atenúan la doble imposición son constitucionalmente exigibles, y que al diseñar los puntos de conexión para el gravamen de los no residentes (es decir, los criterios para determinar cuándo una renta o un elemento patrimonial pueden considerarse de fuente española) el legislador está constitucionalmente obligado a seleccionar exclusivamente aquellos supuestos en que la conexión con el ordenamiento español es más intensa que con otros ordenamientos».

Tras un primer capítulo dedicado a la exposición del sistema de fuentes internacionales, comunitarias y nacionales, se adopta una sistemática coherente con el ámbito impositivo que concentra el mayor número de cuestiones que afectan a la fiscalidad internacional.

Así, en la obra que comentamos se analiza de manera conjunta esa triple categoría normativa en lo que atañe a su relación con los diferentes problemas planteados y ordenados según su naturaleza (no por cada figura impositiva concreta), principalmente sobre la imposición directa. Los grupos de problemas identificados por los propios autores son los siguientes:

- En el capítulo segundo se consideran los criterios de sujeción en la imposición directa, realizando una exposición comparada de los puntos de conexión utilizados por cada ordenamiento y las fórmulas convencionales de resolución de supuestos de doble residencia. Aquí

se comentan los criterios de los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre Sucesiones y Donaciones, aunque, lógicamente, la atención es mayor hacia la imposición sobre la Renta de las Personas Físicas (residencia, nacionalidad, «cláusula Beckham», *extended tax liability*, *exit tax*, personal diplomático...) y de las sociedades y entidades jurídicas (aparte de las reglas internas y convencionales para determinar la residencia, se consideran también los criterios respecto a las *partnerships* y sociedades civiles, comunidades de bienes y herencias yacentes), comentando el concepto de establecimiento permanente y los criterios utilizados en ausencia del mismo en la imposición sobre la renta de los no residentes.

- En el capítulo tercero se reflejan los métodos o sistemas teóricos para evitar o atenuar, en abstracto, la doble imposición derivada de los distintos puntos de conexión –los sistemas de exención (íntegra y con progresividad), de imputación o de crédito fiscal (ordinaria e íntegra) y de deducción–, siguiendo luego con las medidas que, de manera efectiva, operan en los convenios y en el ordenamiento interno.
- Bajo el título de limitaciones al poder tributario derivadas de la red de convenios y del ordenamiento comunitario aparecen, en el capítulo cuarto, los supuestos en que no puede exigirse el tributo como resultado de la normativa interna y de los puntos de conexión establecidos por la misma, o en los que se limita la cuantía del tributo que de otra manera resultaría exigible. Tras la sistematización de las rentas según que pueden gravarse ilimitadamente o con un tope máximo (dividendos, intereses y cánones) en el Estado de la fuente o en el de la residencia, se presta una particular atención al régimen de diferimiento del gravamen sobre las plusvalías derivadas de operaciones de reorganización empresarial (Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre), los criterios utilizados en la imposición patrimonial y sobre sucesiones y donaciones, así como al principio de no discriminación y límites derivados de las libertades comunitarias.
- El capítulo quinto se dedica al tratamiento de los instrumentos de resolución de conflictos que pueden surgir entre diferentes Estados a la hora de interpretar y aplicar los convenios (procedimiento amistoso, soluciones arbitrales y papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), observando los procedimientos de intercambio de información y asistencia mutua en materia de recaudación con los que las Administraciones fiscales pueden ver facilitada la aplicación de los sistemas tributarios internos.
- Agrupándose con el título de planificación fiscal internacional y medidas antielusión se trata, en el capítulo sexto, un conjunto heterogéneo de regímenes, situaciones y estrategias empleadas habitualmente en la práctica para reducir la carga fiscal soportada por determinadas operaciones internacionales, así como de las medidas adoptadas frente a las mismas, de carácter convencional o interno. Aquí se traen territorios (Andorra, Mónaco, Suiza, Irlanda, Chipre, Delaware, *Canary Wharf* y la *City* londinense) y estructuras utilizados en la planificación fiscal (las BV holandesas, *holdings* danesas, nuestras ETVE, SICAV luxemburguesas y españolas, los REIT y las recientes sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario, las fundaciones de Liechtenstein y los *trust* o fideicomisos). En cuanto a las medidas antiabuso se consideran los precios de transferencia, la subcapitalización, la transparencia fiscal internacional y las iniciativas para evitar situaciones de *treaty-shopping*, *rule-shopping* y favorecer el control de centros financieros *off-shore*. Asimismo

se incluye el estudio de los paraísos fiscales y las medidas de reacción a los regímenes fiscales perniciosos.

- El último capítulo del libro se detiene en la progresiva reducción de los derechos de aduana y de los obstáculos no arancelarios en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio. Luego, ya a nivel comunitario, los autores se refieren al Arancel Aduanero Común, a las «disposiciones fiscales» del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y acuerdos de asociación y libre comercio con terceros países. Finalmente, comentan los caracteres generales que presenta la imposición sobre el consumo en las operaciones internacionales.

En la última parte de la obra se presenta una versión en castellano del Modelo OCDE de Convenio en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio, diferentes cuadros-resumen con información de los tipos máximos aplicables en la fuente sobre dividendos, intereses y cánones en la red de convenios española, así como un glosario de términos habitualmente empleados en el Derecho Fiscal Internacional y una reseña bibliográfica.

Miguel Ángel Martínez Lago

La ejecución de actos resolutorios en los procedimientos tributarios de revisión

Félix Alberto VEGA BORREGO

Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2008, 116 págs.

Este libro de Félix VEGA BORREGO resultará especialmente útil para abogados y asesores fiscales, por cuanto que en él se profundiza sobre las diversas cuestiones que suscita la ejecución de los actos resolutorios derivados de los procedimientos de revisión en materia tributaria. Se trata de una obra que continúa una fértil línea de investigación de este Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid, como lo prueban otras publicaciones suyas anteriores, algunas aparecidas en las páginas de esta misma Revista (véase, por ejemplo, el n.º 287/2007) y editorial (*La suspensión de los actos tributarios en vía de recurso*, CEF, Madrid, 2006).

Desde el principio de la monografía, sistematizada en seis capítulos a los que sigue la pertinente indicación bibliográfica utilizada, el autor muestra un claro propósito clarificador del objeto de su análisis, constituido por el régimen jurídico de la ejecución de los actos que resuelven o ponen fin a los procedimientos de revisión en materia tributaria y que se halla regulada, principalmente, en el Título V del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (en adelante, RGRVA).

También se advierte de los procedimientos diferenciados por los que discurre la ejecución de actos administrativos y judiciales (los primeros no tienen que ser firmes para poder ser ejecutados, mientras que los segundos sí lo tienen que ser, sin perjuicio de su ejecución provisional) y se exponen los más frecuentes ejemplos prácticos en los que se dan problemas de ejecución.

Después de observar las normas generales para la ejecución de actos resolutorios (arts. 66 y 67 RGRVA), se estudian las diferentes modalidades de ejecución dependiendo de que el acto impugnado haya sido confirmado o anulado total o parcialmente.

En el primer supuesto no se precisará de actos de ejecución, debiendo verificarse simplemente por la Administración que dictó el acto impugnado que su destinatario lo cumplió y, no siendo así, realizando las actuaciones necesarias para compelerle a ello, incluso con la imposición de sanciones; ocupándose el RGRVA (art. 66.6) de aspectos exclusivamente relacionados con actos de contenido económico y que se refieren al plazo en que deberá ingresarse la deuda suspendida y a la liquidación de los intereses de demora devengados durante la suspensión.

En sus observaciones, el profesor VEGA BORREGO distingue, en primer término, y con relación a los plazos de ingreso, según el momento en que la suspensión de la deuda comenzó a surtir efectos –en periodo voluntario o ya en el ejecutivo– y, por otra parte, además de tener en cuenta esa misma diferenciación para la liquidación de los «intereses suspensivos», incluye cuestiones no previstas por la LGT ni por el RGRVA, refiriéndose, por este orden, a la liquidación de intereses como acto administrativo autónomo, órgano competente para dictarlo, tipo de interés, base de la deuda sobre la que

los intereses suspensivos deberán calcularse –cuestionando la inclusión en la misma de las sanciones pecuniarias, los intereses de demora y los recargos, sean por declaración extemporánea o resulten del periodo ejecutivo– y periodo de tiempo para la determinación de los mismos, teniendo en cuenta que el incumplimiento de los plazos de tramitación deberá descontarse de ese cómputo.

Posteriormente se fija el autor y pone numerosos ejemplos de los diferentes supuestos de anulación del acto impugnado, distinguiendo en relación con los mismos las consecuencias que se darán si el obligado tributario ingresó la deuda exigida por el acto anulado o la misma hubiese estado suspendida durante el procedimiento de revisión. En el libro se repasan los casos previstos para la anulación íntegra sin posibilidades de que la Administración pueda dictar un nuevo acto sustitutivo (art. 66.5 RGRVA) y de anulación parcial o total que requieren que se dicten actos nuevos en ejecución de tales resoluciones (art. 66.3 y 4 RGRVA).

El capítulo tercero se dedica a observar el derecho que tiene el obligado tributario de obtener la reducción proporcional de las garantías aportadas para la suspensión que contempla el artículo 67 del RGRVA para los casos en que «a) se anula parcialmente la liquidación y se mantiene la impugnación en una instancia ulterior de la parte no anulada; b) se anula la liquidación impugnada, pudiendo la Administración dictar una nueva en su sustitución la cual también se impugna, y se pretende su suspensión con la garantía utilizada para suspender la liquidación anulada». A estos supuestos se añaden los señalados por el artículo 52.3 de la misma norma en relación con la anulación total o parcial del acto impugnado y remisión a los Tribunales Económico-Administrativos del expediente y escrito de interposición de la reclamación.

De las normas especiales para la ejecución de resoluciones económico-administrativas se ocupa el profesor VEGA BORREGO en el siguiente capítulo. Aquéllas vienen establecidas en los artículos 68 y 69 del RGRVA y se concretan en un *incidente de ejecución* que puede promover el interesado frente a los actos dictados en ejecución de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo; otro trámite de *aclaración de las resoluciones* que podrán instar los órganos competentes para ejecutarlas y la *extensión de los efectos de las resoluciones económico-administrativas* «a todos los actos, actuaciones u omisiones posteriores a la interposición de la reclamación que sean en todo idénticos al citado en el escrito de interposición de la reclamación y no sean firmes en vía administrativa».

A continuación se consideran los artículos 70 y 71 del RGRVA, preceptos que, como señala el autor, «aparentemente establecen una serie de reglas sobre la ejecución de los actos resolutorios, cuando los mismos proceden de una instancia judicial. Materialmente, sin embargo, apenas puede apreciarse la existencia de un contenido sustantivo que sea relevante», dada la emisión que se efectúa a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Con la intención de poner de relieve algunos elementos significativos cuando la ejecución afecta a la materia tributaria, se comentan en el libro las siguientes cuestiones particulares: 1.^a Extensión de los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa; 2.^a Prescripción del derecho a obtener las devoluciones de ingresos indebidos: especialidades cuando este derecho se declara por sentencia judicial, y 3.^a Medios coercitivos para la ejecución de sentencias judiciales.

El último capítulo se refiere al reembolso del coste de las garantías que prevé el artículo 33 de la LGT y cuyo régimen sustantivo y procedimiento para su obtención aparece desarrollado por los artículos 71 a 79 del RGRVA. Tras el señalamiento de los supuestos en los que procede el reembolso y de los requisitos para que proceda el mismo –que exista una sentencia o resolución administrativa firme que declare la improcedencia total o parcial del acto impugnado–, se considera el contenido de este derecho, determinando los costes que serán reembolsables según que la garantía prestada consistiese en aval, fianza de carácter solidario o certificado de seguro de caución, hipoteca o prenda con o sin desplazamiento y en el caso de garantías distintas de las anteriores. En relación con los intereses que habrá de abonar la Administración, se determinan las fechas de inicio y finalización del devengo, tipo de interés (legal) aplicable y la automaticidad del devengo de intereses. Finalmente, se comentan los aspectos relacionados con la prescripción de este derecho y el procedimiento a seguir para el reembolso del coste de las garantías aportadas.

Miguel Ángel Martínez Lago

***La responsabilidad tributaria por «levantamiento del velo»
(una errónea articulación normativa para una
discutible doctrina jurisprudencial)***

Hugo LÓPEZ LÓPEZ

Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009, 126 págs.

Desde estas páginas ya hemos dado noticia de otros títulos surgidos al calor de las medidas contenidas en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, para la prevención del fraude fiscal, como son los tipos de responsabilidad tributaria analizados por Hugo LÓPEZ, profesor de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Carlos III de Madrid. Su libro consta de seis capítulos que se completan con referencias bibliográficas y de la jurisprudencia tributaria y doctrina administrativa empleadas en la investigación.

Al principio de la obra se realiza una breve descripción del significado de la doctrina del levantamiento del velo societario (o, en las denominaciones anglosajonas: *disregard of the legal entity*, *piercing the corporate veil* o *lifting the corporate veil*), surgida de las resoluciones de los tribunales de justicia, sin que eluda el autor dejar reflejada con claridad cuál es su posición crítica en relación con la misma y por la positivización de los nuevos supuestos de responsabilidad tributaria en el artículo 43.1 g) y h) de la Ley General Tributaria, entendiendo que los mismos generan más problemas que soluciones. Además, el principio de reserva de ley en el ámbito jurídico-tributario limita fuertemente el campo de aplicación de aquella doctrina.

En su recorrido a través de la jurisprudencia anterior a los supuestos previstos en la Ley General Tributaria, el autor distingue las fases de cuantificación y liquidación, por un lado, de la recaudación, por otro. En el primer estadio, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo «es legalmente inadmisibile... resulta perturbadora y perfectamente inútil, ya que el ordenamiento tributario dispone de otras técnicas que permiten alcanzar resultados semejantes dentro del más escrupuloso respeto a la ley», lo que conlleva la necesidad de interpretar la normativa especial que resulte de concreta aplicación, acudiendo, en su caso, a las cláusulas generales de cierre en corrección de abusos y simulaciones.

En el procedimiento de recaudación, el profesor LÓPEZ constata la heterogeneidad de supuestos que se han enjuiciado, desde simples operaciones de transmisión de bienes a entidades jurídicas, hasta otras reveladoras de un alto nivel de sofisticación. Ello permite distinguir el empleo que los tribunales han realizado de la doctrina estudiada en fraudes a través de sucesiones de facto en el ejercicio de actividades económicas, tercerías de dominio interpuestas por sociedades frente al embargo de bienes y ejercicio de acciones civiles por parte de la Administración tributaria. La conclusión que se alcanza tras el examen de los diversos casos enjuiciados es que por el carácter subsidiario de la doctrina del levantamiento del velo, no procederá su aplicación cuando puedan encontrarse otras soluciones jurídicas en las que quepa subsumir los enunciados por el artículo 43.1 g) y h) de la Ley General Tributaria.

En el capítulo segundo se atiende a la ubicación de estos nuevos supuestos en la confusa institución de la responsabilidad tributaria. Para ello se remonta el autor a la originaria redacción de

la Ley General Tributaria de 1963, considerando que la ausencia de una regulación completa de la coautoría y la participación en la comisión de infracciones tributarias llevó al legislador al encuentro, como si de una especie de talismán se tratara, de la responsabilidad tributaria por actos ilícitos para resolver lagunas de punibilidad.

En relación con los tipos de responsabilidad subsidiaria «circular» –de la persona que controla efectivamente la sociedad creada con el propósito fraudulento y de ésta respecto de las deudas de aquélla– ahora previstos por levantamiento del velo, se plantea su alcance a la deuda y a las sanciones, respondiendo a situaciones de insolvencia o de insuficiencia de patrimonio de la entidad deudora, recayendo en la Administración la tarea de acreditar que las personas jurídicas se crearon o fueron utilizadas de manera abusiva o fraudulenta con el propósito de eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, exigiéndose, además, unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial. Para el profesor LÓPEZ «no terminan de quedar claros los pilares sobre los que se asientan los nuevos supuestos de responsabilidad. En particular, qué debe entenderse por persona jurídica creada o utilizada de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal; control parcial efectivo, voluntad rectora común; unicidad de personas o esferas económicas... La enorme vaguedad e indeterminación de los conceptos empleados por el legislador contrasta con la decisión de encomendar a la Administración, acreedora de la obligación, la función de delimitar con mayor precisión el concreto alcance de estos nuevos preceptos».

Ya en el capítulo tercero se realiza el análisis del presupuesto normativo de la responsabilidad tributaria por levantamiento del velo, planteando la finalidad encomiable frente al fraude fiscal de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, aunque la normativización de la doctrina nacida en el ámbito judicial y estudiada en el libro presenta, como paradoja, una evidente pérdida de eficacia de la misma por resultar aplicable exclusivamente, a partir de entonces, a los supuestos del artículo 43.1 g) y h) de la Ley General Tributaria. Por otro lado, tampoco se ha ganado en el terreno de la seguridad jurídica, dado lo confuso y abstracto de la terminología empleada en la construcción normativa.

Por lo que se refiere al tipo fijado por el artículo 43.1 g) de la Ley General Tributaria, en el mismo se pretende evitar que quede frustrada la acción seguida contra la sociedad controlada insolvente, declarando responsable a quien ejerza tal control. Como bien plantea el autor, la redacción del precepto presenta serias dificultades de inteligencia y pivota sobre conceptos ciertamente imprecisos y en cierto modo ajenos al ámbito tributario, haciéndose depender su aplicación de hechos o circunstancias muy difíciles de probar, e incluso, en ocasiones, de imposible demostración empírica. Tras el estudio de los requisitos que han de darse –un control efectivo, el propósito de abuso y elusión fraudulenta en la creación o utilización de la sociedad y la unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial–, se postula un replanteamiento conceptual del instituto de la persona jurídica para la corrección de las conductas que vienen reconduciéndose al levantamiento del velo societario y se considera el complemento que prevé el artículo 43.1 h) de la misma Ley General Tributaria, al hacer responder a las personas creadas o utilizadas de manera fraudulenta de las deudas y sanciones correspondientes a los sujetos que las controlan, ignorando los negocios traslativos –próximos al alzamiento de bienes– que hayan situado bienes del deudor tras una pantalla societaria.

No le falta, desde luego, razón al profesor LÓPEZ cuando considera que «muchos de los problemas que se pretender resolver a través de reformas legislativas aparentemente tan trascendentes

para la lucha contra el fraude... podrían aplacarse con un mero esfuerzo intelectual por la correcta interpretación de los textos legales ya vigentes». La reconducción de casos que ello implicaría bien pudiera ofrecer a la Administración la ventaja de ahorrarse la apertura de un innecesario procedimiento de derivación de responsabilidad subsidiaria, aunque, claro está, entonces tendrían los actos que discurrir por los cauces declarativos judiciales. Para ser realistas, no nos parece que el detectado abuso de autotutela administrativa que representan los supuestos de responsabilidad subsidiaria analizados en esta obra, pueda conmover y guiar los pasos de la Administración retrocediendo posiciones en beneficio de los tribunales ordinarios.

Al tratar de la consecuencia jurídica –alcance de la responsabilidad (obligaciones tributarias y sanciones pecuniarias)– se augura un alto índice de conflictividad ante las instancias judiciales, así como una enorme dificultad de aplicación de los nuevos supuestos de responsabilidad tributaria.

Finalmente, en el capítulo quinto, se considera que la regulación del procedimiento para la derivación de la responsabilidad previsto en la Ley General Tributaria resulta incoherente con las características propias de los tipos de responsabilidad estudiados, lo cual no hace sino aumentar las deficiencias y contradicciones de haber llevado al derecho positivo la doctrina del levantamiento del velo; regulación que, como dice el autor, es susceptible de una sustancial mejora «en la que se tenga en cuenta, no sólo que la extensión de la responsabilidad a las sanciones obliga al legislador a revestir el procedimiento con las garantías constitucionalmente reconocidas para la imposición de sanciones, sino también las especialidades características de este tipo de conductas fraudulentas en vía de recaudación».

Miguel Ángel Martínez Lago